

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*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García 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*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), 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 especial de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:

Prof. José Luis Gil y Gil

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá (España)

ÍNDICE

José Luis Gil y Gil, *Introducción al número especial por parte del Coordinador*

Artículos

Anna Ginès i Fabrellas, *Externacionalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales.....***1**

Juan Carlos García Quiñones, *El impacto laboral de los grupos de empresa: una asignatura pendiente del Derecho del Trabajo español.....***17**

Julio Cordero González, *Los mecanismos de flexibilidad interna y externa como medidas de conflicto colectivo.....***47**

Edurne Terradillos Ormaetxea, *La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional.....***66**

Fernando Elorza Guerrero, *La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España***97**

M^a Angustias Benito Benítez, *La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género.....***124**

María Teresa Igartua Miró, *Cambio demográfico: envejecimiento de la población, prolongación de la vida activa y Seguridad y Salud en el trabajo.....***152**

Manuel García Muñoz, *La jubilación forzosa como medida de reparto del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de seguridad social.....***185**

Esther Carrizosa Prieto, *Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo.....***202**

Martha Elisa Monsalve Cuéllar, *La transformación del trabajo. El teletrabajo en Colombia.....***232**

Introducción al número especial por parte del Coordinador

El 6 y 7 de noviembre de 2015, se celebró en la Università di Bergamo el Congreso Internacional *La Gran Transformación del Trabajo* (VI edición), que organizaron la Escuela de Doctorado en Formación de la Persona y Relaciones laborales de la Universidad de Bérgamo y la *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali* (ADAPT), con sedes en Roma, Módena, Bérgamo y Bari. El Congreso reunió a expertos y profesionales del mundo del trabajo de más de quince países, que presentaron sus investigaciones en distintos idiomas. La *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (RICRLDE), que promueve ADAPT University Press, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, decidió publicar una selección de los mejores artículos en castellano. Un primer grupo de nueve artículos se publicó ya, en el número monográfico correspondiente al volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre 2015, coordinado por la profesora Lourdes Mella. El segundo, de otros diez artículos, aparece ahora en este número monográfico, que tengo el honor de coordinar. Antes de nada, me gustaría agradecer a la dirección de la revista y, en especial, a los profesores Michele Tiraboschi y Alfredo Sánchez-Castañeda, miembros del comité de gestión editorial, la posibilidad que me ofrecen de coordinar este número de la RICRLDE.

Tres de los artículos abordan distintas cuestiones relacionadas con la libertad de empresa, la descentralización productiva y los poderes del empresario. Así, Anna Ginès i Frabrellas, profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en ESADE-Universitat Ramon Llull, de Barcelona, se ocupa de “Externacionalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales”. A juicio de la autora, las relaciones laborales actuales se encuentran sustancialmente

atomizadas; la externalización productiva es una práctica habitual en muchos sectores económicos, que genera, en ocasiones, situaciones de desigualdad social evidente entre los trabajadores contratados por la empresa principal y contratista. En ese contexto, el objetivo del artículo es analizar la regulación de la externalización productiva desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, a fin de determinar si la regulación actual –tanto del derecho de la Unión Europea como la específica del ordenamiento jurídico español– ofrece unos estándares adecuados de protección social y, asimismo, estudiar la viabilidad jurídica de introducir un principio de igualdad de trato en el derecho de la Unión Europea. En opinión de la profesora, el sistema de la responsabilidad solidaria de la empresa principal no constituye una garantía suficiente, y resulta necesario introducir un principio de igualdad de trato en el derecho de la Unión Europea, en los supuestos de externalización productiva, en especial de subcontratación de la propia actividad empresarial, para proteger de forma adecuada a los trabajadores, evitar eludir los compromisos laborales mediante la subcontratación e impedir, en última instancia, la competitividad empresarial basada en la reducción de los costes laborales, y centrarla en una mayor especialización o en las economías de escala.

Por otro lado, en “El impacto laboral de los grupos de empresa: una asignatura pendiente del Derecho del Trabajo español”, Juan Carlos García Quiñones, Profesor Contratado Doctor (Acreditado como Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, hace un recorrido por la regulación de los grupos de empresas en el derecho mercantil y fiscal, y constata que el ordenamiento jurídico español carece de una regulación de los aspectos laborales del grupo de empresas, salvo en lo que hace a materias tales como la legitimación para negociar un convenio colectivo (art. 87 ET). Realiza luego un estudio panorámico de las principales cuestiones relacionadas con los grupos de empresas, algunas de ellas sin resolver o mal resueltas, en el ordenamiento jurídico español, en muchos casos a través de una jurisprudencia que el autor califica como más creativa que interpretativa. Estudia así la licitud de la circulación de los trabajadores en el seno del grupo, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, la responsabilidad solidaria, la extensión en el ejercicio del poder disciplinario y los supuestos de admisión o no de la existencia del grupo de empresas. El autor resalta la ausencia de criterios doctrinales pacíficos sobre esas cuestiones y, luego de destacar que la elaboración de un régimen omnicompreensivo resolvería muchos de los problemas que surgen, aunque plantearía quizá otros nuevos, concluye que, en la materia,

y pese a lo que cabría pensar, se hallan más perfilados los problemas que las soluciones.

A su vez, en “Los mecanismos de flexibilidad interna y externa como medidas de conflicto colectivo”, Julio Cordero González, de la Universidad de Salamanca, pretende arrojar nueva luz sobre la dogmática de los poderes del empresario. El trabajo, que se expuso en el workshop *El derecho para un trabajo que cambia: la crisis de la subordinación y los procesos de desregulación del Derecho del Trabajo nacional*, se aparta de la concepción tradicional, que distingue, por un lado, entre los conflictos colectivos y, por otro, los conflictos individuales, aunque sean de carácter plural. A efectos procesales, no ofrece dudas el carácter de conflicto individual de la impugnación de las decisiones del empresario de modificación, suspensión y extinción de la relación laboral, fundadas en la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, por más que el legislador tenga en cuenta las peculiaridades de la situación y legitime, por ejemplo, a los representantes de los trabajadores para impugnar la decisión del empresario en los despidos colectivos (art. 124 LJS). Pues bien, el autor examina la posibilidad de considerar materialmente como medidas de conflicto colectivo a las decisiones empresariales, calificadas como mecanismos de flexibilidad interna y externa, que persiguen la modificación colectiva y relevante de las condiciones de trabajo, en los supuestos de traslados, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, suspensión o reducción colectiva de la jornada o despido colectivo. El estudio constata que, con las últimas reformas laborales, se ha producido un nuevo equilibrio en el reparto de los poderes en la relación laboral.

Otros artículos tratan aspectos del derecho sindical. Así, Edurne Terradillos Ormaetxea, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad del País Vasco, reflexiona sobre un tema de gran actualidad tras las últimas reformas laborales en España: “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional”. La autora sostiene que el modelo constitucional español se construye sobre los cimientos jurídicos que dimanen, entre otros, de los instrumentos de derecho internacional del trabajo que ha ratificado España y, en especial, de los que adopta la OIT. Subraya que el legislador español de 2012, y, con él, el Tribunal Constitucional hace descansar la justificación adecuada, necesaria y proporcional de la reforma laboral en la mejora de la productividad y la recuperación del empleo. El artículo parte de la idea de que se ha alterado

la concepción legal de la negociación colectiva: sin perjuicio de que pueda seguir cumpliendo sus funciones tradicionales, el convenio colectivo se ha convertido en un instrumento más al servicio de los recursos humanos. A partir de ahí, estudia una cuestión muy particular: la legitimación del “banco social” para celebrar acuerdos colectivos de “descuelgue” del convenio colectivo aplicable a la empresa. La autora contrasta la regulación con la prevista en los instrumentos de la OIT. En concreto, compara la legitimación del banco social para celebrar acuerdos colectivos de inaplicación de condiciones laborales aplicables a la empresa, en especial la de las comisiones *ad hoc* (art. 41.4 ET), con lo previsto en los convenios y recomendaciones de la OIT y, luego de destacar que los instrumentos de la OIT son normas jurídicas con una especial resistencia pasiva respecto de la *lex posterior* de ámbito estatal, analiza en profundidad la actuación de los jueces españoles ante la disparidad entre un tratado internacional y una ley interna posterior. Por su parte, “La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España”, de Fernando Elorza Guerrero, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, se sitúa a medio camino entre el derecho sindical y el derecho de la seguridad social. El autor recuerda que las últimas reformas del derecho a la negociación colectiva han optado por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, y han introducido la posibilidad de dejar sin efecto las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social pactadas. Por otro lado, se ha modificado el régimen jurídico de la jubilación, en el marco de las políticas para favorecer la prolongación de la vida activa de los trabajadores, pero no la regulación de la externalización de los compromisos por pensiones. El trabajo reflexiona sobre esas novedades y carencias, y concluye que debe replantearse el modelo de protección social complementaria que se desea para el futuro, a fin de integrar la prolongación de la vida activa del trabajador, el proceso de negociación colectiva y la mejora voluntaria de la acción protectora de la jubilación. Con razón, el autor considera que, por ahora, no se ha resuelto de forma adecuada el modelo que, en materia de mejoras voluntarias, y en particular lo que hace a los planes y fondos de pensiones, debe regir en las relaciones entre la negociación colectiva sectorial y la de empresa, tras las últimas reformas del derecho de la negociación colectiva.

Además del apenas mencionado, otros tres artículos se dedican a distintos problemas relativos al derecho de la seguridad social. Así, “La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género”, de la profesora M^a Angustias Benito Benítez, Becaria de

Investigación (FPU) del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, constituye un análisis jurídico sobre la repercusión que produce la igualdad de género en la superación de los retos que plantea la sostenibilidad del sistema español de seguridad social. Tomando como premisa esencial la ineludible actuación del legislador social como condición imperativa que permite avanzar en materia de conciliación y en la superación de la discriminación que sufren *per se* las mujeres, analiza -desde el principio de transversalidad de género- las distintas medidas adoptadas para afrontar los retos a los que se enfrenta el sistema, e incide, asimismo, en aquellas otras en las que, con mayor o menor intensidad, se acoge la igualdad de género para su formulación. El estudio de esas actuaciones permite a la autora pronunciarse sobre la actuación del legislador español, a fin de determinar si, en la búsqueda de soluciones que permitan superar los problemas de sostenibilidad, ha seguido una línea en clave de género como exponente de la justicia social, o bien ha optado por una senda que aleja a las mujeres del sistema, perpetuando su situación de discriminación, tanto en el presente como en el futuro. Por otro lado, “Cambio demográfico: envejecimiento de la población, prolongación de la vida activa y Seguridad y Salud en el trabajo”, de María Teresa Igartua Miró, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, constata que los cambios demográficos que se han producido en los últimos años, y en especial el aumento de la esperanza de vida, repercuten de forma notable en el mundo del trabajo y de las pensiones, pero también en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. De esta forma, un factor positivo se torna en un problema relevante, debido a sus implicaciones económicas innegables. En esa línea, para el Marco Estratégico de la Unión Europea 2014-2020 en materia de seguridad y salud en el trabajo, evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de una buena salud desde el primer empleo y a lo largo de toda su vida laboral, es esencial para que puedan trabajar más tiempo. La autora indica que ese nuevo objetivo de la salud laboral, que debe lograrse a través de una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, por medio del fomento de la cultura preventiva, exige una adaptación de los lugares de trabajo, la accesibilidad del puesto y unas mejoras organizativas e intervenciones dirigidas a los trabajadores de más edad. La profesora concluye que esas medidas se hallan necesitadas aún de un importante desarrollo normativo y de una puesta en práctica de forma efectiva. A su vez, en “La jubilación forzosa como medida de reparto del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de seguridad social”, Manuel

García Muñoz, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, señala que la anulación, por imposición legal, de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas por la negociación colectiva en el ámbito laboral, constituye una medida anticíclica en el ámbito financiero y presupuestario de la seguridad social, dirigida a garantizar su sostenibilidad económica, pero produce también un efecto directo procíclico en el mercado de trabajo de consecuencias negativas: favorece el incremento de la demanda de empleo, al no facilitar el recambio intergeneracional; reduce la igualdad de oportunidades y aumenta las desigualdades, al eliminarse una acción principal para el reparto del empleo, como es la ocupación de las vacantes de puestos de trabajo surgidas de la extinción de la relación laboral de los trabajadores que alcanzan la edad de jubilación, lo que genera, en consecuencia, una sociedad menos inclusiva. Concluye el autor que, además, a largo plazo, provoca un efecto procíclico en el ámbito de la seguridad social, ya que el sistema financiero de reparto en el que se sustenta requiere, sobre todo, una ocupación elevada de la población activa, que se dificulta y no se promociona con medidas que retrasan la sustitución en el empleo de los trabajadores en edad de jubilación por los trabajadores jóvenes y desempleados.

En fin, los dos últimos artículos se centran en la protección de grupos de trabajadores específicos. En el estudio “Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo”, Esther Carrizosa Prieto, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo Olavide, de Sevilla, estudia las diversas instituciones que tutelan, de forma directa o indirecta, al trabajador enfermo en el ordenamiento jurídico español. La autora valora la existencia o inexistencia de un verdadero sistema de protección, tanto en lo que hace a la prevención como a la reparación del daño, y, para resolver y enmendar los desajustes más importantes que existen, realiza una atenta consideración de las distintas vías de tutela que se han ido planteando, como la prohibición de discriminación por razón de discapacidad o de enfermedad y la protección de la salud del trabajador como manifestación del derecho a la integridad física y moral, para acoger las más respetuosas con la finalidad y la función de las distintas instituciones implicadas. El último estudio del número monográfico, de Martha Elisa Monsalve Cuéllar, profesora de la Universidad la Gran Colombia, de Bogotá, trata sintéticamente de la situación del teletrabajo en Colombia. El artículo examina la regulación jurídica sobre el teletrabajo en ese país y, en concreto, la Ley 1221, de 2008, y el Decreto 884, de 2012, lo que permite exponer aspectos tales como los distintos tipos de

teletrabajo o las condiciones laborales previstas para los mismos. Tras mencionar las ventajas y hacer una referencia al futuro de esa prestación de servicios, el trabajo se cierra con algunas conclusiones, como, por ejemplo, la de que resulta un antídoto contra el trabajo no regulado, pues puede llevar a la formalización, en especial en el caso de los trabajadores autónomos.

En suma, los artículos analizan con rigor y profundidad cuestiones de gran importancia y actualidad, que ilustran los desafíos a que se halla sometido el derecho del trabajo y de la seguridad social en el siglo XXI.

José Luis Gil y Gil

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Alcalá

Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales

Anna GINÈS I FABRELLAS*

RESUMEN: Las relaciones laborales actuales se encuentran sustancialmente atomizadas y la externalización productiva es una práctica habitual en muchos sectores económicos, generando, en ocasiones, situaciones de evidente desigualdad social entre los trabajadores contratados por la empresa principal y los trabajadores contratados por la empresa contratista. En este contexto, el objetivo de la presente comunicación es analizar la regulación en materia de externalización productiva desde la perspectiva de la protección de los derechos de los trabajadores, a fin de determinar si la actual regulación – tanto comunitaria como la específica del ordenamiento jurídico español – ofrece unos adecuados estándares de protección social y analizar la viabilidad jurídica de introducir a nivel comunitario un principio de igualdad de trato en sede de subcontratación.

Palabras clave: Externalización productiva, subcontratación, principio de igualdad de trato, Empresas de Trabajo Temporal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Protección de los trabajadores en supuestos de subcontratación en la regulación comunitaria y en el ordenamiento jurídico español. 2.1. Ausencia de una regulación comunitaria en materia de externalización productiva. 2.2. Parcial regulación del fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales en el ordenamiento jurídico español: sistema de responsabilidad solidaria. 2.3. Ausencia de un principio de igualdad de trato y sus consecuencias laborales. 3. El principio de igualdad de trato: un principio conocido en el marco comunitario y estatal. 4. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*: el principio de igualdad de trato para proteger a los trabajadores y evitar elusión de compromisos laborales mediante la externalización productiva. 5. Bibliografía.

* Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ESADE-Universitat Ramon Llull (Barcelona).

1. Introducción

En la actualidad, como es bien sabido, las relaciones laborales se encuentran sustancialmente atomizadas y la externalización productiva es una práctica habitual en muchos ámbitos y sectores económicos. Son muchas las empresas que optan por la decisión estratégica – generalmente fundamentada en el ahorro de costes – de externalizar alguno de sus procesos productivos y contratar a empresas contratistas que, a su vez, subcontratan toda o parte de la actividad productiva.

Esta situación de externalización productiva en ocasiones genera situaciones de evidente desigualdad entre los trabajadores contratados por la empresa principal y los trabajadores contratados por la empresa contratista. Como consecuencia del principio de separación patrimonial entre la empresa principal y contratistas y la ausencia de un principio de igualdad de trato, la externalización puede resultar una vía legal adecuada para la elusión de compromisos laborales adquiridos por parte de la empresa principal mediante la negociación colectiva y llevar a una reducción en las condiciones de trabajo de los trabajadores, especialmente entre las empresas situadas en la parte inferior de la cadena productiva¹.

La externalización productiva puede jugar – potencialmente – un papel importante en el mercado; esencialmente, la mejora de la productividad por la mayor especialización de las empresas, aprovechamiento de economías de escala, ahorro de costes en gestión de recursos humanos, flexibilidad, etc.². Sin embargo, la externalización como forma de elusión de compromisos laborales o ahorro en, principalmente, costes laborales, impide constatar la verdadera potencialidad de la externalización productiva como aumento de la productividad y competencia de las empresas.

En este contexto, el artículo que se presenta al congreso “La gran transformación del trabajo” es una primera aproximación a un estudio más exhaustivo y tiene por objeto analizar la regulación comunitaria y, específicamente, la existente en el ordenamiento jurídico español en

¹ Sánchez-Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 56.

² En relación con la funcionalidad económica de la descentralización productiva, véase del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 1999, pp. 3-7 (versión La Ley Digital).

materia de externalización productiva a fin de determinar su impacto y adecuación en sede de protección de los derechos de los trabajadores; esto es, determinar si la actual regulación en esta materia y sus consecuencias laborales ofrece unos adecuados estándares de protección social.

A efectos de realizar el estudio propuesto, se analizará, a modo de comparación, la regulación europea y española en materia de Empresas de Trabajo Temporal – también un supuesto, no olvidemos, de descentralización –. Y, en especial, el principio de igualdad de trato, configurado en la exigencia de la Directiva 2008/104/CE de reconocer a los trabajadores contratados para ser cedidos a la empresa usuaria las condiciones laborales esenciales que correspondería de haber sido directamente contratados por la empresa usuaria.

El objetivo de este análisis comparativo es determinar la viabilidad jurídica y social de la introducción de un principio de igualdad de trato entre trabajadores de la empresa principal y las empresas contratistas en sede de externalización productiva. Esto es, la obligación de la empresa contratista de equiparar las condiciones y derechos laborales de los trabajadores por ella contratados a los disfrutados por los trabajadores contratados por la empresa usuaria. Y, en su caso, formular una propuesta de *lege ferenda* en este sentido.

El artículo se estructura en tres apartados. En primer lugar, se analiza la regulación – tanto comunitaria como española – en materia de externalización productiva y sus consecuencias laborales. En segundo lugar, la regulación aplicable a la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal, en especial el principio de igualdad de trato contenido en la Directiva 2008/104/CE y su fundamentación. Finalmente, el artículo concluye con los resultados más relevantes alcanzados, así como una propuesta de *lege ferenda* de introducción de un principio de igualdad de trato a nivel comunitario en sede de externalización productiva.

2. Protección de los trabajadores en supuestos de subcontratación en la regulación comunitaria y en el ordenamiento jurídico español

A continuación, una vez centrado el objeto del presente artículo, se procede al estudio de la regulación, tanto comunitaria como del ordenamiento jurídico español, en relación con el fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales. En concreto, la regulación existente dirigida a proteger a los trabajadores contratados por empresas (contratistas o subcontratistas) que, a su vez, han sido contratadas para la explotación económica de toda o parte de la actividad productiva de otra

empresa (principal).

2.1. Ausencia de una regulación comunitaria en materia de externalización productiva

En la regulación comunitaria no existe una regulación global en materia de externalización productiva. Existen regulaciones parciales del fenómeno de la descentralización productiva, pero no una regulación global en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales.

Así, existe regulación comunitaria en materia de sucesión o transmisión de empresas – Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad –; movilidad internacional de trabajadores – Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996 y 2014/67/UE de 15 de mayo del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores –; cesión de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal – Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal –; o subcontratación en la contratación pública – Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero sobre contratación pública –.

Así, como se ha apuntado, más allá de estas Directivas que – algunas, incluso, tangencialmente – se relacionan con el fenómeno de la externalización productiva, no disponemos – ¿todavía? – de una regulación comunitaria que establezca estándares de protección mínimos en relación con la subcontratación; que regule el fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales a fin de proteger los trabajadores y evitar que la descentralización productiva redunde en mayor precariedad de los trabajadores.

2.2. Parcial regulación del fenómeno de la subcontratación y sus consecuencias laborales en el ordenamiento jurídico español: sistema de responsabilidad solidaria

Aunque en el ámbito comunitario no este, como se ha analizado en el apartado anterior, una regulación global en materia de externalización productiva y sus consecuencias, sí que existe no obstante, esta regulación

en sede estatal. Así, en el ordenamiento jurídico español existe una regulación – parcial, como se analiza a continuación – en relación con los efectos laborales de la subcontratación.

La subcontratación de obras y servicios de una parte o toda la actividad productiva es, en el ordenamiento jurídico español, una modalidad lícita de organización de la producción, como se deriva de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española. En este sentido, salvo en el sector de la construcción³, no existen limitaciones a la externalización productiva.

No obstante lo anterior, sin perjuicio de tratarse de una modalidad lícita de organización de la producción, la norma española establece un sistema de responsabilidades empresariales en materia salarial, de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales a fin de proteger a los trabajadores de las empresas subcontratistas.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), que regula la subcontratación desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, establece que las empresas que subcontraten su “propia actividad” responderán solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por las empresas contratistas y subcontratistas durante el período de la contrata⁴.

Como puede observarse de la formulación normativa, el ordenamiento jurídico español no extiende la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y las empresas contratistas y subcontratistas en todos los supuestos, sino únicamente en los supuestos de subcontratación de la “propia actividad”. El Tribunal Supremo, en interpretación de dicho concepto, optó por la teoría de la actividad inherente al ciclo productivo; una teoría más restrictiva que la teoría de las actividades indispensable, según la cual es “propia actividad” las actividades inherentes o nucleares del ciclo productivo de la empresa, excluyendo las actividades que, aunque necesarias o imprescindibles para la actividad económica, puedan calificarse de complementarias.

Según el alto tribunal, si el legislador español en el artículo 42 ET optó por exigir para apreciar responsabilidad solidaria que la externalización productiva se realice en el marco de la propia actividad empresarial es por introducir una limitación razonable que excluya una interpretación

³ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

⁴ Véase Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 1-39 (versión La Ley Digital).

favorable a cualquier clase de actividad empresarial⁵.

“Cabén en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán «propia actividad» de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Como señala la Sentencia de esta Sala de 18 enero 1995 (RJ 1995\514) «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente. Por tanto ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que «nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial» (STS, 4ª, 24.11.1998 (RJ 1998/10034)).

Por consiguiente, la subcontratación de la “propia actividad” da lugar, en el ordenamiento jurídico español, a la responsabilidad solidaria de la empresa principal de las obligaciones salariales y de Seguridad Social respecto de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas originadas durante la duración de la contrata. En sentido contrario, pues, la subcontratación de una actividad complementaria que no pueda calificarse como “propia actividad” en el sentido de inherente o nuclear del ciclo productivo de la empresa, no da lugar a ningún tipo de responsabilidad de la empresa principal en relación con los trabajadores de las empresas por ella contratadas.

La responsabilidad solidaria por las deudas salariales contraídas durante la duración de la contrata se mantiene hasta un año después de la finalización de la misma. Este plazo se amplía hasta tres años en relación con las deudas de la Seguridad Social; la empresa principal durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente

⁵ En este sentido, véase STS, 4ª, 18.1.1995 (RJ 1995/514), 24.11.1998 (RJ 1998/10034) y 22.11.2002 (RJ 2003/510), entre otras.

de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. No obstante lo anterior, en relación con la responsabilidad por deudas de la Seguridad Social, el artículo 42.1 ET prevé un mecanismo de excepción de dicha responsabilidad. Así, la empresa principal deberá comprobar que las empresas contratistas con las que pretende contratar están al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, mediante certificación negativa en la Tesorería General de la Seguridad Social. Obtenida dicha certificación negativa o transcurrido el plazo de 30 días, la empresa principal quedará exonerada de toda responsabilidad en relación con deudas de la Seguridad Social de la empresa contratista.

Además de responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social, la regulación española, en su artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, prevé también responsabilidad solidaria de la empresa principal ante la concurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Esta responsabilidad, no obstante, no está ligada a la subcontratación de la “propia actividad” sino a la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales – esencialmente, información, coordinación y vigilancia – que impone a la empresa principal la normativa de seguridad y salud laboral⁶.

“[E]s, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.” (STS, 4ª, 5.5.1999 (RJ 1999/4705)).

2.3. Ausencia de un principio de igualdad de trato y sus consecuencias laborales

La regulación comunitaria no incluye una regulación global en materia de externalización productiva y la regulación española vehicula toda

⁶ En relación con la – compleja – regulación española en materia de prevención de riesgos laborales en supuestos de externalización productiva, véase Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A., “Seguridad y salud laboral en España”, *Health and Safety in the Workplace. Comparative Labor Law Dossier*, IUSLabor, n. 2, 2015, pp. 51-55.

protección de los trabajadores en supuestos de externalización productiva al sistema de responsabilidad solidaria por subcontratación de la “propia actividad” analizado en el apartado anterior.

No existe, por consiguiente y a diferencia de los que sucede en el ámbito de la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal, un principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

Por consiguiente y en aplicación de la relación de fuentes del Derecho del Trabajo, los derechos y obligaciones de la relación laboral entre las empresas contratistas y subcontratistas y los trabajadores por ellas contratados se regulan mediante, además de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, el convenio colectivo aplicable a la empresa con la que mantienen la relación contractual y/o el contrato de trabajo (artículo 3.1 ET), independientemente de la subcontratación de la “propia actividad” o de una actividad accesoria de la actividad nuclear de la empresa.

Esta regulación y la ausencia de un principio de igualdad de trato en sede de externalización productiva pueden dar lugar a importantes disfunciones laborales⁷.

En primer lugar, puede generar – como efectivamente sucede en la práctica – sustanciales diferencias salariales y contractuales importantes entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores contratados para la empresa contratista y subcontratista – especialmente en las zonas inferiores de la cadena productiva –.

Más allá, en segundo lugar, la externalización productiva puede ser observada por las empresas como una vía legal adecuada para la elusión de compromisos laborales. Ciertamente ante la externalización de una parte de la actividad productiva operaría un supuesto de sucesión de empresas y, por tanto, entrarían en juego las garantías de protección de los trabajadores reguladas en el artículo 44 ET. No obstante lo anterior, y a diferencia de la Directiva 2001/23/CE, la regulación española reconoce el mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores, pero admite su modificación por acuerdo con el trabajador, mediante la aprobación de un nuevo convenio colectivo, por la extinción del convenio colectivo vigente en la empresa cedente o por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo⁸.

⁷ En este punto, véase Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 2001, pp. 1-6 (versión La Ley Digital).

⁸ Véase Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Succession and transfer of businesses in

Por consiguiente, aunque ciertamente durante un período de tiempo las consecuencias laborales de la externalización productiva se encontraran limitadas por las garantías por cambio de empresario previstas en el artículo 44 ET, lo cierto es que eventualmente resultará una vía adecuada para el ahorro de costes laborales como consecuencia de la elusión de responsabilidades laborales adquiridas por parte de la empresa principal. En tanto que las empresas contratistas y subcontratistas no se encuentran sujetas a los convenios, acuerdos colectivos o decisiones empresariales unilaterales con efectos colectivos suscritos por la empresa principal, determinarán las condiciones de trabajo libremente, respetando en todo caso, claro está, la regulación estatal y convencional que resulte de aplicación.

Desde mi punto de vista, es necesaria la introducción de un principio de igualdad de trato en supuestos de externalización productiva para proteger adecuadamente a los trabajadores, evitar la elusión de compromisos laborales mediante la subcontratación e impedir, en última instancia, la competitividad empresarial basada en la reducción de costes laborales, centrándola en mayor especialización, economías de escala, etc.

3. El principio de igualdad de trato: un principio conocido en el marco comunitario

La propuesta de *lege ferenda* de introducción de un principio de igualdad de trato en el marco de la descentralización productiva no es, en ningún caso, una propuesta ajena a la regulación comunitaria o estatal. El principio de igualdad de trato es un principio conocido en el marco comunitario y estatal y utilizado en un supuesto especial de externalización productiva como es la cesión de trabajadores vía Empresas de Trabajo Temporal.

Así, como es bien sabido, la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, Directiva)⁹ incorporan en su articulado un

Spain”, *Succession and transfer of businesses. Comparative Labor Law Dossier, IUSLabor*, n. 1, 2015, pp. 33-42.

⁹ Es importante tener presente que, además de esta reciente Directiva relativa a ETT, existen dos Directivas comunitarias que regulan cuestiones referentes a ETT: Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 junio 1991 que completa las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal y la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la ETT en misión¹⁰.

La Directiva “*establece un marco de protección no discriminatorio, transparente y proporcionado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*” (considerando 12), con el objetivo de “*garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato*” y “*establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo*”.

Con esta finalidad, el artículo 5 de la Directiva establece un principio de igualdad de trato entre trabajadores en misión y trabajadores de la empresa usuaria según el cual:

“*Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto*”.

El artículo 3.1.f) de la Directiva define “*condiciones esenciales de trabajo y empleo*” como aquellas “*condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a (I) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos y (II) la remuneración.*” Asimismo, el párrafo segundo del artículo 5 establece que la igualdad de trato también será de aplicación en relación con las normas vigentes en la empresa usuaria en materia de (i) protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, niños o jóvenes e (ii) igualdad de trato entre hombres y mujeres y disposiciones con vistas a combatir todo tipo de discriminación en la empresa¹¹.

¹⁰ Véase Gala Durán, C., “La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España”, *Temas Laborales*, n. 102, 2009, pp. 13-49 y Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente (Comentario de urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)”, *Boletín Laboral*, Abdón Pedradas. Abogados y asesores tributarios, 2009, pp. 1-12.

¹¹ “*Esto es, la igualdad de trato se predica no sólo respecto de las normas sobre tiempo de trabajo y salarios, sino también respecto de las normas sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Y, además, con carácter general, y con enorme trascendencia, se ordena la directa y plena aplicación de las normas vigentes en la empresa (legales, reglamentarias o convencionales) relativas a la igualdad de trato entre mujeres y hombres y a la evitación de toda clase de discriminación, lo que en la práctica equivale a una proclamación general del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación respecto de los*

El principio de igualdad de trato, no obstante, encuentra con dos excepciones. En primer lugar, los trabajadores indefinidos de la ETT contratados para ser cedidos a otras empresas, cuando “*continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones*”. Y, en segundo lugar, el apartado tercero de este mismo artículo 5 permite a los estados miembros, tras consultar con los interlocutores sociales, ofrecer la posibilidad de, “*siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*” celebrar convenios colectivos con una regulación distinta a la correspondiente por aplicación del principio de igualdad de trato.

La Directiva comunitaria fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante el RDL. 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo que, otorgando nuevo redactado al artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, LETT), introdujo el principio de igualdad de trato¹². Así, el actual artículo 11.1 LETT reconoce a los trabajadores en misión “*las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto*”. Según este mismo precepto, se consideran condiciones esenciales de trabajo y empleo la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

En segundo lugar, también encontramos un principio de igualdad de trato – aunque, ciertamente, no en sentido estricto – en la externalización productiva derivada de una transmisión de empresas. Efectivamente, en los supuestos de externalización de una parte de la producción que hasta el momento estaba incluida en su estructura organizativa de la empresa y la posterior contratación con la empresa adquirente, resulta de aplicación – en cierto modo – un principio de igualdad de trato.

La Directiva 2011/23/CE antes citada reconoce el mantenimiento – no únicamente de los contratos de trabajo – de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión. Aunque no por aplicación de un principio de igualdad de trato sino de un principio de

trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal para ser cedidos a empresas usuarias”. (Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, n. 20, 2008, p. 6).

¹² En relación con esta cuestión, véase Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, n. 21-22, 2010, pp. 1-32 (versión La Ley Digital) y Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010, pp. 303-335.

mantenimiento de las condiciones y de forma limitada en el tiempo, se produce, de facto, una igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa contratista.

En tercer y último lugar, también existe cierto – nuevamente, no en sentido estricto – principio de igualdad de trato en sede de subcontratación en el contexto de un desplazamiento temporal de trabajadores.

La Directiva 96/71/CE prevé, como es bien sabido, un listado de condiciones de trabajo que se determinarán en atención a la legislación del estado miembro de acogida, siempre que estén reguladas en disposiciones legales o convencionales de aplicación general. Sin perjuicio de aplicar de la legislación del estado de origen cuando resulte más favorable para los trabajadores.

Ciertamente, en este contexto no existe un principio de igualdad de trato en sentido estricto, por cuanto los trabajadores desplazados no tienen las mismas condiciones laborales que los trabajadores de la empresa principal. Al exigirse por parte de la Directiva y la jurisprudencia del TJCE, la aplicación general de las disposiciones legales o convencionales del estado de acogida, se excluyen los convenios o acuerdos colectivos a nivel de empresa. Sin embargo, sí que existe una excepción a la norma general que las condiciones laborales son determinadas por la regulación aplicable a la empresa que suscribe el contrato laboral. Y denota cierta preocupación del legislador comunitario de garantizar cierta igualdad en las condiciones laborales entre los trabajadores desplazados y los trabajadores del estado de acogida.

Como puede observarse de estos tres escenarios, el principio de igualdad de trato no es, en ningún caso, un principio desconocido en el marco comunitario. Al contrario, es perfectamente conocido, incluso en el contexto de la descentralización productiva. De hecho, desde mi punto de vista, la introducción de un principio de igualdad de trato en sede de subcontratación es la pieza que falta para completar el círculo de protección de los trabajadores ante el fenómeno de descentralización y externalización productiva.

4. Conclusiones y propuesta de *lege ferenda*: el principio de igualdad de trato para proteger a los trabajadores y evitar elusión de compromisos laborales mediante la externalización productiva

En el Libro Verde “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos

del siglo XXI”¹³, la Comisión de las Comunidades Europeas aceptaba la existencia de un riesgo para la protección de los trabajadores en largas cadenas de subcontratación.

No obstante lo anterior, entendió adecuada para evitar este riesgo la opción adoptada en varios estados miembros de establecer un sistema de responsabilidad solidaria de las empresas principales respecto de sus contratistas o subcontratistas, en tanto “*insta a los contratistas principales a vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales*”. Asimismo, descartó una posible afectación a la libre prestación de servicios en el mercado interior, por entender este sistema resultaba “*una modalidad de procedimiento aceptable que permite salvaguardar el derecho al salario mínimo*” al ser, además, una forma de protección de los trabajadores necesaria, proporcionada y ajustada al interés general.

Ciertamente la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales es adecuada para garantizar el cumplimiento de los compromisos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas y, así, proteger a los trabajadores. Las empresas responsables, conocedoras que serán solidariamente responsables por las deudas salariales y de Seguridad Social de las empresas contratistas y subcontratistas con respecto a sus trabajadores, tienen incentivos a contratar únicamente con empresas solventes y con garantía de cumplir con sus obligaciones laborales. En cualquier caso, los créditos salariales y de Seguridad Social del trabajador quedan protegidos mediante la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Sin embargo, como se ha apuntado a lo largo del artículo, no es, a mi juicio, el sistema de responsabilidad solidaria de la empresa principal garantía suficiente. Desde mi punto de vista, es necesaria la introducción de un principio de igualdad de trato en supuestos de externalización productiva, especialmente de subcontratación de la propia actividad empresarial, para proteger adecuadamente a los trabajadores, evitar la elusión de compromisos laborales mediante la subcontratación e impedir, en última instancia, la competitividad empresarial basada reducción de costes laborales, centrándola en mayor especialización, economías de escala, etc.

Los argumentos esgrimidos por la propia Directiva 2008/104/CE para

¹³ COM(2006) 708. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708>

Véase Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., “El debate europeo sobre flexibilidad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, *Lan Harremanak*, n. 16, 2008, p. 167-243.

justificar el principio de igualdad de trato en sede de Empresas de Trabajo Temporal, son también válidos para introducir dicho principio también en los supuestos de externalización productiva mediante la subcontratación. Así, establecer un “*marco de protección*” transparente y proporcionado para los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, “*mejorar la calidad*” de la subcontratación garantizando el respeto del principio de igualdad de trato y “*establecer un marco apropiado*” de utilización de la externalización productiva para “*contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo*” son, a mi juicio, objetivos también válidos para defender la introducción de un principio de igualdad de trato en la subcontratación.

Así, la igualdad de trato entre trabajadores de la empresa principal y trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en supuestos de subcontratación de la propia actividad empresarial, permitiría:

- en primer lugar, evitar distorsiones únicamente basadas en costes laborales entre la explotación propia de una actividad económica y su externalización. El principio de igualdad de trato implicaría que las empresas resultarían indiferentes, en términos de costes laborales, entre optar por la explotación propia de una actividad inherente de su ciclo productivo y su descentralización. En tanto que obligada a respetar las condiciones laborales establecidas en la empresa principal, la empresa contratista o subcontratista revertiría en el precio estos costes laborales. Desaparecen, así, los incentivos empresariales de optar por la subcontratación como fórmula de ahorro de costes laborales, primando, por ende, la descentralización productiva basada en mayor productividad, especialidad, economías de escala, etc.;
- en segundo lugar y como se ha apuntado anteriormente, el principio de igualdad de trato en el marco de la descentralización productiva impediría que esta vía fuera utilizada como fórmula para eludir compromisos laborales adquiridos por parte de la empresa principal mediante negociación colectiva o por decisión unilateral con efectos colectivos. Aunque ciertamente y como se ha analizado anteriormente, las garantías por cambio de empresario establecidas en la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 ET reconocerían el derecho de los trabajadores afectados por una cesión el mantenimiento de sus condiciones laborales de origen, éstas eventualmente resultan modificadas por el transcurso del tiempo o por la su modificación por parte de la empresa. Por consiguiente, la introducción del principio de igualdad de trato permitiría, asimismo, garantizar la perdurabilidad del respeto de las condiciones laborales de origen de los trabajadores afectados por una cesión por descentralización productiva;
- y, en tercer lugar, dicho principio de igualdad de trato protege a los

trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, garantizándoles unas condiciones laborales análogas a aquellas disfrutadas por los trabajadores de la empresa principal. Respetando, por consiguiente, el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

Por todo lo anterior, se concluye la necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales para garantizar una mayor protección de los trabajadores contratados por empresas contratistas y subcontratistas. Así, se propone la introducción de un instrumento – en ningún caso desconocido por el marco comunitario – como es el principio de igualdad de trato.

Efectivamente, el estudio realizado permite concluir la viabilidad jurídica de introducir a nivel comunitario un principio de igualdad de trato; principio, por otro lado, conocido en el marco comunitario, también en el contexto de la descentralización productiva.

La introducción de un principio de igualdad de trato en el marco de la Unión Europea, permitiría completar el círculo de protección de los trabajadores ante el fenómeno de descentralización y externalización productiva.

5. Bibliografía

Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, n. 21-22, 2010, pp. 1-32 (versión La Ley Digital).

Calvo Gallego, F. J. y Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010, pp. 303-335.

Cruz Villalón, J., “Descentralización productiva y responsabilidad por contrata y subcontrata”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pp. 1-39 (versión La Ley Digital).

Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 1999, pp. 3-7 (versión La Ley Digital).

Gala Durán, C., “La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España”, *Temas Laborales*, n. 102, 2009, pp. 13-49.

Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, *Aranzadi Social*, n. 20, 2008, pp. 1-11.

- Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Seguridad y salud laboral en España”, *Health and Safety in the Workplace. Comparative Labor Law Dossier, IUSLabor*, n. 2, 2015, pp. 37-59.
- Luque Parra, M. y Ginès i Fabrellas, A., “Succession and transfer of businesses in Spain”, *Succession and transfer of businesses. Comparative Labor Law Dossier, IUSLabor*, n. 1, 2015, pp. 33-42.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A., “El debate europeo sobre flexiguridad en el trabajo (reflexiones en torno al «Libro verde» de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, *Lan Harremanak*, n. 16, 2008, pp. 167-243.
- Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente (Comentario de urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)”, *Boletín Laboral*, Abdón Pedradas. Abogados y asesores tributarios, 2009, pp. 1-12.
- Sánchez-Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- Valdés Dal-Ré, F., “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, n. 20, 2001, pp. 1-6 (versión La Ley Digital).

El impacto laboral de los grupos de empresa: una asignatura pendiente en el Derecho del Trabajo español

Juan Carlos GARCÍA QUINONES*

RESUMEN: Los grupos de empresa constituyen en España un paradigma de desafección del Derecho del Trabajo respecto de la realidad social. Y ello, sobre la base de que, por un lado, se aprecia una persistente actitud silente del legislador frente a su existencia; mientras que, por otro lado, se constata la dimensión tan amplia que ha adquirido semejante fórmula de configuración empresarial en el contexto de los procesos de unidad de mercado y transnacionalización económica. Nos proponemos elaborar en el presente estudio un análisis panorámico de las principales cuestiones relacionadas con los grupos de empresas en España, algunas de ellas todavía no resueltas – o en su caso, mal resueltas – dentro del ordenamiento español, con el auxilio inestimable que ha brindado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, asumiendo en ocasiones funciones más “creacionistas” que “interpretativas”.

Palabras clave: Grupos de empresa, flexibilidad, globalización.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tratamiento legal de los grupos de empresas en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. 2.1. En el ámbito del Derecho Mercantil. 2.2. En el ámbito del Derecho Fiscal. 2.3. En el ámbito del Derecho Laboral. 3. Tratamiento jurisprudencial de los grupos de empresas: la inestimable aportación del Tribunal Supremo. 3.1. Doctrina general. 3.2. Licitud de la circulación de trabajadores en el grupo de empresas. 3.3. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. 3.4. Responsabilidad solidaria. 3.5. Extensión en el ejercicio del poder disciplinario. 3.6. Supuestos de admisión de la existencia de grupo de empresas. 3.7. Supuestos de inadmisión de la existencia del grupo de empresas. 4. Valoración conclusiva. 5. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor (Acreditado como Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

1. Introducción

Los grupos de empresa constituyen un paradigma de desafección legislativa respecto de la realidad social, tanto más evidente cuanto más tiempo transcurre con la combinación de factores que concurren. De un lado, la persistente actitud silente del legislador frente a su existencia, y de otro lado, la dimensión tan amplia que ha adquirido semejante fórmula de configuración empresarial en el contexto de los procesos de unidad de mercado y transnacionalización económica¹⁴. En cualquier caso, la condición esquivada que acompaña a la figura no es monopolio de nuestro sistema jurídico¹⁵. La complejidad inherente a los grupos de empresa puede hacer que, evaluación jurídica aparte, resulte difícil también su percepción como realidad¹⁶, del mismo modo que la estructura flexible del grupo encuentra una resistencia natural a dejarse influenciar por instituciones formales y estáticas¹⁷.

El Derecho Social Comunitario se reivindica como referencia importante respecto de las empresas agrupadas, también en el plano colectivo, en relación con la solución dada para el comité de empresa europeo o sobre el procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹⁸. La

¹⁴ Para el estudio de los grupos de empresas, desde la dinámica descentralizadora, en base a las estrategias más recientes de localización empresarial, véase Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 2007, pp. 313 y ss. Para el examen de la normativa comunitaria sobre empresarios complejos en el plano del Derecho Social y la aproximación a la figura en el Derecho español, véase Fernández López, M^aF., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «denta y suave»”, *Relaciones Laborales*, n. 4, 2009, pp. 13 y ss. En relación con el tratamiento normativo del grupo de empresas como ámbito complejo de organización laboral, a partir de un análisis comunitario, nacional y comparado, véase también Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002, pp. 78 y ss.

¹⁵ En relación con algunas de las cuestiones trascendentes que suscita la figura en el ordenamiento jurídico francés, véase Duhautois, R. y Lagarde, P., “Entreprises de groupe ou entreprises indépendantes: quel impact sur les réallocations d’emplois?”, *Économie et Statistique*, n. 380, 2004, pp. 63 y ss.; Boulmier, D., “Destruction des emplois: une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel”, *Droit Social*, n. 1, 1998, pp. 44 y ss.; Picca, G., “Le droit du travail à l’épreuve de l’économie. À propos des licenciements collectifs pour motif économique dans les groupes de sociétés”, *Droit Social*, n. 1, 1994, pp. 26 y ss.

¹⁶ Nogler, L., “Gruppo di imprese e diritto del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 1992, p. 292.

¹⁷ Treu, T., “Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee”, *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 40, 1988, p. 641.

¹⁸ En este sentido, véase Fernández López, M^aF., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «denta y suave»”, *óp. cit.*,

consolidación del escenario descrito en el ordenamiento español, apenas matizado con referencias legales, siempre indirectas o parciales desde el Derecho del Trabajo, provoca importantes consecuencias en el ámbito laboral, cuya constatación es también pauta repetida en la práctica totalidad de estudios doctrinales¹⁹.

Entre todas las perspectivas de análisis, nos interesan particularmente dos. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, concebido como sistema de reglas, el silencio legal sobre los grupos de empresa ha abierto una distancia considerable entre interrogantes y respuestas, o si se quiere, entre problemas y soluciones que genera y demanda respectivamente, a partes iguales, el asentamiento de esta realidad empresarial en el tráfico jurídico.

Semejante separación no puede traducirse, en ningún caso, en una ausencia de remedio para solventar cualquier controversia relacionada con la materia, por más que tenga un coste cierto en términos de déficits referenciales para resolver cada problemática particular. Gráficamente podría decirse que, sin los pilares de las normas legales, la jurisdicción se ha visto obligada a transitar, en materia de grupos de empresa, por puentes que ha debido construir ella misma para cohonestar, con la solvencia que es debida, las orillas respectivas del conflicto y de la solución en Derecho. Con el gravamen añadido de la imposibilidad de dotar de un tratamiento único a los diversos supuestos de agrupación o vinculación de empresas que discurren en la vida económica, como han coincidido en constatar jurisprudencia²⁰ y doctrina²¹. Configuración

pp. 18-23; Casas Baamonde, M^ªE., “Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1993, pp. 59-70; Moneré Pérez, J.L., “Los Comités de Empresa Europeos: Los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999, pp. 29 y ss.; Gómez Gordillo, R., “El comité de empresa europeo”, AA.VV. (Coords. Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J.R.), *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, La Ley, Las Rozas de Madrid, 2004, pp. 413 y ss.

¹⁹ A título ejemplificativo, véase Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *óp. cit.*, p. 324; Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Estudio, 1998, p. 448; Apilluelo Martín, M., “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo”, *Actualidad Laboral*, tomo I, 1996, pp. 335 y ss.; Fernández López, M^ªF., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»”, *óp. cit.*, pp. 23 y ss.; Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 191 y ss.; Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, *óp. cit.*, pp. 78-85; Cruz Villalón, J., “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *Temas Laborales*, n. 38, 1996, pp. 31 y ss.

²⁰ STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3946).

irregular que explica bastantes de los problemas suscitados en relación con la creación jurisprudencial del “tipo” “grupo de empresas” y las repercusiones sobre su régimen jurídico laboral, en relación con la inseguridad jurídica, movilidad de los trabajadores en el seno del grupo, ampliación de los límites de la buena fe contractual o descuelgues salariales al tiempo de verificar la situación económica negativa de la empresa²².

En segundo lugar, desde la dimensión del trabajador, la sobreactuación de la jurisdicción en el ejercicio de su función integradora del ordenamiento jurídico, conforme refiere el artículo 1.6 del Código Civil²³, condicionada por la inacción del legislador, ha revertido efectos gravosos para el trabajador, en términos de pérdida de derechos, durante un espacio muy prolongado de tiempo. A falta de referente legal, hasta la conformación de una jurisprudencia solvente que introduce pautas de equilibrio entre los intereses contrarios, atenuando los perjuicios provocados por la ausencia de normas, la elaboración jurisdiccional ha requerido de un tiempo muy extenso para unificar criterios en torno a las materias nucleares suscitadas con ocasión de los grupos de empresas. Lentitud reconocida por la propia jurisprudencia en alguna ocasión, llevada también por la prudencia, sopesando la dificultad que genera la ausencia de referencia legal en el tratamiento de la relación individual de trabajo, con intervenciones recurrentes en materia de impugnación del despido, condenas de readmisión y abono de los salarios de tramitación, hasta el punto de calificar la construcción jurisprudencial todavía como en fase inicial²⁴.

La secuencia arranca con la implantación de una realidad – grupos de empresa – en una zona gris del Derecho, carente de reconocimiento legal explícito pero sin ninguna prohibición expresa. Continúa con un proceso lento de sedimentación, objetivación, sistematización y concienciación sobre los desajustes que genera para el trabajador – parte débil del contrato de trabajo – y para el sistema en su conjunto, que ha llevado a la jurisdicción a transitar por estadios distintos para responder a las principales cuestiones que provocan, singularmente, en materia de comunicación de la responsabilidad empresarial con un criterio de solidaridad, ausente un concepto legal de los mismos. Y prosigue – al día de hoy – con la consolidación de una jurisprudencia asentada, correctora

²¹ En este sentido, véase Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *óp. cit.*, pp. 324 y ss.

²² En este sentido, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *óp. cit.*, pp. 447 y ss.

²³ STS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233).

²⁴ STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

de excesos pretéritos. Proceso donde la doctrina, quizás por el devenir de los acontecimientos, ha asumido un papel de segundo orden, en ocasiones también excesivamente complaciente con la construcción jurisprudencial²⁵.

En cualquier caso, el progresivo perfeccionamiento de la labor jurisdiccional sobre grupos de empresa, llevado a sus últimas consecuencias, pudiera acabar provocando la mutación de su configuración actual hacia otra distinta, carente también de normativa específica, para reproducir un proceso similar al seguido con los grupos de empresas, con la simple estrategia de ganar tiempo. Es una constante repetida el anhelo de actuar con liberalidad, dentro de los márgenes amplios de la desregulación, hasta tanto se forje una respuesta jurídica suficientemente certera con intervención legal, jurisprudencial o doctrinal. En definitiva, un salto de evolución más en esa contraposición endémica entre economía o mercado y valor social, representados en el plano jurídico por el Derecho de la Competencia y el Derecho del Trabajo, respectivamente.

En el presente estudio nos proponemos elaborar un análisis panorámico de las principales cuestiones relacionadas con los grupos de empresas, con el auxilio inestimable que ofrece la jurisprudencia desde su actuación impostada, en ocasiones más creacionista que interpretativa, sobre las principales cuestiones que plantean en el ámbito de las relaciones laborales. Concebido el grupo como paradigma de renovación en las formas de organización empresarial, con consecuencias en las relaciones de trabajo.

2. Tratamiento legal de los grupos de empresas en las distintas ramas del ordenamiento jurídico

Con la premisa de la falta de interés evidenciada por el legislador para regular de modo integral la figura de los grupos de empresas, las referencias legales en torno a los mismos se distribuyen, básicamente, en tres ramas del ordenamiento jurídico, correspondientes a las disciplinas de Derecho Mercantil, Derecho Fiscal y Derecho del Trabajo, bien que con un nivel desigual de atención en cada caso, siendo el Derecho Laboral el

²⁵ Elemento que subraya Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *óp. cit.*, pp. 448 y ss., criticando la excesiva complacencia evidenciada por la doctrina sobre la elaboración jurisprudencial de los grupos de empresas, al tiempo que analiza los puntos débiles de la misma, por ejemplo, en orden a la tendencia expansiva del “tipo” “grupo laboral de empresas”.

que sale con saldo más desfavorable en este sentido, insensible a las repercusiones de la configuración del empresario como grupo de empresas en las relaciones de trabajo.

2.1. En el ámbito del Derecho Mercantil

En el Derecho Mercantil merecen subrayarse los tratamientos sobre las Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de abril), las Agrupaciones de Empresarios (con aplicación del artículo 42 del Código de Comercio), el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y las Uniones Temporales de Empresas (Ley 18/1982, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril).

En relación con la materia nuclear que se plantea, los artículos 42 del Código de Comercio, 18 de la Ley de Sociedades de Capital y 4 de la Ley del Mercado de Valores disponen una configuración diferenciada en su definición respectiva del grupo de empresas. El artículo 42 del Código de Comercio configura el concepto de grupo de sociedades de forma estricta, caracterizado por el control de una empresa por otra, porque posee la mayoría de votos en ella; porque dispone de tal mayoría por acuerdos con otros socios; por la facultad de nombrar y revocar a la mayoría de sus administradores; o por haberlo hecho así en tres ejercicios. En contraposición, el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital refiere un concepto más flexible del grupo de empresas, atendiendo al dato de que una sociedad “pueda ejercer una influencia dominante” sobre la actuación de otra. Flexibilidad que asume también el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, en referencia a la dirección unitaria.

2.2. En el ámbito del Derecho Fiscal

En el Derecho Fiscal, las referencias legislativas a los grupos de empresa han sido menores que en el Derecho Mercantil, básicamente, el artículo 38 de la Ley 10/1985, de 26 de abril, *de modificación parcial de la Ley General Tributaria*, actualmente derogada; y el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades*, sustituido después por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, reemplazado a su vez por el vigente actualmente Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por

el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

2.3. En el ámbito del Derecho Laboral

En el ámbito del Derecho del Trabajo, las referencias a los grupos de empresa se concretan en el artículo 3 y la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril, *de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo*, transformado después en la Ley 22/1992, de 30 de julio, de idéntica denominación; el artículo 7 del Real Decreto 830/1985, de 30 de abril, *sobre empresas pesqueras conjuntas*; el artículo 51.14 del ET; la Ley 10/1997, de 24 de abril, *sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria*, modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre²⁶; amén de algunas alusiones puntuales en el ámbito procesal, por referencia a los artículos 16.5 y 80.1.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Al margen de la vaga y no siempre aplicable referencia del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando menciona como empresarios a las comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios²⁷. Es decir, en relación con los grupos de empresa se abandona la estela marcada con el citado precepto estatutario, que cualifica al ordenamiento español, en el contexto del análisis comparado, como el único que contempla una definición legislativa general del empresario a los fines de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores²⁸. Concepto de empresario laboral general que se corresponde con el contenido en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la noción de empresario laboral de mínimos que se desprende de los artículos 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores no constituye un fin en sí misma, no pudiendo interpretarse al margen de los supuestos de hecho para los que la norma la ha diseñado²⁹.

Las referencias señaladas evidencian la ausencia de una regulación específica y sistemática de los grupos de empresa, caracterizando el

²⁶ Ampliamente, sobre la posible extensión de la Ley 10/1997, de 24 de abril, como modelo de regulación para las empresas de grupo de base estatal, véase Terradillos Ormaetxea, E., *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas (Modernas fórmulas de regulación)*, CES, Madrid, 2000, pp. 237 y ss.

²⁷ STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939). Para el análisis de la comunidad de bienes en el ámbito laboral, extensamente, véase Desdentado Daroca, E., *La personificación del empresario laboral (Problemas sustantivos y procesales)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 246 y ss.

²⁸ En este sentido, véase Nogler, L., “Gruppo di imprese e diritto del lavoro”, *óp. cit.*, pp. 293 y ss.

²⁹ Fernández López, M^ªF., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»”, *óp. cit.*, pp. 15 y ss.

agrupamiento empresarial como una realidad económica más que jurídica, del mismo modo que el concepto “grupo de empresa” tiene una base fundamentalmente teórica³⁰. En verdad, la contraposición que se presenta no es tal, porque el reconocimiento de la vertiente económica no excluye necesariamente la vertiente jurídica. En el supuesto de los grupos de empresa sucede más bien lo contrario, por más que la cobertura jurídica ofrecida haya sido primero inexistente, después deficiente, en cualquier caso lenta y auspiciada por un actor impostado como es la jurisdicción.

Sea como fuere, donde no existe disenso es en la ausencia de una definición general del grupo de empresas en el Derecho del Trabajo. La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 22/1992, de 30 de julio, *de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo* contenía una versión de esa definición general, por más que su descripción estuviera orientada al ámbito del fomento de la contratación indefinida, cuando refería que “*A los efectos de lo establecido en la presente Ley se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio*”. En cualquier caso, definición derogada más tarde por el Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, *por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo*.

En el momento presente persiste únicamente, por tanto, la definición que contiene el artículo 3 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, *sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria*, cuando bajo la rúbrica de “*Definiciones*”, refiere en su núm. 1.3º que “*a los efectos de esta Ley*” se entiende por grupo de empresas “*el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas*”. Concepto que precisa mucho más en relación con el grupo de empresas de dimensión comunitaria, considerando como tal aquél que reúna las condiciones siguientes: a) Emplear 1000 trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros; b) Comprender, al menos, dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes; c) Que al menos una empresa del grupo emplee 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que, al menos, otra de las empresas del grupo emplee 150 trabajadores o más en otro Estado miembro. Diferencia de tratamiento, amplio y estricto respectivamente, en un mismo precepto que regula dos versiones distintas del grupo de empresas, general y cualificada, merecedora de una atención particular para valorar la alternativa más favorable desde la salvaguarda de

³⁰ STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263).

los derechos de los trabajadores.

Definiciones coincidentes, por lo demás, con las contenidas en el artículo 2 de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, *sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria*³¹, tanto en relación al grupo de empresas (artículo 2.b) como respecto al grupo de empresas de dimensión comunitaria (artículo 2.c)³². Regulación que acentúa el “ruido” provocado por el silencio normativo a nivel interno, particularmente, en materia de reconocimiento legal de órganos de representación del grupo de empresas en su dimensión nacional, por contraste con lo dispuesto para el comité de grupo de empresas en el ordenamiento comunitario. Al margen de este dato, la ausencia en la legislación española de un concepto general del grupo de empresas obliga a decantar la preferencia por una noción amplia de grupo, basada en la dirección unitaria, aunque por razones de orden práctico resulte necesario presumir esa unidad de decisión en los supuestos donde exista una relación de dominio o control.

3. Tratamiento jurisprudencial de los grupos de empresas: la inestimable aportación del Tribunal Supremo

El tratamiento jurisprudencial de los grupos de empresas tiene una trayectoria muy extensa en el tiempo, si se atiende a las primeras resoluciones del Tribunal Supremo³³, desde una concepción inicial donde la pertenencia al grupo se consideraba un dato irrelevante para la óptica laboral, aceptada la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, por más que se diera entrada a desviaciones en supuestos muy excepcionales: a) por la realidad en la atribución de la condición de empresario; b) por la doctrina del empresario aparente; c) con base en el fraude de ley.

El salto de calidad en la evolución hacia un tratamiento más moderno en la conformación del criterio jurisdiccional tiene lugar con la STS de 3 de

³¹ Diario Oficial n. L 254 de 30/09/1994.

³² En relación con el papel desempeñado por el Derecho Comunitario sobre la propuesta del Comité de Empresa Europeo, la propuesta de Directiva sobre la posición de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la Directiva de modificación de la Directiva sobre despidos colectivos, véase Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, *óp. cit.*, pp. 196 y ss.

³³ SSTS de 5 de enero de 1968 y 19 de mayo de 1969.

mayo de 1990³⁴, por la sistematización que realiza de la doctrina, persistiendo en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero admitiendo la trascendencia laboral del mismo en determinadas circunstancias, o cuando semejante dato va acompañado de elementos adicionales³⁵. Jurisprudencia que ha tomado conciencia sobre la consolidación de su doctrina en materia de grupos de empresas³⁶, en contra de opiniones doctrinales que reclaman giros sobre cuestiones puntuales, como tendremos ocasión de analizar en los epígrafes que siguen a continuación.

3.1. Doctrina general

Desde el punto de vista formal, los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas – físicas o jurídicas –, como empresas diferenciadas que son, si bien la concentración, el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal para la obtención de un fin empresarial común, conformando una unidad económica que se proyecta sobre todas las empresas que lo componen, con reflejo en una acción unitaria frente al exterior. De este modo, el núcleo del grupo de empresas está en la dominación – empresa dominante – y situación de dependencia, y en la unidad de dirección. Planteamiento que está en la base de las normas de protección a los acreedores, a los componentes minoritarios y a los trabajadores³⁷. En cualquier caso, se ha matizado también que el grupo de empresas, a efectos laborales, no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil³⁸.

La jurisprudencia más reciente sobre grupos de empresa admite como válida la definición amplia del “grupo empresarial”, a partir de la dirección unitaria y presumible por la situación de control³⁹. Las consecuencias jurídico-laborales de los grupos de empresa no son siempre las mismas, dependiendo de su configuración, de las características funcionales de la

³⁴ STS de 3 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3946).

³⁵ En relación con los ejes básicos de la construcción del grupo de empresas en la jurisprudencia, véase Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *óp. cit.*, pp. 329-332.

³⁶ Fernández López, M^a F., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»”, *óp. cit.*, p. 24.

³⁷ STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

³⁸ STS de 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1244).

³⁹ STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263).

relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio, de empresarios. Se han utilizado criterios diversos para optar por una u otra de las soluciones posibles, como la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe considerarse como tal, conforme al artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores – y su antecesor, el artículo 5 de la Ley de Contrato de Trabajo –, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios⁴⁰, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente⁴¹.

Por otra parte, el grupo de empresas, cuando existe, opera frente a los trabajadores como empresario real y único. Consideración indiscutida frente a los derechos de los trabajadores, pero aceptada también por la jurisprudencia respecto de algunas obligaciones de éstos con respecto al empresario, por ejemplo, considerando que existe trasgresión de la buena fe cuando se trabaja para una tercera empresa cuya actividad coincide con una de las empresas del grupo, aunque no sea concretamente aquella para la que de hecho se está trabajando. Esto es, se considera al grupo de empresas como un empresario único⁴².

Finalmente, la posición natural de debilidad del trabajador frente al empresario en el marco del contrato de trabajo tiene, en relación con los grupos de empresa, una manifestación importante en la asignación de la carga de la prueba sobre su existencia y sus particularidades a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales atribuidos a los mismos – normalmente el trabajador –, en los supuestos donde efectivamente concurren. En este punto la jurisprudencia tiene dicho que la carga de la prueba no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas la

⁴⁰ SSTs de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103); 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973); y 31 de enero de 1991 (RJ 1991, 200). Sentencia, esta última, que completa el listado de referencias legales para el reconocimiento de la subjetividad o responsabilidad del grupo de empresas a efectos laborales, además del ya citado artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores – y su antecedente, el artículo 5 de la Ley de Contrato de Trabajo –, con una apelación al artículo 9.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, *por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, en referencia al supuesto de promoción interna de un trabajador en la misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar; para finalizar con una mención al artículo 16.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuando menciona como comparecientes en el proceso por las comunidades de bienes y grupos a quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos.

⁴¹ STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7684).

⁴² STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 4885).

interioridades negociales o mercantiles del grupo⁴³, pero sí debe alcanzar a las características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo⁴⁴, en referencia al funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo en las empresas del grupo⁴⁵, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios⁴⁶ y la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales⁴⁷. Construcción jurisprudencial sobre la distribución de la carga de la prueba que ha merecido un juicio favorable, por su razonabilidad, dadas las particulares circunstancias concurrentes en los grupos de empresas porque, sin eximir de la carga de la prueba al trabajador que sostiene su existencia, se considera suficiente a estos efectos la exigencia de prueba para crear apariencia de grupo, de modo que, creada, compete a la empresa su desvirtuación⁴⁸.

Con base en pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal Supremo⁴⁹, la doctrina aprecia en la jurisprudencia una propensión, cada vez más acusada, a continuar profundizando en el análisis por encima de la mera proclamación de responsabilidad solidaria, aunque ello no siempre se haga de forma explícita, al tiempo que se constata una flexibilidad mayor en la jurisprudencia contencioso-administrativa⁵⁰ respecto de la jurisprudencia social al tiempo de evaluar la incidencia de la situación del grupo en la causa económica, y a la inversa, de qué manera puede la empresa en crisis extinguir contratos aunque el grupo al que pertenece no registre pérdidas⁵¹.

⁴³ SSTS de 5 de enero de 1968 (RJ 1968, 126); 12 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 4050); 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094); y 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 7838).

⁴⁴ SSTS de 19 de mayo de 1969 (RJ 1969, 2773); y 23 de junio de 1983 (RJ 1983, 3043).

⁴⁵ SSTS de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103); y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973).

⁴⁶ SSTS de 5 de enero de 1968 (RJ 1968, 126); 4 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1270); y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8851).

⁴⁷ SSTS de 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094); 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321); 8 de junio de 1988 (RJ 1988, 5256); y 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5802).

⁴⁸ En este sentido, véase Apilluelo Martín, M., "Grupo de empresas y Derecho del Trabajo", *óp. cit.*, p. 344.

⁴⁹ SSTS de 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1244); 13 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3787); 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 7165); y 23 de enero de 2007 (RJ 2007, 1910).

⁵⁰ STS de 14 de febrero de 2001 (N. Rec. 1672/1998).

⁵¹ Fernández López, M^aF., "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «lenta y suave»", *óp. cit.*, pp. 32 y ss.

3.2. Licitud de la circulación de trabajadores en el grupo de empresas

Como posición de partida, la jurisprudencia se ha mostrado favorable a la licitud general de la circulación de trabajadores en el seno del grupo empresarial, práctica que habrá de considerarse lícita en principio, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores⁵². Posición que se alinea con la tolerancia jurisdiccional sobre las puestas a disposición de grupo en el Derecho comparado, complementada con la improvisación de su régimen jurídico, por referencia a las figuras del “distacco” o “commando” en el ordenamiento italiano, o al “détachement” y la “mise à disposition sans but lucratif” en el ordenamiento francés⁵³.

Salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas. Existen así numerosos supuestos posibles de circulación de mano de obra en los grupos de empresa reales, a partir de una primera clasificación que distingue entre la circulación desde la dirección del grupo y la circulación con pluralidad de empleadores⁵⁴.

No obstante la licitud general que se predica, salvo que la circulación de trabajadores dentro del grupo empresarial responda a una finalidad fraudulenta derivada de la constitución instrumental de una empresa para degradar las condiciones de trabajo o determinar la pérdida de garantías

⁵² En este sentido se pronuncian, reiterando la doctrina de la STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8605), entre otras, las SSTs de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939); 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1062); 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1870); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 1270); 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2695); 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1594); y 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263). En contra, véase Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, cit., pp. 138-156, cuestionando esta conclusión, en el marco de las incertidumbres que genera la subsunción en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores del tratamiento de las puestas a disposición de grupo.

⁵³ En este sentido, véase Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, cit., pp. 130-138. Específicamente, sobre el ordenamiento italiano, véase Corrias, M., “El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el «distacco» del trabajador”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005, pp. 295 y ss.

⁵⁴ Para el análisis pormenorizado de los distintos supuestos de circulación de mano de obra en los grupos reales, a partir de una sistemática que distingue entre la circulación desde la dirección del grupo y la circulación con pluralidad de empleadores, véase Arce Ortiz, E.G., *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 104 y ss.

por parte del trabajador, se enmarca dentro de la cesión de trabajadores, por ejemplo, mediante los sucesivos mecanismos de puesta a disposición y contratación directa, y como tal cesión, bien que legal, no puede limitar los derechos del trabajador⁵⁵, vigentes las garantías del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo en materia de antigüedad, a computar desde el inicio de la cesión, tal como ha tenido ocasión de declarar repetidamente el Tribunal Supremo para supuestos de cesión ilegal de trabajadores por parte de empresa de trabajo temporal⁵⁶. Antigüedad que debe reconocerse a todos los efectos, retributivos, promocionales e indemnizatorios, de apreciar la vinculación sin solución de continuidad con la empresa dominante en cuya plantilla finalmente se integran los trabajadores, y por aplicación del principio de irrenunciabilidad de los derechos que recoge el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁷. Máxime cuando la antigüedad compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios en la misma⁵⁸.

En relación con la movilidad geográfica, la doctrina ha significado la insuficiencia de los indicios jurisprudenciales tasados para el caso de los grupos ficticios, cuya aplicación automática deja escapar muchos supuestos de grupos fraudulentos, del mismo modo que compromete también la inclusión de grupos que no pertenecen a esa clasificación⁵⁹. En esa labor de integración se han defendido posiciones diferenciadas: a) Apelar a la interpretación analógica, desde las referencias legales más próximas, para la valoración legal de los traslados que tienen lugar en el grupo de empresas, que no deben equipararse con los previstos en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, a falta de reglas específicas y sin perjuicio de lo que dispongan los convenios colectivos⁶⁰; b) Declarar la

⁵⁵ En relación con los derechos de los trabajadores objeto de circulación, véase Arce Ortiz, E. G., *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, cit., pp. 161 y ss.

⁵⁶ SSTs de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6419); 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6094); y 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1594).

⁵⁷ STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263).

⁵⁸ En este sentido, entre otras, SSTs de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5186); 7 de junio de 2005 (RJ 2005, 6018); 12 de junio de 2008 (RJ 2008, 5349); y 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5105).

⁵⁹ En este sentido, véase Arce Ortiz, E.G., *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, *óp. cit.*, pp. 100 y ss.; Cruz Villalón, J., “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *óp. cit.*, pp. 47-53, haciendo extensiva idéntica conclusión para el conjunto de cuestiones relacionadas con los grupos de empresa desde el manejo de las variables “fraude de ley” y “grupo ficticio”.

⁶⁰ García Murcia, J., “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresas”, n. 98, 1999, pp. 14 y ss.; Santiago Redondo, K., “Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores”, *Relaciones Laborales*,

inaplicabilidad con carácter general de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente negativa de esta vía como atribución al grupo de empresas de una facultad unilateral para la modificación de las condiciones de trabajo, en relación con el lugar de la prestación, cuando se extienda más allá de los centros de trabajo pertenecientes a una empresa filial del grupo⁶¹.

3.3. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

La doctrina del levantamiento del velo tiene un tratamiento recurrente en la jurisprudencia⁶², refiriendo que levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas. El origen de semejante teoría se atribuye a los tribunales anglosajones – incluidos los norteamericanos donde se habla de penetración del velo “piercing the veil” – y equivale a una reacción o modelización del principio de separación de patrimonios, resultado de la constitución de una persona jurídica, originariamente construido en el derecho alemán. Las fuentes de esta teoría son jurisprudenciales, no legales, porque el fenómeno equivale a una derogación de las reglas de la persona moral o jurídica, de modo que el levantamiento del velo tiene lugar siempre con ocasión de un litigio donde el Juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad. Partiendo de que la regla debe ser el respeto de la personalidad moral, se admite no obstante la necesidad ocasional de levantar el velo, por imposición de la “realidad de la vida y el poder de los hechos” o “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas”, incluso con apelación al interés público o a la equidad. Todo ello ha hecho necesario construir un inventario de las situaciones que autorizan el levantamiento, que componen la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y su sociedad.

La realidad descrita es propia habitualmente en el caso de una sociedad única, cuya personificación moral, con la consiguiente limitación de responsabilidad, se quiere sobrepasar, para alcanzar la de los socios. No

vol. II, 1991, pp. 467-468.

⁶¹ Cruz Villalón, J., “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *óp. cit.*, pp. 59 y ss.

⁶² SSTs de 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 5292); y 25 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4799).

obstante, también tiene una versión relacionada directamente con los grupos de empresa, para el caso de pretender trasladar la responsabilidad, desde una primera sociedad, hasta una segunda, con el pretexto de que conforman un grupo de funcionamiento irregular.

En esta última caracterización, la jurisprudencia ha declarado la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la sociedad, extendiendo la responsabilidad solidaria de las deudas salariales a las personas físicas por cuenta de las que efectivamente se ha prestado el trabajo, cuando concurre una interrelación de bienes, intereses, derechos y obligaciones de las personas físicas y de las personas jurídicas hasta converger en una confusión de actividades, propiedades y patrimonios⁶³. Solución idéntica a la dictada para un supuesto donde se patentiza la unidad de actividades, de trasvase de fondos y de cesiones inmobiliarias, identificándose a los respectivos titulares como fundadores y/o accionistas de las diversas empresas, con coincidencias constantes entre ellos, y con la interposición ocasional de compañías mercantiles de las que son también accionistas y administradores para entrar en la titularidad de otras empresas de las que asumen la gestión. Situación económica y de actividad como la descrita que es diferente de la llamada Unión Temporal de Empresas, también ocasionalmente formada por algunas de las empresas demandadas, que es una situación lícita, no asimilable a la que precisa de la investigación y del levantamiento del velo⁶⁴.

3.4. Responsabilidad solidaria

La ausencia de una regulación específica en materia de imputación de responsabilidad solidaria entre las empresas que conforman un grupo frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones laborales ha condicionado, en ocasiones, interpretaciones judiciales un tanto forzadas de los preceptos relacionados con las garantías por cambio de empresario (artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores)⁶⁵. Es un criterio jurisprudencial asentado que la pertenencia de dos o más empresas al mismo grupo empresarial no resulta suficiente para derivar de ello, sin

⁶³ SSTs de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4659); y 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 10019).

⁶⁴ STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4657). En relación con las Uniones Temporales de Empresa, véase Desdentado Daroca, E., *La personificación del empresario laboral (Problemas sustantivos y procesales)*, *óp. cit.*, pp. 563 y ss., apelando a su condición de sociedad interna, carente de personalidad jurídica, sin posibilidad para asumir la posición empresarial.

⁶⁵ En este sentido, véase Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *óp. cit.*, pp. 333 y ss.

más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, siendo necesaria además la presencia de elementos adicionales⁶⁶.

En principio, los componentes del grupo tienen un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son⁶⁷, de manera que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no resulta suficiente para extender a todas la responsabilidad, por lo que semejante dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, mas no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas, cuyo efecto requiere de un elemento adicional, que el TS ha sistematizado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo⁶⁸; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo⁶⁹; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales⁷⁰; d) Confusión de plantillas⁷¹, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁷².

El fundamento de la responsabilidad solidaria es la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que recaiga sobre el trabajador el oneroso deber de indagar las interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad⁷³. Responsabilidad solidaria en el grupo de empresas que se presenta como una relación vertical de dominación y un sistema de gobierno unitario, en un conjunto formado con una evidente vinculación, tanto económica como personal⁷⁴.

Con estas variables, la jurisprudencia ha admitido la existencia del grupo

⁶⁶ SSTS de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233); 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3983); 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4030); 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 618); 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1062); 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1870); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 1270); 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2695); y 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1244), entre otras.

⁶⁷ STS de 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

⁶⁸ SSTS de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103); y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973).

⁶⁹ SSTS de 4 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1270); y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8851).

⁷⁰ SSTS de 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094); 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321); 8 de junio de 1988 (RJ 1988, 5256); y 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5802).

⁷¹ STS de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 180).

⁷² SSTS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8583); y 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

⁷³ SSTS de 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321); y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973).

⁷⁴ SSTS de 24 de julio de 1989 (RJ 1989, 5908); y 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1834).

de empresas, con declaración de responsabilidad solidaria, en supuestos de confusión de actividades, propiedades, patrimonios, y dirección desarrollada por las mismas personas físicas, constatado el traslado de cantidades de numerario de unas a otras, la utilización indeterminada y simultánea de los servicios del mismo trabajador por varias de las empresas, aparentemente autónomas, aunque regidas por las mismas personas, incluso por alguna de las personas jurídicas, respecto de las cuales se pretende aparentar la autonomía funcional⁷⁵.

Por el contrario, se ha denegado la atribución de responsabilidad a todas las empresas integrantes de un grupo, porque la mera participación societaria no presupone la existencia de fraude tratando de evitar las responsabilidades patrimoniales que pudieran atribuírseles, y ocultar fraudulentamente la realidad para situarse, precisamente, fuera de ese ámbito⁷⁶. Tampoco la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo constituye un elemento determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del artículo 1137 del Código Civil, advertido que todas y cada una de las sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios, de igual modo que el trabajador, cuando ha sido despedido, prestaba servicios para una sola de las empresas⁷⁷. Se rechaza igualmente la petición de responsabilidad solidaria en un supuesto donde sólo se acredita la coincidencia – no total – de personas físicas como fundadores o integrantes en los órganos rectores de las empresas demandadas⁷⁸. Tampoco la coincidencia en el domicilio de las empresas que forman parte de un grupo de empresas, manteniendo relaciones mercantiles, es motivo bastante para derivar su condena solidaria, por resultar contraria al artículo 1137 del Código Civil, de apreciar que cada sociedad tiene personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios, sin concurrir los requisitos que exige la jurisprudencia para decretar semejante responsabilidad⁷⁹. Soluciones coherentes con el criterio asentado de que la mera presencia de administradores o accionistas comunes⁸⁰, o de una dirección comercial común⁸¹, o de sociedades

⁷⁵ STS de 9 de julio de 2001 (RJ 2001, 10019). Un comentario doctrinal sobre esta Sentencia puede verse en Serrano García, M^a.J., “La responsabilidad de los administradores sociales en los grupos de empresas. Orden jurisdiccional competente”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2002, pp. 883-888.

⁷⁶ STS de 20 de enero de 2003 (RJ 2004, 1825).

⁷⁷ STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1870).

⁷⁸ STS de 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3983).

⁷⁹ SSTs de 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 2695); 26 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 1270); y 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 10530).

⁸⁰ SSTs de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1870); y 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 5292).

participadas entre sí⁸², no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales.

Se desmiente asimismo la responsabilidad solidaria, admitida la existencia de un grupo de empresas, cuando existe trasiego de personal – que no consta fuera sin solución de continuidad – de una a otra empresa, en las que actuaban en el ramo de la construcción, práctica normal en las empresas de semejante actividad que por sí sola no proporciona sospecha de actuación fraudulenta, cuando además tampoco existe caja única, determinante en alguna ocasión de la responsabilidad solidaria, que en principio es contraria a la independencia de cada una de las sociedades integrantes del grupo⁸³. Se deniega también la responsabilidad en una hipótesis donde ni siquiera se ha producido una apariencia externa unitaria sobre la unidad de dirección y organización y confusión de patrimonios y plantillas, por lo que no se vulnera el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁴. Rechazo que se reitera cuando, partiendo de la distinción respecto del grupo de sociedades del Derecho Mercantil, no se acredita la existencia de los rasgos específicos del grupo de empresas a efectos laborales, de modo que el tiempo de servicio a considerar para el cálculo de la indemnización de despido sólo comprende el prestado por cuenta de la propia empresa condenada, mas no el anterior acumulado en otra empresa distinta⁸⁵.

Negativa que se reproduce igualmente cuando no consta el funcionamiento integrado de la organización de trabajo en las empresas concernidas, sin que baste para ello la coincidencia del objeto social, ni la identidad de domicilio cuando se trata además de actividades de transporte aéreo, no constando tampoco la prestación de servicios por los trabajadores, de forma sucesiva o simultánea, para dichas empresas,

⁸¹ STS de 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 4660).

⁸² STS de 20 de enero de 2003 (RJ 2004, 1825).

⁸³ STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1062). Alrededor de la doctrina que expresa la Sentencia, en relación con la amortización de puestos de trabajo por causas económicas, véase Val Tena, A.L., “Amortización de puestos de trabajo por causas económicas y grupo de empresas: el ámbito de referencia para la aplicación del artículo 52.c) ET”, *Aranzadi Social*, vol. II, Parte Presentación, 1998, pp. 2646-2652; Molina Navarrete, C., “Los despidos «por causas empresariales» en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999, pp. 19 y ss.; García Murcia, J., “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresas”, *óp. cit.*, pp. 17-18.

⁸⁴ STS de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 1003). Sobre la doctrina que expresa esta Sentencia, en materia de grupos de empresa y responsabilidad empresarial, véase Martínez Moreno, C., “Grupos de empresas y responsabilidad empresarial”, *Aranzadi Social*, vol. II, Parte Presentación, 1998, pp. 2569-2572.

⁸⁵ STS de 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1244).

configurando una situación de plantilla común o indistinta, conclusión que no decae por la utilización de unas oficinas comunes porque la utilización de servicios comunes entre empresas del mismo grupo puede basarse en distintas formas de colaboración económica, sin que ello implique una confusión de patrimonios de las sociedades ni la generalización de un sistema de caja única⁸⁶. Rechazo que se reitera de concluir que se está en presencia de dos empresas totalmente independientes que, junto con otras, conforman el grupo empresarial, sin acreditar la creación de las mismas como aparentes o sin sustento real y efectivo, o con la intencionalidad de provocar una exclusión de responsabilidades laborales, no existiendo confusión de plantillas ni de patrimonios, ni apariencia externa de unidad empresarial o una unidad de dirección que vaya más allá de su propia identificación pública y expresamente declarada ante los organismos administrativos competentes como empresas independientes integradas en un mismo grupo liderado por una de las empresas y al que la otra pertenece⁸⁷.

En este sentido llama la atención algún pronunciamiento del Tribunal Supremo donde se desmiente la existencia de grupo de empresas, y por derivación, la ausencia de responsabilidad solidaria entre las mismas respecto de las deudas contraídas con el trabajador, cuando para dicha solución, además de la realidad predicable de esas empresas – patrimonio diferenciado, solvencia económica, actividad radicalmente distinta, centros de trabajo propios e independientes y plantilla de trabajadores autóctonos –, se tiene en cuenta, sobre todo, la situación privilegiada del trabajador, en tanto que alto directivo de la empresa e hijo y hermano, respectivamente, de los que fueron hasta fecha muy reciente Presidente y Secretario de su Consejo de Administración⁸⁸. Referencia muy interesante, por la especial situación del trabajador – alto directivo –, que parece trasladar un criterio jurisprudencial matizado respecto de la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, con declaración en su caso de la responsabilidad solidaria entre las empresas que conforman el grupo, según la posición más o menos fuerte que ostente el trabajador, acostumbrados a examinar una jurisprudencia que centra su referencia de análisis en el entramado empresarial, asumida la idea de que, frente al mismo, el trabajador ocupa siempre una posición de debilidad.

Sin embargo, secundar esta doctrina hasta sus últimos extremos, dificultaría sobremanera la solución de los conflictos futuros en materia de

⁸⁶ STS de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4455).

⁸⁷ STS de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4446).

⁸⁸ STS de 29 de junio de 1989 (RJ 1989, 4854).

grupo de empresas, obligando a componer regímenes distintos según la situación del trabajador, para considerar, por qué no, gradaciones intermedias entre la posición del trabajador común y la del alto directivo de la empresa. De este modo, curiosamente, la capacidad de discriminar la existencia o no de grupos de empresa, con extensión en su caso a la responsabilidad solidaria, a partir de una doble referencia por el empresario y el trabajador, ninguna de ellas estática, pudiera acabar complicando sobremanera la ya de por sí compleja respuesta jurisprudencial, reflejo directo de la complejidad inherente a los grupos de empresa en el ámbito laboral.

La extensión de la responsabilidad solidaria sobre las empresas que forman parte de un grupo, de declararse, reporta efectos negativos para las mismas, en lógica contraposición con las ventajas para el trabajador. En algunas ocasiones – ciertamente las menos –, a partir de la declaración de responsabilidad solidaria, la jurisprudencia ha sido sensible también respecto de alguna consecuencia positiva para las empresas afectadas. Concretamente, en materia de depósitos y consignaciones, asumiendo una interpretación flexible de la exigencia legal de consignar el importe de la condena para recurrir, cuando desmiente la necesidad de que cada una de las empresas condenadas solidariamente consigne el importe de los salarios de trámite para recurrir en casación unificadora, por lo que el pronunciamiento de solidaridad en sentencia firme debe producir todas las consecuencias legales, entre ellas, extender a los deudores solidarios los efectos beneficiosos obtenidos frente al acreedor por uno solo de aquéllos⁸⁹.

Conclusión que se sustenta en los artículos 1137 y ss. del Código Civil, interpretando que los efectos de la solidaridad dispuestos en estos preceptos operan cuando la declaración de solidaridad es firme, mas no cuando la misma queda *sub iudice*⁹⁰. Y solución conforme, igualmente, con la doctrina constitucional, defensora de la armonización entre, por un lado, los legítimos obstáculos legales para el acceso al recurso de casación, en tanto que medida cautelar para la salvaguarda de los derechos reconocidos a los trabajadores en la sentencia, y asegurar, en su caso, la ejecución de la misma evitando el *periculum morae*, así como los recursos dilatorios que no tengan más finalidad que demorar el desembolso de las cantidades por quien viene obligado a ello. Y por otro lado, el derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, que recoge el artículo 24.1 de la Constitución

⁸⁹ STS de 5 de junio de 2000 (RJ 2000, 5900).

⁹⁰ ATS de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 1681).

Española, asegurando la integración de tales obstáculos con el derecho a la Justicia⁹¹.

3.5. Extensión en el ejercicio del poder disciplinario

En la mayoría de las ocasiones, es pauta común que el principal interesado en el reconocimiento de la existencia del grupo de empresas sea el trabajador, como presupuesto para derivar en su caso la responsabilidad solidaria respecto al saldo de las obligaciones pendientes. Sin embargo, en ocasiones la certificación de la presencia del grupo termina volviéndose, curiosamente, en contra de los intereses del trabajador. Por ejemplo, en materia disciplinaria cuando, para la determinación del empresario agraviado, se convalida la procedencia del despido del trabajador valorando la deslealtad de su actuación con empresas relacionadas. No es necesario que la deslealtad y el abuso de confianza tengan por exclusivo destinatario a la empresa para la que se presta la actividad laboral, sino que puede afectar a terceros, tales como clientes y usuarios de la misma o a terceras empresas relacionadas con aquélla, lo que se traduce en evidente desprestigio para la primera⁹², de manera que la actuación ilícita cometida por el trabajador, Director General de ambas, en cualquiera de ellas, cuando su prestación laboral al grupo es indiferenciada y existe una dirección unitaria, legitima el reproche del grupo empresarial en su conjunto⁹³.

El fenómeno resulta curioso, por lo que tiene de novedoso respecto de las materias usuales que conoce la jurisprudencia en relación con los grupos de empresas, al margen de la especialidad en algunos de los elementos concurrentes, como la condición de Director General del trabajador, que puede condicionar un tanto la extensión de la conclusión adoptada para otras hipótesis distintas. No obstante, la anécdota puede convertirse en categoría cuando, al margen de la curiosidad que despiertan los supuestos descritos – aun con sus elementos específicos como la cualidad especial del trabajador –, su existencia resulta reveladora de la cantidad de cuestiones potenciales que pueden surgir alrededor de los grupos de

⁹¹ STC 3/1983, de 25 de enero (RTC 1983, 3).

⁹² SSTs de 18 de abril de 1967 (RJ 1967, 1627); y 13 de marzo de 1978 (RJ 1978, 985).

⁹³ STS de 8 de junio de 1988 (RJ 1988, 5251). Un comentario sobre la doctrina que expresa esta Sentencia puede verse en García Ninet, J.I. y Rivas Vallejo, P., “Despido disciplinario de representante sindical. La conjugación de las libertades de expresión y sindical y el interés público. El deber de buena fe contractual modalizado”, *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Estudio, 1998, pp. 691-724.

empresa, además de los temas recurrentes, en ocasiones hasta invertir las variables clásicas del principal interesado en el reconocimiento de la existencia del grupo de empresas, normalmente el trabajador, pero no siempre, como sucede en relación con la extensión de su deber de buena fe, en virtud de las dificultades para la determinación de la figura del empresario.

El ejemplo descrito refuerza la opinión de que la construcción jurisprudencial sobre grupos de empresas, movida por un ejercicio de coherencia, dispone paradójicamente una ampliación inmediata de las obligaciones de los trabajadores a nivel del grupo, como sucede en relación con el deber de buena fe, consecuente con la extensión del poder disciplinario, mientras que la garantía de responsabilidad solidaria opera sólo de manera mediata, previa constatación de la concurrencia del tipo⁹⁴. La aceptación de la tesis jurisprudencial que supone una extensión evidente en el ejercicio del poder disciplinario, debe secundarse no en términos absolutos, sino en atención a las circunstancias del supuesto concreto, valorando los elementos concurrentes en orden al cargo o puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, la clase de incumplimiento y la vinculación existente entre las empresas afectadas⁹⁵. En definitiva, variables cuya consideración de conjunto complica sobremanera la valoración del reproche disciplinario aplicado sobre el trabajador en hipótesis de grupos de empresas, demandante de un ejercicio particularmente afinado de interpretación jurídica, que conduce a un interrogante recurrente cual es si la apelación al casuismo constituye un factor de aplicación cualificada de la norma o un elemento potencial de inseguridad jurídica, a partir de la ausencia de previsiones normativas precisas.

3.6. Supuestos de admisión de la existencia de grupo de empresas

Sobre la base de los elementos analizados, como muestra, admite la jurisprudencia la existencia de grupo de empresa, asumida una definición amplia del “grupo empresarial” a partir de la dirección unitaria y presumible por la situación de control, no solamente respecto de las empresas que integran formalmente el grupo, sino también de aquellas

⁹⁴ En este sentido, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *óp. cit.*, pp. 456 y ss.

⁹⁵ García Murcia, J., “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresas”, *óp. cit.*, p. 18.

otras entidades participadas mayoritariamente en su capital por una de las empresas del mismo, y con las que los miembros del citado grupo convinieron mercantilmente la contrata de servicios para la empresa de destino, bajo sus direcciones y órdenes y esencialmente en funciones idénticas a las de su propio personal, aunque perciban sus retribuciones con cargo a la empresa de origen, con convenio colectivo distinto al de la empresa de destino. Participación mayoritaria en el capital que entronca con la relación de control y presumible dirección final unitaria que refieren los artículos 42 del Código de Comercio, 18 de la Ley de Sociedades de Capital – anteriormente artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas – y 4 de la Ley del Mercado de Valores, así como la definición que refiere el artículo 3 de la Ley 10/1997, de manera que las contratas de servicios pactadas presentan bajo su barniz mercantil el fenómeno de prestación sucesiva de servicios entre empresas del mismo grupo, primero a través de la figura de “puesta a disposición” y posteriormente mediante la cesión definitiva instrumentada con la sustitución de contratos, esto es, extinción del contrato primitivo con la empresa que figura como comitente y celebración de uno nuevo con la que ostenta formalmente la cualidad de principal⁹⁶.

En la misma línea, se reconoce una única relación de trabajo, no rescindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo, aun cuando el trabajador desempeñe, sucesiva o simultáneamente, funciones en las distintas empresas que integran el grupo, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de todas ellas frente al trabajador⁹⁷. En alguna ocasión, el reconocimiento de la existencia del grupo de empresas se ha sustentado en la amplitud de la fórmula que contiene el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la base de su extensión expresa a las comunidades de bienes⁹⁸. Fórmula amplia y genérica que hay que entender referida a las agrupaciones con personalidad, temporales o permanentes, así como a los grupos de empresa estén o no situados en España, con independencia de los problemas de otra naturaleza que se suscitan en este último caso⁹⁹.

⁹⁶ STS de 25 de junio de 2009 (RJ 2009, 3263).

⁹⁷ SSTs de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103); 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973); 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8605); y 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1889).

⁹⁸ STS de 17 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4350).

⁹⁹ STS de 23 de junio de 1983 (RJ 1983, 3043).

3.7. Supuestos de inadmisión de la existencia del grupo de empresas

La jurisprudencia ha rechazado numerosos supuestos de invocación sobre la existencia de grupo de empresas, con la pretensión de derivar una responsabilidad solidaria para todas las empresas del grupo. En este sentido, por ejemplo, se desestima una pretensión semejante sobre la base de que el grupo de empresas y el cambio de denominación social son figuras jurídicas manifiestamente distintas, de manera que el cambio de nombre de una compañía mercantil no altera ni modifica su personalidad jurídica¹⁰⁰. Se rechaza la integración en un grupo de empresas de dos sociedades demandadas por el hecho de que el representante legal de la segunda fuera el administrador único de la primera, sin acreditarse extremos como la unidad de estrategia o la complementariedad de finalidades sociales¹⁰¹. Se desmiente la existencia de grupo de empresas en un supuesto donde, aunque el presidente ejecutivo de ambas compañías es el mismo, son sociedades distintas con Consejo de Administración diferenciados y personalidad jurídica diversa, de modo que la dirección comercial única en un grupo de empresas no implica necesariamente su confusión porque, por una parte, la adquisición de las acciones de una empresa por otra no puede equipararse con la absorción que implica la extinción de la sociedad absorbida¹⁰². De igual forma que, por el hecho de que el grupo de empresas implique en determinados casos una sola unidad económica, que comporte una comunicación de responsabilidades frente a sus trabajadores, tampoco se traduce ni en una confusión ni en una sucesión, siempre que se conserve la titularidad formal de las distintas empresas y éstas sigan siendo el marco de organización, dirección y gestión diferenciado en que tienen lugar y se desenvuelven las relaciones laborales de sus trabajadores¹⁰³. Se rechaza también el reconocimiento del grupo de empresas, discriminando entre la pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los intereses laborales en juego y la existencia efectiva de entidades empresariales independientes, por más que en éstas

¹⁰⁰ STS de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, 6469). En este sentido, véase Fernández López, M^a F., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «denta y suave»”, cit., pp. 24 y ss., significando esta Sentencia como modelo de síntesis en la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre los grupos de empresas.

¹⁰¹ STS de 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 5292).

¹⁰² STS de 19 de enero de 1987 (RJ 1987, 65).

¹⁰³ SSTs de 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 4660); y 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10407).

se produzca coincidencia en los elementos de dirección o participación empresarial¹⁰⁴. Finalmente, se desmiente asimismo la presencia del grupo de empresas, a efectos laborales, cuando las medidas adoptadas en el grupo obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo dentro del mismo, pero sin que ello afecte a la personalidad de cada empresa y autonomía dentro del grupo ni tampoco a las garantías de los trabajadores¹⁰⁵.

4. Valoración conclusiva

Las cuestiones analizadas en relación con los grupos de empresa revelan el cambio de paradigma típico de organización de la empresa, cuya aparición debería aprovecharse como oportunidad para reformular algunas de las categorías laborales, superada la respuesta de urgencia afanada en corregir eventuales situaciones abusivas de la persona jurídico-societaria¹⁰⁶. Desde la óptica del Derecho del Trabajo, el peso de la perspectiva laboral en los grupos de empresas pudiera llevar a desenfocar el análisis, considerando exclusivamente una de las dimensiones posibles, y omitir otras – como las de índole mercantil – presentes también en cualesquiera de sus manifestaciones. Desequilibrio que concurriría igualmente de centrar toda la atención sobre los aspectos económicos o mercantiles.

Una razonable cautela frente a esa hipotética distorsión no puede llevar a omitir tampoco las repercusiones laborales, sean derivadas de primer o de segundo orden cuando menos en el plano intencional. La solución de compromiso a la antítesis que se plantea pudiera venir de aceptar que la razón primera para la proliferación de los grupos de empresa no es defraudar los derechos laborales de los trabajadores, en los distintos ámbitos donde ha terciado la jurisprudencia poniendo voz al silencio del legislador. Para añadir, inmediatamente después, cómo es un hecho constatable también que la fenomenología de los grupos de empresa introduce factores notables de precariedad en las condiciones laborales, en

¹⁰⁴ SSTs de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233); 3 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3946); y 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7045). Alrededor de la doctrina que expresa la primera de las Sentencias citadas, véase Luján Alcaraz, J., “Los grupos de empresa ante el Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social*, Tomo IV, Parte Presentación, 1996, pp. 2836-2840.

¹⁰⁵ STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10407).

¹⁰⁶ En este sentido, si bien que proyectado sobre las categorías jurídico-sindicales, véase Moneréo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999, pp. 49 y ss.

absoluto disculpables por la presencia – o la ausencia – más o menos acusada de ese elemento intencional. En definitiva, está justificada una cierta actitud de cautela en relación con la actuación de los grupos de empresa¹⁰⁷.

Expresando la idea en otros términos, los procesos integradores aparejan unos costos que deben revertir de algún modo en beneficio del conjunto de la ciudadanía, pero la unidad de mercado no debe interiorizarse a costa de derechos laborales elementales¹⁰⁸. La respuesta del Derecho a la proliferación masiva de los grupos de empresas, con independencia del reparto de papeles entre los distintos actores posibles (legislador, jurisprudencia o doctrina), ni puede otorgar rango de exclusividad ni debe desconocer tampoco ninguno de los planos concurrentes – laborales o mercantiles – en su existencia.

Como se ha tenido ocasión de comprobar a lo largo del estudio, la preeminencia del casuismo, condicionada por el protagonismo de la jurisprudencia, en detrimento de una teoría general de los grupos de empresa, consecuente con la inacción legislativa, ha concebido un escenario incompleto en términos de construcción jurídica, con una incidencia cierta, presente y pretérita, en términos de inseguridad jurídica, cuya repercusión recae las más de las veces sobre el trabajador, pero no siempre, por más que con el tiempo transcurrido la labor jurisprudencial haya terminado articulando un sólido cuerpo de doctrina – con todos los matices que se quieran según qué materias – para dar respuesta a los distintos problemas nucleares.

Si bien la mayoría de interrogantes que suscitan los grupos de empresa permiten posicionarse en función de la disposición de partida que se tenga sobre el Derecho del Trabajo, no lo es menos que su análisis revela, a partes iguales, de un lado, la evolución jurisprudencial habida en cada una de las parcelas, y de otro lado, la ausencia de criterios doctrinales pacíficos sobre las mismas, con permanentes debates abiertos. Circunstancias ambas que ponen en cuestión el estado actual de evolución en el tratamiento de los grupos de empresa. En esta situación, la elaboración idealizada del ansiado régimen omnicompreensivo, seguramente resolvería muchos de los problemas analizados, pero con toda probabilidad abriría en su articulación también otros interrogantes distintos, por más que su solución contara con bases más sólidas, desde la coherencia que reporta

¹⁰⁷ Camps Ruiz, L.M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales), Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 53.

¹⁰⁸ Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *óp. cit.*, p. 336.

una concepción sistemática o de conjunto sobre la figura. Mientras tanto, como conclusión de cierre, se puede decir que, pese a lo que pudiera parecer en una aproximación inicial, en sede de grupos de empresas continúan estando más perfilados los problemas que las soluciones.

5. Bibliografía

- Alemán Páez, F., “Unidad de mercado y grupo de empresas: algunos puntos críticos”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007.
- Apilluelo Martín, M., “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1996.
- Arce Ortiz, E.G., *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003.
- Boulmier, D., “Destruction des emplois: une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel”, *Droit Social*, n. 1, 1998.
- Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002.
- Camps Ruiz, L.M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales), Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1986.
- Casas Baamonde, M^ªE., “Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 1993.
- Corrias, M., “El ejercicio del poder directivo en los grupos de empresas: el «distacco» del trabajador”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 2005.
- Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Trotta, Madrid, 1992.
- Cruz Villalón, J., “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *Temas Laborales*, n. 38, 1996.
- Desdentado Daroca, E., *La personificación del empresario laboral (Problemas sustantivos y procesales)*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- Duhautois, R. y Lagarde, P., “Entreprises de groupe ou entreprises indépendantes: quel impact sur les réallocations d’emplois?”, *Économie et Statistique*, n. 380, 2004.

- Fernández López, M^aF., “Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia «denta y suave»”, *Relaciones Laborales*, n. 4, 2009.
- García Murcia, J., “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresas”, n. 98, 1999.
- García Ninet, J.I. y Rivas Vallejo, P., “Despido disciplinario de representante sindical. La conjugación de las libertades de expresión y sindical y el interés público. El deber de buena fe contractual modalizado”, *Aranzadi Social*, Vol. V, Parte Estudio, 1998.
- Gómez Gordillo, R., “El comité de empresa europeo”, en AA.VV. (Coords. Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J. R.), *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, La Ley, Las Rozas de Madrid, 2004.
- Luján Alcaraz, J., “Los grupos de empresa ante el Derecho del Trabajo”, *Aranzadi Social*, tomo IV, Parte Presentación, 1996.
- Martínez Moreno, C., “Grupos de empresas y responsabilidad empresarial”, *Aranzadi Social*, vol. II, Parte Presentación, 1998.
- Moneréo Pérez, J.L., “Los Comités de Empresa Europeos: Los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999.
- Moneréo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., “La negociación colectiva en los grupos de empresas: problemas, tendencias y perspectivas”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999.
- Molina Navarrete, C., “Los despidos «por causas empresariales» en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”, *Tribuna Social*, n. 98, 1999.
- Nogler, L., “Gruppo di imprese e diritto del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 1992.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El «desvelo» de los grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Estudio, 1998.
- Picca, G., “Le droit du travail à l’épreuve de l’économie. À propos des licenciements collectifs pour motif économique dans les groupes de sociétés”, *Droit Social*, n. 1, 1994.
- Santiago Redondo, K., “Consideraciones en torno a los grupos de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1991.
- Serrano García, M^aJ., “La responsabilidad de los administradores sociales en los grupos de empresas. Orden jurisdiccional competente”, *Relaciones Laborales*, vol. I, 2002.
- Terradillos Ormaetxea, E., *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas (Modernas fórmulas de regulación)*, CES, Madrid, 2000.

- Treu, T., “Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee”, *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 40, 1988.
- Val Tena, A.L., “Amortización de puestos de trabajo por causas económicas y grupo de empresas: el ámbito de referencia para la aplicación del artículo 52.c) ET”, *Aranzadi Social*, vol. II, Parte Presentación, 1998.

Los mecanismos de flexibilidad interna y externa como medidas de conflicto colectivo del empresario

Julio CORDERO GONZÁLEZ*

RESUMEN: El trabajo examina la posibilidad de categorizar materialmente como medidas de conflicto colectivo a las decisiones empresariales, calificadas como mecanismos de flexibilidad interna y externa, que persiguen la modificación colectiva y relevante de las condiciones de trabajo (traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo), la suspensión (o reducción de jornada) colectiva de contratos de trabajo o el despido colectivo.

Palabras clave: Conflicto colectivo, medidas de conflicto, flexibilidad, modificación de condiciones de trabajo, inaplicación del convenio colectivo, despido colectivo.

SUMARIO: 1. Flexibilidad y conflicto. El empresario como promotor y administrador del conflicto colectivo. 2. Objeto y “colectivización” de los mecanismos de flexibilidad interna y externa. 2.1. Objeto de los mecanismos de flexibilidad interna y externa que operan como medidas de conflicto colectivo del empresario. 2.2. Colectivización de los mecanismos de flexibilidad interna y externa. 2.3. Presupuesto habilitante para adoptar los mecanismos de flexibilidad: causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. 3. La composición del conflicto colectivo. El periodo de consultas (autocomposición) y los, en su caso, subsiguientes procedimientos de heterocomposición del conflicto colectivo. 4. Equilibrio y reequilibrio de poderes contractuales. Las medidas de conflicto a disposición de empresarios y trabajadores. 5. Bibliografía.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.

1. Flexibilidad y conflicto. El empresario como promotor y administrador del conflicto colectivo

El empresario provoca, a nuestro juicio y al menos materialmente, un conflicto colectivo cuando utiliza algunos de los mecanismos de flexibilidad interna o flexibilidad externa que el ordenamiento jurídico laboral español pone a su servicio. Esto es, cuando manifiesta su intención de modificar sustancial y colectivamente las condiciones de trabajo aplicables a las relaciones jurídico laborales suscritas con los trabajadores a su servicio, o de suspender o extinguir, también colectivamente, la citadas relaciones jurídicas.

Un conflicto colectivo es una tensión, discusión o controversia concreta o manifiesta que se plantea en las relaciones de trabajo. La manualística española¹⁰⁹ coincide tanto en el concepto como en los elementos que lo configuran. En este sentido, persiguen distinguir los conflictos colectivos de los individuales y de los plurales. Los primeros requieren, a diferencia de estos dos últimos, hasta tres elementos diferenciadores: 1) elemento subjetivo o cuantitativo: debe afectar a una pluralidad o grupo genérico o indiferenciado de trabajadores, 2) elemento objetivo o cualitativo: el interés ha de ser de carácter general, indivisible para el grupo de trabajadores afectado, 3) elemento instrumental: la asunción y administración del conflicto la asumen sujetos colectivos, al menos del lado de los trabajadores.

Este último elemento puede ayudar decisivamente en la delimitación de los conflictos colectivos porque se requiere la presencia de estos sujetos en la promoción y/o en la gestión del conflicto; dicho de otro modo, “la *asunción y administración sindical* del conflicto se ofrece (no sin apoyo jurisprudencial entre líneas) como criterio convincente para la calificación de un conflicto como colectivo”¹¹⁰.

Precisamente utilizaremos este último elemento como criterio para seleccionar las medidas de flexibilidad interna y externa que se configuran materialmente, a nuestro juicio, como verdaderas medidas de conflicto a

¹⁰⁹ Entre otros, Palomeque, C. y Álvarez, M., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 22º edición, 2014, pp. 393-395; Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F. y García, J., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Tecnos, 23º edición, 2014, pp. 405-406 y Montoya, A., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Tecnos, 34º edición, 2013, pp. 709-711.

¹¹⁰ La cita textual corresponde a Palomeque, C. y Álvarez, M., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 22º edición, 2014, p. 395.

disposición del empresario. Serán aquellas que se anudan a un procedimiento reglado de composición del conflicto colectivo en el que, como se verá, participarán los órganos de representación de los trabajadores en la empresa (unitarios, sindicales o creados *ad hoc*).

Los conflictos colectivos apuntados lo serán *de reglamentación*¹¹¹ (de intereses o económicos) porque el empresario pretende modificar *in peius* una norma jurídica vigente (un convenio colectivo), empeorar sustancialmente las condiciones de trabajo preexistentes o, incluso, extinguir las relaciones jurídicas laborales afectadas por la decisión empresarial.

El empresario, frente al régimen jurídico clásico y al planteamiento doctrinal tradicional, tomará la iniciativa y administrará el conflicto porque así lo establece el marco normativo aplicable, porque así lo ha decidido el legislador ordinario. El fundamento de estas medidas de flexibilidad se sitúa, en principio, para el constituyente (y para el legislador orgánico y ordinario) en el remanso del derecho constitucional a la libertad empresa (artículo 38 de la Constitución Española, en adelante CE) concretado en el “ejercicio ordinario” de su poder de dirección y organización de la actividad productiva¹¹². El carácter “ordinario” ha de ser reconsiderado porque las referidas medidas pretenden o bien extinguir (o suspender) colectivamente relaciones jurídico laborales, o bien alterar sustancial y colectivamente las condiciones de trabajo preexistentes aún en el supuesto de que hayan sido pactadas con los trabajadores e incluso cuando ese pacto se haya articulado mediante un *convenio colectivo estatutario*¹¹³. Por tanto, han de ser consideradas y publicitadas como facultades extraordinarias del empresario.

Como es sabido, las medidas de conflicto colectivo, ahora sí en sentido también formal, tienen acomodo en dos preceptos de nuestra norma constitucional. El artículo 37.2 CE tutela el género, las medidas de conflicto colectivo, y el artículo 28.2 CE, tutela la especie, la huelga, ésta

¹¹¹ Frente a los conflictos colectivos *de aplicación (de derecho, de interpretación o jurídicos)* que se plantean por discrepancias en la interpretación o aplicación de una norma.

¹¹² Sin perder de vista del todo el carácter defensivo del rol empresarial, se apunta la existencia como medidas de conflicto de “estrategias empresariales más complejas basadas en la política salarial, la política de empleo, deslocalizaciones empresariales o desviaciones financieras, cuya eficacia práctica es, sin duda, muy superior a la que posee el tradicional cierre”. Vid. Morato, R. y Sastre, R., *Una aproximación al Derecho Sindical*, España, Editorial Ratio Legis, 2013, pp. 151 y 195-196.

¹¹³ Convenidos conforme a lo previsto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la actualidad adopta la forma de Texto Refundido aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, dotados de eficacia personal general y, por tanto, aplicables a todos los empresarios y trabajadores de la unidad de negociación.

dotada por su ubicación “geográfica” en la norma fundamental de un reforzado sistema de protección¹¹⁴. La titularidad del derecho a la huelga se reserva, como es obvio, a los trabajadores¹¹⁵ pero no sucede lo mismo con el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo que se reconoce tanto a trabajadores como a empresarios¹¹⁶.

La norma constitucional remite a un futurible desarrollo legislativo de ambos preceptos que desafortunadamente no se ha producido. Ambos derechos cuentan con una deficiente regulación preconstitucional, modulada por el Tribunal Constitucional¹¹⁷, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹¹⁸ (en adelante, RDLRT). El RDLRT responde al momento político y social en que fue concebido y es quizás el mejor ejemplo de norma transicional, referido este último término al proceso histórico conocido como Transición Española, en el ámbito de las relaciones laborales. Junto a un, cierto es, muy limitado reconocimiento de los derechos a la huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, castigado el ejercicio del derecho a la huelga como delito en la antesala de la publicación de esta norma, se persigue en el Título VI del RDLRT dotar al empresario de nuevos procedimientos para la “reestructuración de plantillas”. Así, la motivación expresa de estas novedosas medidas se justifica apuntando que “la liberalización de las relaciones colectivas de trabajo, con la consiguiente potenciación de la negociación colectiva, hace conveniente permitir, como contenido de la misma, la fijación de nuevos procedimientos, cuantía de indemnización y prelación en la reestructuración de plantillas por causas económicas o

¹¹⁴ Por mor de lo establecido en el artículo 53 CE que otorga el nivel máximo de protección a libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (14 a 29 de la Constitución Española).

¹¹⁵ Artículo 28.2 CE: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

¹¹⁶ Artículo 37.2. CE. “Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

¹¹⁷ Por tanto, el tenor literal del RDLRT debe abordarse teniendo presente la ardua tarea emprendida por el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias en los primeros años 80 del siglo XX y particularmente, en lo que a la huelga se refiere, de su muy conocida y comentada Sentencia 11/1981.

¹¹⁸ Un completo estudio sobre esta norma con importante apoyo jurisprudencial: Pérez de los Cobos, F. (Dir.), *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo, España*, La Ley, 2014.

tecnológicas y asimismo la agilización del procedimiento establecido reglamentariamente cuando exista acuerdo entre las partes”. Se modernizaba la regulación de “la suspensión y extinción de las relaciones de trabajo fundadas en causas económicas o tecnológicas” (art. 45 RDLRT luego derogado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) pero quedaba sometida a una fuerte intervención administrativa.

Por tanto, estas medidas de flexibilidad no han sido ajenas a las consideraciones que en este trabajo se sostienen aunque, como ya se ha aseverado, se ha producido una depuración de estos mecanismos y del papel reservado a sus principales actores, desde luego empresarios y representantes de los trabajadores, pero también a los “secundarios de lujo”, la administración laboral y la jurisdicción social.

Volvamos a la regulación en el RDLRT de las medidas de conflicto colectivo a disposición del empresario. La relación ha de comenzar y terminar en el mismo punto: el cierre patronal (o *lock out*). Esta medida se concibe como defensiva por la circunstancia que habilita al empresario para su adopción (sólo en respuesta de una medida de conflicto adoptada por los trabajadores) y por los muy severos condicionantes, corregidos y aumentados por las sentencias del Tribunal Constitucional, que se le imponen al empresario. Lo uno, régimen jurídico literal, acompañado de lo otro, restricciones impuestas por las resoluciones del Tribunal Constitucional, han relegado al cierre patronal a una posición marginal incluso entre las acciones de naturaleza defensiva como oposición al ejercicio por los trabajadores de una medida de conflicto colectivo y en especial del derecho a la huelga. Se ha producido una “radical transformación de las estrategias del empresario ante los conflictos”¹¹⁹, al establecer como objetivo prioritario de las medidas defensivas el mantenimiento de la producción.

La naturaleza defensiva del cierre patronal es extrapolable al resto de las medidas de conflicto colectivo a disposición del empresario que pueden estar en el subconsciente colectivo legal y doctrinal¹²⁰ (campañas

¹¹⁹ Sanguinetti, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, España, Tirant lo Blanch, 2006, p. 38. Esta monografía identifica las conductas empresariales, ahonda en las razones estructurales y en su funcionalidad para plantearse los márgenes de licitud constitucional en los que se ejercen.

¹²⁰ Coincidiendo plenamente con lo apuntado por los profesores Sanguinetti Raymond (citado) y Valdés Dal-Ré, puede constatarse una enorme laguna de estudios de la doctrina iuslaboralista española que tengan por objeto el artículo 37 de la Constitución Española; es especialmente notable la falta de atención a la posición jurídica del empresario en las relaciones colectivas de trabajo. Valdés, F., “Prólogo” de *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, 2010, p. XX (autor: Lahera, J.).

publicitarias y otras medidas de presión ante el anuncio o durante el desarrollo de una huelga). El empresario actuaría exclusivamente en respuesta ante las medidas previamente adoptadas por los trabajadores en el marco de un conflicto que sería asumido y administrado, como se ha indicado, por la representación colectiva de los trabajadores.

Se ha afirmado con notable acierto¹²¹ que todos los estudios que examinan el papel del empresario dentro de la conflictividad laboral parten de destacar “la posición eminentemente defensiva que éstos asumen en las controversias de trabajo” aunque pocos advierten que “esa actitud defensiva es consecuencia del hecho de que, en un sistema de libertad de empresa, son siempre los empresarios los que adoptan las decisiones básicas, tanto en el plano económico general como en el más específico de la gestión de la empresa, a cuya modificación se dirige la acción reivindicativa de las organizaciones de trabajadores”.

El empresario individual adoptará, como intentaremos acreditar, un rol notablemente activo en los mecanismos de flexibilidad interna y externa contenidos en el marco normativo vigente. Su rol activo no es nuevo pero ahora se articula mediante verdaderas medidas de conflicto colectivo destinadas a modificar las decisiones empresariales previas e incluso las normas jurídicas convencionales que regulan las relaciones laborales en la empresa mediante alegación y prueba de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Cuando el legislador considera colectivas las medidas de flexibilidad establece los correspondientes procedimientos de solución o composición del conflicto. Esta decisión del legislador, basada por lo común en criterios cuantitativos con la excepción de la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo¹²², resulta trascendente y abordaremos esta cuestión en el apartado siguiente del trabajo.

Los mecanismos de flexibilidad interna, categoría económica traída aquí desde las autorizadas voces del legislador reformista y del máximo intérprete de la Constitución, tienen por objeto “adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa”, o dicho de otro modo, “reajustar la organización productiva para adaptarla a la cambiante situación económica”; se ofrecen como alternativa a la destrucción de empleo o a la propia desaparición de la actividad

¹²¹ Sanguinetti, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, España, Tirant lo Blanch, 2006, p. 19. Los entrecomillados que siguen pertenecen a esta obra.

¹²² Tampoco se maneja un criterio cuantitativo para “colectivizar” la suspensión de contratos de trabajo o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

económica.

Por su parte, los mecanismos de flexibilidad externa, persiguen adaptar los recursos humanos de la empresa a las circunstancias concretas que atravesase en cada momento para una mejor adecuación de la cuantía y cualificación de los trabajadores a la cambiante situación económica con el fin de “favorecer la eficiencia del mercado de trabajo”. En su traducción jurídica, dotada de menos asepsia y más comprensible para el común, se trata de facilitar la extinción de los contratos de trabajo mediante el recurso a variadas medidas materiales y procedimentales sustanciadas en el abaratamiento de los despidos improcedentes o en la eliminación de controles administrativos y judiciales.

Conforme a los criterios que hemos manejado para deslindar los mecanismos de flexibilidad que adoptan la forma de medidas de conflicto colectivo, el despido colectivo será la medida de flexibilidad externa que, como es obvio por tener como objetivo la extinción colectiva de relaciones laborales, debemos considerar a estos efectos.

Por otra parte, entre los mecanismos de flexibilidad interna abordables desde la óptica de las medidas de conflicto colectivo consideraremos los dirigidos a modificar colectivamente y de forma relevante las condiciones de trabajo vigentes: movilidad geográfica (artículo 40 TRET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 TRET), inaplicación (o descuelgue) de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo (artículo 82.3 TRET) y suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada de trabajo (artículo 47 TRET)¹²³.

Como se deduce de la relación anterior, el ordenamiento jurídico español otorga un tratamiento jurídico diferenciado a la movilidad geográfica, a la decisión empresarial de alterar el lugar de prestación de los servicios (traslado que requiere cambio de residencia), frente a la modificación sustancial de condiciones de trabajo *strictu sensu*.

La inaplicación de condiciones de trabajo sería el único mecanismo de flexibilidad interna no encuadrable en la categoría “vicisitudes del contrato de trabajo” al tratarse propiamente de la afectación de una norma jurídica, con la automaticidad que de ella se predica, en las relaciones jurídico-laborales abarcadas por su ámbito de aplicación. Sin embargo, el legislador¹²⁴ de la reforma laboral de 2012 e incluso el Tribunal

¹²³ El mismo ámbito de este trabajo pero adoptando otro enfoque: Gutiérrez, M., “La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo”, El nuevo derecho de la negociación colectiva: actualizado tras la Ley 3/2012, Editorial Tecnos, 2013.

¹²⁴ Apartado IV del preámbulo Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la

Constitucional han clasificado la nueva regulación de la inaplicación (ya para todos, “descuelgue”) de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo como una de las innovaciones dirigidas a mejorar la flexibilidad interna. Finalidad que también se predica de la nueva y más agresiva regla de concurrencia de convenios, la prioridad aplicativa absoluta que se otorga al convenio colectivo de empresa (artículo 84.2 TRET), y del cambio de mayor calado en la aplicación temporal del convenio colectivo, la limitación temporal de la ultractividad del convenio a un año (artículo 86.3 TRET).

Parece que parte de la estrategia de comunicación de la última reforma laboral consiste en sobredimensionar el argumentario y la terminología económica menoscabando y relegando a una posición meramente instrumental y subordinada a los razonamientos jurídicos y, lo que es más preocupante, a los propios derechos constitucionales laborales. Conforme al parecer de muchos, esta estrategia ha resultado exitosa porque habría contagiado de “economicidad” los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la Reforma Laboral de 2012. Por ejemplo, cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de un aspecto del régimen jurídico del “descuelgue” de condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo (en concreto, sobre el papel reservado a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el procedimiento de composición del conflicto) pese a reconocer de plano la restricción al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (artículo 37 Constitución Española) entiende que la medida “responde a una finalidad legítima en aras de salvaguardar otros derechos y bienes constitucionales” puesto que el legislador ha introducido la medida cuestionada “en un contexto de crisis económica muy grave (...)”¹²⁵. El Alto Tribunal utiliza esta apoyatura, la coyuntura macroeconómica en que se ha producido la modificación legislativa, para legitimar muchas de las restricciones a los derechos constitucionales operadas por la Reforma laboral de 2012 y sus adaptaciones.

La categorización de algunos de los mecanismos de flexibilidad interna y externa como verdaderas medidas de conflicto colectivo exige observar estas instituciones desde esa concreta óptica. No se tratará tanto de estudiar con detalle su régimen jurídico sino de identificar los aspectos que pudieran acreditar o, en su caso, refutar nuestro presupuesto de partida. Esta aproximación no evitará destacar las muy relevantes

reforma del mercado laboral y el Real Decreto-ley 3/2012 del que trae causa.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 119/2014, de 16 de julio de 2014, F.J.5. Remite a esta sentencia, aunque repite expresa y casi textualmente la argumentación de la anterior, la STC 8/2015, de 22 de enero de 2015, F.J.5.

modificaciones introducidas en la última reforma laboral que pudieran intensificar nuestro convencimiento inicial.

2. Objeto y “colectivización” de los mecanismos de flexibilidad interna y externa. Presupuesto habilitante para su utilización

Es oportuno precisar en este punto el objeto de los específicos mecanismos de flexibilidad que van a merecer nuestra atención. Esta operación nos ayudará a conocer qué pueden obtener los empresarios de la utilización de estos mecanismos, los términos del conflicto, y en qué medida podrá menoscabarse la posición de partida de los trabajadores.

Esas decisiones empresariales se colectivizan, adquieren una dimensión colectiva y nos permiten afirmar que estamos ante una medida de conflicto colectivo, cuando el legislador así las ha considerado y ha establecido un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en la empresa. Por tanto, convendrá determinar los supuestos en los que estos mecanismos de flexibilidad adquieren la condición de colectivos.

Como se ha avanzado, la adopción de estos mecanismos por parte del empresario requiere la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El legislador define específicamente estas causas para los distintos mecanismos de flexibilidad externa considerados.

2.1. Objeto de los mecanismos de flexibilidad interna y externa que operan como medidas de conflicto colectivo del empresario

Las decisiones empresariales destinadas a modificar de modo relevante las condiciones de trabajo en vigor canalizadas a través de los mecanismos de flexibilidad interna que responden a esa finalidad (movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo) se podrían calificar, al menos las dos primeras, como de *ius variandi empresarial condicionado o extraordinario* porque el empresario, acreditado el presupuesto habilitante y seguido el procedimiento reglado, podrá alterar unilateralmente las condiciones de trabajo a las que esos mecanismos afectan. El *ius variandi ordinario*, también reforzado en las últimas reformas laborales¹²⁶, permite al empresario concretar la prestación laboral debida

¹²⁶ Los cambios en el sistema de clasificación profesional (artículo 22 TRET), que “pasa a

en muchos extremos mediante el ejercicio ordinario de su poder de dirección (artículo 20 TRET y concordantes).

Por ejemplo, sólo la alteración del lugar de prestación del trabajo, “el traslado a un centro de trabajo distinto de la misma empresa”, que exija cambio de residencia merece la consideración de movilidad geográfica (artículo 40 ET).

Estaremos ante una “modificación sustancial de condiciones de trabajo” (artículo 41 TRET), en sentido estricto, cuando la decisión empresarial con ese objetivo afecte a una relación aparentemente no exhaustiva (“entre otras”) de materias: “a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39”. La aportación de la última gran reforma laboral tampoco es baladí puesto que añade “cuantía salarial” a la relación.

“Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos” (artículo 41.6 TRET). Sin embargo, “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3.” (artículo 41.6 TRET).

Así las cosas, el empresario podrá inaplicar en la empresa, como excepción a la consabida fuerza vinculante de los convenios, “las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten” a una relación de materias, en este caso sí exhaustiva, que añade una (la última de la relación) a las previstas en el artículo 41 TRET¹²⁷: “a) Jornada de trabajo; b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la

tener como única referencia el grupo profesional”, y por ende en el régimen jurídico de la movilidad funcional (artículo 39 TRET), también se presentan en el Preámbulo de la Ley 3/2012 como medidas para favorecer la flexibilidad interna.

¹²⁷ El rediseño del descuelgue y su acercamiento material a la modificación sustancial de condiciones de trabajo plantea nuevas aproximaciones a ambas instituciones pese a la ya apuntada lejanía formal: Pérez, A.I., “Inaplicación de condiciones de trabajo pactadas: ¿descuelgue o modificación sustancial?”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 176, 2015, Thomson Reuters-Aranzadi.

movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley; g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social” (artículo 82.3 TRET). En este caso, la Reforma Laboral de 2012 extiende a este conjunto de materias el régimen jurídico que se aplicaba únicamente al régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa (dando lugar a la ya acuñada expresión *descuelgue salarial*, hoy *descuelgue de condiciones de trabajo*).

El empresario, utilizando los últimos mecanismos de flexibilidad interna que vamos a considerar, también podrá suspender el contrato de trabajo o reducir la jornada de trabajo. Ambos mecanismos están regulados en el mismo precepto del Estatuto de los Trabajadores (artículo 47 TRET) y comparten el procedimiento a utilizar por el empresario para adoptarlos.

En lo que a la flexibilidad externa se refiere, el mecanismo que nos interesa es el despido colectivo mediante el cual el empresario podrá, si acredita el presupuesto habilitante, proceder a la extinción unilateral y parcialmente indemnizada (en la misma medida que la “extinción del contrato por causas objetivas”¹²⁸) de los contratos de trabajo afectados por la decisión empresarial.

2.2. Colectivización de los mecanismos de flexibilidad interna y externa

El carácter colectivo del descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo responde a su propia naturaleza. Habrá de desarrollarse un periodo de consultas¹²⁹ con carácter previo a un posible acuerdo de descuelgue o inaplicación entre el empresario y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio.

Para el resto de los mecanismos de flexibilidad interna (movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo) y externa (despido colectivo), a salvo de la suspensión de contrato y la reducción de jornada, se utiliza exclusivamente, frente a la regulación previa a la Reforma Laboral de 2012¹³⁰, un criterio numérico objetivable que pone en

¹²⁸ Veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (artículo 53.1.b) TRET).

¹²⁹ El artículo 82.3 TRET remite, como para el resto de mecanismos de flexibilidad interna, a la regulación del previsto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41.4 TRET).

¹³⁰ Por ejemplo, se utilizaba un criterio exclusivamente cualitativo al considerar, en cualquier caso, colectiva la modificación sustancial de las condiciones de trabajo

relación el número de trabajadores afectados con el número total de trabajadores del centro de trabajo. La escala es menos exigente con los porcentajes requeridos para considerar colectivo el conflicto en las empresas de mayor tamaño.

Así, no se consideran colectivas las decisiones que afecten a empresas con menos de 10 trabajadores¹³¹ porque en las que ocupen a menos de 100 deberán afectar al menos a 10 para que se considere colectivo. En los centros de entre 100 y 300 trabajadores se exige que el diez por ciento de ellos esté afectado y en los de más de 300 basta con que sean más de 30¹³². La suspensión de contratos de trabajo y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción han de considerarse colectivas “cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión” porque la decisión empresarial siempre llevará aparejada la apertura de un periodo de consultas (artículo 47.1.3º TRET).

2.3. Presupuesto habilitante para adoptar los mecanismos de flexibilidad: causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

En todos los mecanismos de flexibilidad interna y externa que venimos considerando el empresario está obligado a fundar su decisión en la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante, el nivel de especificación legal de los criterios no es homogéneo. Se pueden identificar hasta tres niveles de gradación en la concreción legal de los criterios para determinar la concurrencia de las causas que parecen corresponderse con el nivel de lesividad para los derechos individuales o colectivos de los trabajadores que conllevan los diferentes mecanismos de flexibilidad. Por tanto, el legislador parece dejar una mayor libertad al empresario en los medios y los argumentos en los que sustenta la existencia de las causas en los mecanismos que considera

reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

¹³¹ Sin embargo, como excepción a esta regla, se consideran colectivas tanto las decisiones de movilidad geográfica que afectan a la totalidad de trabajadores del centro de trabajo en centros de más de 5 trabajadores y los despidos colectivos que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas que habilitan para despedir colectivamente.

¹³² Artículos 40.2, 41.2 y 51.1 TRET.

jurídicamente menos lesivos.

En las decisiones de traslado (movilidad geográfica, artículo 40.1 TRET) la norma no aporta ningún criterio que permita objetivar la acreditación de las causas y en la modificación sustancial de condiciones de trabajo únicamente se nos apunta que “se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (artículo 41.1. TRET).

El tercer nivel de gradación en la especificación de los criterios causales se aplica al resto de mecanismos de flexibilidad interna y externa considerados: inaplicación (o descuelgue) de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo (artículo 82.3 TRET), suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada (artículo 47 TRET) y despido colectivo (artículo 51 TRET). En todos estos supuestos se utiliza exactamente el mismo tenor literal para concretar cuando estamos en presencia de las referidas causas. Exclusivamente para las causas económicas nos aportan criterios plenamente objetivables (“pérdidas actuales”, en menor medida las “pérdidas previstas”, y disminución del nivel de los ingresos ordinarios o de las ventas en dos trimestres consecutivos en relación con los mismos trimestres del año anterior) no entramos aquí en las posibles dificultades probatorias, que conducen a la automática concurrencia de la causa económica. Aunque, ni siquiera en este supuesto, el empresario está obligado a emplear esos concretos criterios para poner de manifiesto una “situación económica negativa para la empresa”.

Así, “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

Como se deduce de la no ocultada intención de la reforma laboral de 2012 y de la reacción del Gobierno ante las sentencias de los tribunales que se

pronuncian en este sentido¹³³, se han suprimido los requerimientos que pesaban sobre la finalidad de las medidas adoptadas que también se graduaba en función de la institución. La concurrencia de las causas se entendía acreditada “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (artículo 40 TRET, movilidad geográfica), “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (artículo 41 TRET, modificación sustancial de condiciones de trabajo), o mediante la necesidad de justificar “que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (artículo 51 TRET, despido colectivo cuyo régimen jurídico se aplicaba también a la suspensión del contrato de trabajo y a la reducción de jornada amparadas en las mismas causas).

El elemento finalista de las medidas a adoptar por el empresario incorporaba, según los motivos de la reforma “proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos” que daba lugar “a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa” para afirmar seguidamente que desde ese momento quedaba “claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”¹³⁴.

La reforma trata de eliminar la posibilidad de que los tribunales realicen juicios finalistas sobre las medidas empresariales. Este objetivo declarado por los reformadores laborales ha provocado un seguimiento y

¹³³ Por ejemplo, en relación con las medidas de flexibilidad interna y, en especial, con la modificación sustancial de condiciones de trabajo, vid.: Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Gobierno de España), *Informe de evaluación del impacto de la Reforma Laboral*, MESS, 2013, pp. 75-76.

¹³⁴ Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, apartado IV. Se emplea este argumento para motivar las reformas introducidas en el despido colectivo pero es trasladable a las medidas de flexibilidad interna que nos ocupan.

comentario¹³⁵ exhaustivo de las decisiones de los tribunales, incluidas naturalmente las del máximo intérprete de la Constitución, para conocer en qué medida se aquietaban los órganos judiciales¹³⁶ a esta pretensión del legislador.

La *liberalización* de la regulación del presupuesto habilitante para la adopción de los mecanismos de flexibilidad apoya la consideración de estas decisiones empresariales como medidas de conflicto colectivo.

3. Composición del conflicto colectivo. El periodo de consultas (autocomposición) y los, en su caso, subsiguientes procedimientos de heterocomposición del conflicto colectivo

Los mecanismos de flexibilidad interna y externa que constituyen nuestro objeto de estudio nos interesan porque en algunas ocasiones, conforme a las reglas esencialmente numéricas a las que hemos prestado atención, se colectivizan. Esto es, el legislador determina que el uso por parte del empresario de estos mecanismos conduce al desarrollo de un periodo de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores en el que las partes “deberán negociar de buena fe”. Versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Las normas de la última reforma laboral han realizado una regulación muy exhaustiva, casi reglamentista, de la representación de los trabajadores en el periodo de consultas con la finalidad de identificar la contraparte del empresario (contemplan una solución común a todos los mecanismos de flexibilidad, prevista en el artículo 41.4 TRET, para los supuestos de

¹³⁵ Sirvan como ejemplo, entre muchas otras, estos estudios que se ocupan de las medidas de flexibilidad interna y externa que nos ocupan: Alfonso, C.L., “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013 Editorial Bomarzo; Díaz, D., “Causalidad y prueba en la modificación sustancial de condiciones de trabajo: el caso FNAC. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2014 (Procedimiento 119/2014)”, *Trabajo y Derecho*, n. 4, 2015, Wolters Kluwers; Bauzá, S. “La racionalidad del control judicial de los despidos colectivos (y una reflexión adicional sobre la buena fe negocial)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 11, 2013, Thomson Reuters-Aranzadi.

¹³⁶ Incluso ha provocado reflexiones de índole general como el muy interesante estudio Molina, C., “Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los «usos opcionales del derecho» en la experiencia laboral reciente”, *Trabajo y Derecho*, n. 4, 2015, Wolters Kluwers.

“ausencia de representación legal de los trabajadores”) y de evitar sus posibles estrategias dilatorias del proceso.

Si este procedimiento de autocomposición del conflicto finaliza con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas.

En caso de que concluya sin acuerdo las soluciones normativas difieren respecto de los diferentes mecanismos de flexibilidad.

En los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión de contratos (y la reducción de jornada) y el despido colectivo aquí finalizan los mecanismos de heterocomposición obligatorios.

Las soluciones normativas son bien distintas para el mecanismo de flexibilidad que supone una mayor afección de los derechos colectivos de los trabajadores al restringir, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el derecho constitucional a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios: la inaplicación (descuelgue) de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. En ese supuesto, finalizado sin acuerdo el periodo de consultas, se establece un *iterim* de procedimientos extrajudiciales de composición de conflictos laborales (establecidos en los acuerdos interprofesionales estatales y autonómicos de solución autónoma de conflictos laborales, artículo 83 TRET, heterocomposición) a los que deben recurrir las partes, si les fueren aplicables.

Si mediante esos procedimientos no se hubiera solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (afectación de centros de trabajo ubicados en más de una Comunidad Autónoma o en ausencia de órgano autonómico homólogo) o al correspondiente órgano autonómico. A su decisión, acordada en su seno o por un árbitro que designe al efecto, se le dota de la misma eficacia que a los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas (artículo 82.3 TRET). La Reforma Laboral de 2012 limita de forma radical la intervención de la administración laboral en estos mecanismos de flexibilidad al suprimir el requisito de autorización administrativa para varios de los mecanismos de flexibilidad de carácter colectivo (suspensión del contrato de trabajo, reducción de jornada y despido colectivo).

4. Equilibrio y reequilibrio de poderes contractuales. Las medidas de conflicto a disposición de empresarios y trabajadores

Hemos tratado de acreditar que las decisiones empresariales de utilizar

algunos mecanismos de flexibilidad interna y externa que el marco normativo vigente considera colectivas se conforman legalmente como medidas de conflicto colectivo. El empresario plantea un conflicto porque pretende modificar sustancial y colectivamente las condiciones de trabajo en vigor en la empresa, suspender o extinguir colectivamente relaciones jurídico-laborales alegando la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican la adopción de estas medidas. También creemos poder afirmar que la última gran reforma laboral en España, conforme a sus propósitos expresamente manifestados en su motivación, ha favorecido el uso por parte del empresario de estos mecanismos de flexibilidad (permite la modificación de más condiciones de trabajo, liberaliza su presupuesto habilitante al limitar el control judicial sobre la finalidad de las medidas empresariales y establece una sucesión ordenada de procedimientos de composición del conflicto colectivo también liberalizados por la menor intervención de la autoridad laboral).

El panorama descrito permite una lectura que sólo dejaremos apuntada. La regulación legal actual de estos mecanismos de flexibilidad supone un desequilibrio (reequilibrio para los reformadores) en favor del empresario individual de los poderes contractuales y de las medidas de conflicto (al menos en su contemplación material) que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes.

Si se produce una mejora exponencial de la situación económica de una empresa ¿pueden activar los representantes de los trabajadores algún mecanismo de flexibilidad de carácter colectivo similar al descrito (con apertura de un periodo de consultas, obligación de que el empresario negocie de buena fe y con procedimientos de heterocomposición reglados, etc.) para mejorar las condiciones de trabajo pactadas en un convenio en vigor mediante la mera acreditación de una causa económica que lo justifica (multiplicación de los beneficios empresariales)?

¿Se desprecia en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, del mismo modo y acudiendo a la misma justificación, el cumplimiento de las obligaciones pactadas en los contratos individuales y colectivos?

5. Bibliografía

Alfonso, C.L., “El control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, Editorial Bomarzo.

- Bauzá, S., “La racionalidad del control judicial de los despidos colectivos (y una reflexión adicional sobre la buena fe negocial)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 11, 2013, Thomson Reuters-Aranzadi.
- Cabeza, J. y Martínez, J. (Coords.), *El conflicto colectivo y la huelga*, España, Ediciones Laborum, 2008.
- Díaz, D., “Causalidad y prueba en la modificación sustancial de condiciones de trabajo: el caso FNAC. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2014 (Procedimiento 119/2014)”, *Trabajo y Derecho*, n. 4, 2015, Wolters Kluwers.
- Gil, M.E., *La solución autónoma de los conflictos laborales*, España, La Ley, 2012.
- Gutiérrez, M., “La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo”, en Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I. (Coords.), *El nuevo derecho de la negociación colectiva: actualizado tras la Ley 3/2012*, Editorial Tecnos, 2013.
- Hidalgo, I., *Reestructuraciones laborales: un estudio práctico sobre las medidas de flexibilidad en la empresa*, España, Editorial CEF, 2013.
- Lacasa, J.M., “La reforma laboral desde el punto de vista empresarial”, *Boletín de estudios económicos*, n. 209, 2013, Universidad de Deusto.
- Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F. y García, J., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Tecnos, 23ª edición, 2014.
- Molina, C., “Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los «usos opcionales del derecho» en la experiencia laboral reciente”, *Trabajo y Derecho*, n. 4, 2015, Wolters Kluwers.
- Morato, R. y Sastre, R., *Una aproximación al Derecho Sindical*, España, Editorial Ratio Legis, 2013.
- Montoya, A., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Tecnos, 34ª edición, 2013.
- Palomeque, C. y Álvarez, M., *Derecho del Trabajo*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 22ª edición, 2014.
- Pérez, A.I., “Inaplicación de condiciones de trabajo pactadas: ¿descuelgue o modificación sustancial?”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 176, 2015, Thomson Reuters-Aranzadi.
- Pérez, F. y Rojo, E. (Dir.), *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Editorial Bomarzo, 2012.
- Pérez de los Cobos, F. (Dir.), *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo*, España, La Ley, 2014.

Sanguinetti, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, España, Tirant lo Blanch, 2006.

Sempere, V. (Dir.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales. Los sistemas autónomos de solución de conflictos en España*, España, EOLAS ediciones, 2014.

Web sites

Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Gobierno de España), *Informe de evaluación del impacto de la Reforma Laboral*, MESS, 2013. Puede consultarse en:

http://www.empleo.gob.es/es/destacados/HOME/impacto_reforma_laboral/Informe_de_evaluacion_del_impacto_de_la_reforma_laboral.pdf

La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional*

Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA**

RESUMEN: El modelo constitucional español se construye sobre los cimientos jurídicos dimanantes, entre otros, de los convenios internacionales ratificados por España, señaladamente, de la OIT. El legislador español de 2012, y, con él, el Tribunal Constitucional hace descansar la justificación (adecuada, necesaria y proporcional) de la reforma laboral en la mejora de la productividad y la recuperación del empleo. Este trabajo parte de que se ha alterado la concepción legal de la negociación colectiva, convirtiéndose el convenio colectivo en otro instrumento al servicio de los recursos humanos, sin perjuicio de que pueda seguir cumpliendo sus pretéritas funciones. A partir de ahí, el estudio trata un aspecto muy particular: la legitimación del “banco social” para celebrar acuerdos colectivos de “descuelgue” del convenio colectivo aplicable a la empresa; regulación que se contrastará con la prevista en las normas internacionales de la OIT.

Palabras clave: Legitimación, descuelgue, legislación española, OIT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reformas laborales de 2012, 2013 y 2014, negociación colectiva y fomento de la productividad. 3. Las comisiones compuestas por representantes elegidos entre los trabajadores y la ampliación de las materias no aplicables del convenio. 4. La actuación de los jueces españoles ante la disparidad entre un Tratado internacional y una ley interna posterior. 5. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2014-52549-C4-3-R del MINECO.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho (UPV/EHU), edurne.terrardillos@ehu.es

1. Introducción

Hasta el comienzo de la crisis del ocho, los operadores jurídicos y los profesores Universidad apenas acudíamos a los Tratados Internacionales sobre derechos sociales, económicos y culturales ratificados por España. La legislación interna superaba con creces lo previsto en aquéllos y no hacía falta recurrir a estamentos más elevados para salvaguardar los derechos sociales adquiridos. Si acaso se recurría a aquellos como canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE).

Con la crisis y con las reformas de normas sociales acometidas por el Gobierno español, seleccionar adecuadamente la norma u obligación internacional, determinar su contenido y conocer cómo deben interpretarse las mismas se ha convertido en indispensable. Si bien es frecuente que se apele a esos tratados como canon interpretativo, en cambio los operadores jurídicos del Derecho social apenas recurren a desplazar la ley interna por prevalencia y contradicción con la norma u obligación internacional.

La hipótesis de partida de este trabajo arranca del notable cambio habido en estos años que dura (ha durado) la crisis, con un Gobierno del Estado que se somete a las directrices de la Troika para cumplir los compromisos adquiridos por la financiación extraordinaria recibida de ésta. Y lo hace promulgando una legislación de emergencia, a modo de decretos-leyes, que pretende satisfacer las directrices europeas pero que, como se está comprobando, vulnera en ocasiones tratados internacionales ratificados por este país.

La finalidad u oportunidad del trabajo está clara: consiste en señalar que los jueces españoles de lo social pueden desplazar la normativa interna que contravenga tratados internacionales ratificados por España, sin necesidad de recabar la intervención de una instancia judicial más elevada. El estudio pretende introducir propuestas relevantes de perfeccionamiento de las normas en relación con el sistema jurídico español en su cohabitación con el internacional. De todos modos, las reglas de relación entre el ordenamiento internacional e interno se complican por la presencia cada vez más notable del Derecho de la Unión Europea, ordenamiento que goza de primacía respecto de la Constitución de los Estados miembros. Quizás a priori, los distintos textos internacionales ratificados por España no entren en contradicción entre sí pero ha empezado a bifurcarse, por ejemplo, la doctrina jurisprudencial

del Tribunal de la UE (Luxemburgo) y la del Tribunal de Derechos Humanos o la del Comité de Derechos Económicos y Social (Estrasburgo). Pero entrar a determinar los criterios precisos y certeros de administración de posibles conflictos entre este Derecho prioritario y los Tratados internacionales sería una misión que desbordaría las fronteras de este trabajo.

En las páginas siguientes vamos a exponer algunos de los cambios acontecidos con la gran reforma laboral española de 2012 – consolidada en las modificaciones legales de 2013 y 2014 para colocarla luego a la luz de los Convenios y Recomendaciones de la OIT –. Partiremos en primer lugar de los principios que alumbraron esta reforma, también para contraponerlos, si cabe, con los que definen y caracterizan a la OIT (apartado 2). Finalmente se abordará la labor que puede realizar el juez nacional en el caso de disonancia entre una nueva ley nacional y los convenios internacionales ratificados por España con anterioridad (apartado 3).

2. Reformas laborales de 2012, 2013 y 2014, negociación colectiva y fomento de la productividad

La premisa de la que parte este trabajo descansa, sobre todo, en la Exposición de Motivos (EM) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio). Partiendo de la concepción de la flexiseguridad como concepto-guía de la nueva ordenación de las relaciones laborales (apdo. I), principio que preside esta reforma¹³⁷, el apartado IV de la EM, referido a las reformas introducidas en materia de negociación colectiva, esgrime el objetivo confeso de “fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa (entre otros)”. Por eso, la Ley prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Y con el mismo apoyo, la Exposición sigue justificando esas modificaciones en base al “objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”. Tras corroborar que otras

¹³⁷ Respecto de Italia, véase Tiraboschi, M., “The Reform of the Italian labor market over the past ten years: a process of liberalization?”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, n. 4, 2008, pp. 427-458.

modificaciones legales sobre esas materias no han arrojado los resultados esperados, la reforma laboral de 2012 añade un mecanismo de cierre: el arbitraje obligatorio, herramienta que se recoge como traducción de la misión que debe arrogarse la ley en desbloquear el conflicto y “cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española”.

Ciertamente esta defensa tan intensa de la productividad como medio de alcanzar mejores tasas de empleo¹³⁸, o, en palabras del Voto Particular de la STC 8/2015, 22 de enero, utilizar “la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE – por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III – acordadas por el legislador”, contrasta con los principios y valores que alumbran la creación y desarrollo de la Organización Internacional de Trabajadores (OIT), organización de la que España forma parte y que no es ni siquiera citada en la Exposición de Motivos, como sí se hace, por ejemplo, con la OCDE (apdo. I). En este momento, sólo se mencionará, por continuista y fortalecedora de los valores de la justicia social y del trabajo decente – centro de las políticas de la OIT como medio de alcanzar sus objetivos constitucionales –, la Tercera Declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919: la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa¹³⁹. Esta declaración institucionaliza el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales. Y esa justicia social en un entorno en constante evolución se consigue, invocando la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998) y reconociendo la importancia y el significado especial de los derechos fundamentales; particularmente, en lo que nos ocupa, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento *efectivo* del derecho de negociación colectiva¹⁴⁰. Tampoco el TC (STC 119/2014) en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de

¹³⁸ Véase Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014, pp. 275 y ss.

¹³⁹ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

¹⁴⁰ La cursiva es nuestra.

julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parece interesarse por la dimensión internacional de las modificaciones operadas por el legislador español en lo que concierne a la negociación colectiva¹⁴¹. Entre otras cuestiones, la sentencia trata de las relaciones de jerarquía entre el convenio colectivo y la ley. Haciendo alusión al art. 9.3 CE y a partir de la convicción de que la consagración constitucional de la negociación colectiva en el art. 37.1 no presupone ningún modelo de relaciones laborales particular y menos aún “el desapoderamiento normativo del Estado” (F.J.3), y con el debido análisis del juicio de proporcionalidad de la medida, da carta de naturaleza tanto a la determinación de la duración del período de prueba (contrato de emprendedores) (F.J.3), como a la facultad de acordar la inaplicación de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo (F.J.4). Respecto de esta última cuestión, el TC desarma el argumento del Parlamento de Navarra quien, refiriéndose a las modificaciones introducidas en el ámbito de la negociación colectiva, consideraba que la reforma suponía una ruptura del “modelo constitucional de relaciones laborales”. Pero en esos particulares fundamentos jurídicos no hay ni una sola ocasión en que el TC se refiera a los convenios de la OIT ratificados por España (señaladamente, los Convenios n. 87 y 98); como tampoco apela el TC, ni en ésta ni en la STC 8/2015, a la normativa jurídica internacional al abordar la constitucionalidad del arbitraje obligatorio (párrafo octavo del art. 82.3 ET) (F.J.4 y 5). Y esa ausencia llama especialmente la atención al ser comparada con el análisis del período de prueba del conocido como “contrato de emprendedores”, donde el TC de 2014 sí lo somete a las disposiciones del Convenio OIT n. 158 sobre terminación del contrato de trabajo cuyo contenido, en opinión del órgano máximo de interpretación de la Constitución, resulta conforme con la reforma.

En realidad, son varias las cuestiones que se mueven en derredor del tema que nos ocupa pero el trabajo se enfoca a analizar la legitimación de los acuerdos de empresa que posibilitan la inaplicación de ciertas materias convencionales en ese ámbito empresarial, vía el acuerdo adoptado entre el empleador y una comisión de trabajadores creada “ad hoc” (arts. 82.3 y 41.4 ET). La razón de centrarnos en esta temática se debe a que ni ha sido planteada en el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 3/2012, ni el TC la ha tratado *obiter dicta*, ni fue motivo de queja por parte de los

¹⁴¹ No es ni mucho menos el caso del Voto Particular emitido donde hay continuas referencias a los convenios OIT, incluso a los informes aprobados por el Consejo de Administración de esta organización.

representaciones sindicales que la formularon contra el Gobierno de España (CC.OO., UGT, CSIF, USO y otras organizaciones sindicales nacionales)¹⁴², seguramente porque esa figura fue introducida ya en la reforma del año 2010¹⁴³. Sin embargo se entiende que su tratamiento es ahora oportuno debido a las nuevas y más numerosas materias laborales¹⁴⁴ sobre las que se puede “descolgar” la empresa a través del acuerdo colectivo con estas comisiones “asindicales”¹⁴⁵ o “ad hoc”; cuanto por intuir que los efectos sobre el sistema español de negociación colectiva son también sustanciales.

3. Las comisiones compuestas por representantes elegidos entre los trabajadores y la ampliación de las materias “no aplicables” del convenio

3.1. La legislación laboral española actualmente vigente

Si reparamos en el texto del art. 41.4 ET al que se remite el art. 82.3 ET, la intervención como interlocutores de la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas dirigidas a la modificación sustancial de una condición de trabajo, corresponderá a los *representantes legales de los trabajadores*, banco que, como máximo, estará compuesto por trece miembros. La primera opción del legislador se realiza a favor de las *secciones sindicales* “cuando éstas así lo acuerden y siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los

¹⁴² OIT GB. 320/INS/12

¹⁴³ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18 septiembre), art. 5. Por otra parte, se han analizado otros procedimientos relativos a quejas respecto de Convenios OIT ratificados por España, así como la situación de este país en relación con la obligación de envío de memorias. En realidad, se han encontrado dos temas relacionados con los Convenios OIT 87 y 98 pero relativos a la determinación de servicios mínimos de huelga y a la reducción del 5% salarios de los funcionarios públicos en España, cfr. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMME_NT_ID:3080746:NO

¹⁴⁴ En realidad, en el caso de todo el Estado (2013), el descuelgue de la cuantía salarial en solitario fue lo más recurrente ya que afectó al 42%; el descuelgue de la cuantía salarial y del sistema de remuneración a la vez, al 8,6%; la cuantía salarial, el sistema de remuneración, la jornada, el horario y la distribución del tiempo de trabajo (a la vez) al 5%; y un resto de casos sin especificar al 35,8%. Datos obtenidos de <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT13DicAv/cc1/index.htm>

¹⁴⁵ Otaegui, A., “Desequilibrio negocial y debilitamiento del actor sindical como efectos de la reforma laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014, p. 356.

delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados¹⁴⁶. Sin embargo, en defecto de lo previsto en ese párrafo¹⁴⁷, los interlocutores por parte de los trabajadores serán diferentes en función de que la medida empresarial afecte a uno o a varios centros de trabajo.

-Si afecta a un único centro de trabajo, actuarán como interlocutores el comité de empresa o los delegados de personal. En defecto de representación legal de los trabajadores¹⁴⁸, el legislador atribuye a los trabajadores afectados la opción entre “atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma” (art. 41.4 ET)¹⁴⁹.

-En el caso de que el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, las soluciones son varias y diversas en función de que (i) exista un comité intercentros con esa función atribuida por convenio (véase también art. 63.3 ET), solución prioritaria respecto del resto; (ii) todos los centros tengan representantes legales de los trabajadores, quienes actuarán como interlocutores en la comisión que se formará; y (iii) algunos centros cuenten con representantes legales y otros, no. En este caso, el más complejo, es donde nos centraremos. Y así, “Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes

¹⁴⁶ Con Benavente Torres, M^a. I, “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales*, n. 124, 2014, p. 130, la prioridad de las secciones sindicales se establece a partir del RDL 7/2011, de 10 de junio, seguramente a fin de alinearla con la supremacía constitucional del sindicato y con los Convenios y Recomendaciones de la OIT.

¹⁴⁷ Con Cruz Villalón, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2010, p. 98, entendemos que de no haber representantes unitarios, la consulta/negociación con las secciones sindicales no podría darse.

¹⁴⁸ En este momento transcribiremos los datos aportados por la propia EM (apdo. III) de la Ley 3/2012, en cuanto que “Las empresas de cincuenta o menos trabajadores constituyen, según datos del Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el 99,23% de las empresas españolas”; dato que mueve a deducir que la ausencia de representación legal en las empresas españolas no es una mera anécdota.

¹⁴⁹ Denominadas “comisión laboral” y “comisión sindical” por De la Villa Gil, L.E. “Comisiones laborales y comisiones sindicales”, *RGDTSS* n. 23, 2011, p. 3.

legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes”; con la importante salvedad de que “los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a)”, esto es, la comisión “asindical”, “en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen”.

Pero puede suceder también que independientemente de que el procedimiento afecte a uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento sin representantes legales de los trabajadores, éstos opten por no designar la comisión “ad hoc”, de modo que se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, “en proporción al número de trabajadores que representen”. Por último “Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen”; esto es, este último supuesto se remite a la solución análoga de que el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, lo que permite elegir a los trabajadores el tipo de comisión que quieren formar: “asindical” o sindicalizada.

La novedad de la redacción actual¹⁵⁰ respecto de la reforma de 2010, o respecto de la legislación anterior, descansa en que las materias que el acuerdo puede inaplicar son las listadas en el art. 82.3 ET, esto es jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social; bastante más sustanciales y numerosas que las contempladas en el texto del art. 41.2 ET vigente hasta la reforma laboral¹⁵¹.

¹⁵⁰ Art. 9.2 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. De todos modos, la redacción otorgada por el art. 9.2 del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto era la misma que la de esta Ley.

¹⁵¹ Hasta entonces, el art. 41.2 ET preveía que el acuerdo de empresa que decidiera la inaplicación de ciertas condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor para la empresa podría hacerlo respecto del horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de

De manera más nítida, por efecto de las reformas de 2010¹⁵² y 2013-2014 se permitiría que el empleador, junto a comisiones creadas por trabajadores electos para la ocasión, pudiera modificar condiciones sustanciales de trabajo acordadas por los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos, claramente, mientras concurren en la empresa razones que lo justifiquen.

Llegados a este punto, esto es, por la nueva dimensión que adquieren estas comisiones por efecto de la extensión material del posible “descuelgue”, procede ahora el contraste entre la normativa jurídico-laboral y la normativa de la OIT para decidir en qué medida coinciden la legislación laboral española y la legislación de esta organización internacional (apdo. 3.2.) y qué pueden hacer los órganos judiciales ante la coyuntura resultante (apdo. 3.3.).

3.2. La legitimación para celebrar acuerdos colectivos de inaplicación de condiciones laborales sustanciales a la luz de la normativa de la OIT

3.2.1. El resultado del contraste

En primer lugar nos fijaremos en cómo define la OIT la expresión “negociación colectiva”, ya que partimos de que los acuerdos de empresa de inaplicación se suscriben en ese marco: su fin no es otro que fijar (o “re-determinar”) las condiciones de trabajo y empleo ya acordadas en convenio colectivo¹⁵³. El Convenio n. 154 OIT (Convenio sobre la negociación colectiva, 1981), ratificado por España, dispone en su artículo 2 que “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación

remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

¹⁵² En realidad la alternativa entre los sindicatos y la comisión *ad hoc* interna no estaba prevista en el RDL 10/2010, 16 de junio, sino que aparece en la Ley 35/2010. El primero preveía que “En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación [...] a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio aplicable a ésta”.

¹⁵³ En este sentido, está totalmente superada la doctrina de la STS 20 febrero 2008, n. Rec. 4103/2006, que negó el carácter de pacto colectivo al celebrado entre los trabajadores directamente y la empresa, ya que confería la capacidad de negociar colectivamente a la representación unitaria o sindical en exclusiva; dado que la ley de 2010 articuló un sistema de representación colectiva que actuará en ausencia de aquella representación: la de las comisiones “ad hoc”.

colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. Que los acuerdos de empresa de inaplicación se subsumen en esta vasta definición es pues silogismo bastante sencillo; aunque sirva también la expresión “convenios colectivos” que acoge el art. 3.1 b) ET, fuente donde también se ubican los acuerdos de empresa.

El Convenio OIT insiste pues en que haya una “organización” en el lado “social”, cuando en el banco empresarial es suficiente con que exista una persona física, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores.

Sin embargo, la Recomendación n. 91 sobre los contratos colectivos¹⁵⁴, aportaba ya una definición más extensa que la anterior en cuanto a los sujetos legitimados para negociar los “contratos colectivos”, de modo que “la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, *en ausencia de tales organizaciones*, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”¹⁵⁵.

La Recomendación citada, que data de 1951, amplía la lista de interlocutores “sociales”, ya que permite la presencia de grupos de trabajadores no integrados en una organización, aunque sigue diferenciándose de lo contemplado en el ET. Y así sólo cuando falten las organizaciones de trabajadores, operará la posibilidad de que los representantes de los trabajadores interesados, con las condiciones

¹⁵⁴ Como es conocido, las Recomendaciones internacionales; “son meras propuestas a los Estados, desprovistas de todo carácter vinculante. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen a fin de ser puestas en ejecución [...] La Recomendación puede, en ocasiones, operar como “criterio interpretativo o aclaratorio del convenio (STC 38/1981), o incluso, complementar un convenio”. También sobre las obligaciones del Estado, por el hecho de ser miembro OIT, respecto de las Recomendaciones. Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, 2014, p. 230.

¹⁵⁵ La cursiva es nuestra.

expresadas, suscriban esos acuerdos con el empleador¹⁵⁶.

Volviendo al Convenio OIT n. 154, éste no descarta que la ley o las prácticas nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del art. 3. Y así, “Cuando la ley o la práctica nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del apartado b) del artículo 3 del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes”. Es todavía más concreto el párrafo 2º del mismo art. 3 cuando expresa que “Cuando en virtud del párrafo 1 de este artículo la expresión negociación colectiva incluya igualmente las negociaciones con los representantes de los trabajadores a que se refiere dicho párrafo, deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas”.

Si se realiza una integración de ambos textos¹⁵⁷, del Convenio n. 154 y de la Recomendación n. 91 OIT respecto de la materia planteada, resultaría que la legislación laboral española se habría apartado del Convenio 154 OIT y de la Recomendación citada, al permitir que los trabajadores afectados por las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción de la empresa decidan entre (i) elegir una comisión “asindical” (ii) o autorizar que las organizaciones sindicales más representativas o suficientemente representativas intervengan como interlocutores del acuerdo, con la condición expuesta “supra”. En otras palabras, España no habría incorporado el texto del Convenio n. 154 OIT – completada con su Recomendación – a la letra de la ley (el ET), en tanto que no destina la creación de esas comisiones asindicales al último lugar de las opciones posibles, previa evidencia de la inexistencia de organizaciones de trabajadores como las organizaciones sindicales¹⁵⁸. A mayor

¹⁵⁶ Lo mismo ocurre con el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), cuyo texto se expresa así: “Los *trabajadores* y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”. La cursiva es nuestra.

¹⁵⁷ Véase la nota n. 17 sobre el valor jurídico de las Recomendaciones OIT.

¹⁵⁸ Llama la atención la redacción del RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n. 147, de 17 junio 2010), por más próxima a la redacción del Convenio OIT mencionado. Éste previó que en los supuestos

abundamiento, se cree que la inexistencia de representantes legales no es suficiente para brindar a los trabajadores afectados la alternativa de decidir tratada, ya que el término “organizaciones de trabajadores” (Convenio OIT n. 154) sin duda coincide con las organizaciones sindicales (art. 4.2 a LOLS).

3.2.2. Las derivaciones de la negociación de la inaplicación de ciertas condiciones laborales del convenio aplicable por parte de comisiones “asindicales”

Si se repara ahora en los efectos de la concurrencia de las comisiones asindicales con las organizaciones de trabajadores debe citarse, en primer lugar, que las primeras, por carecer de estructura organizativa o asociativa, se han convertido en la primera opción en las empresas con ausencia de representación legal. Las razones, cuyas evidencias empíricas se pueden difícilmente aportar, podrían deberse (i) al mero hecho de aparecer como 1ª opción en el texto estatutario; (ii) al dato de que la redacción otorgada por el RDL 7/2011 daba lugar a interpretar que se priorizaba la comisión sindical frente a la comisión “ad hoc”, sin perjuicio de que la opción entre una y otra comisión correspondía a los trabajadores¹⁵⁹; (iii) al resultar preferibles estas comisiones “ad hoc” para el banco empresarial frente al sindicato como “contrapoder” declarado y con una “naturaleza asociativa”¹⁶⁰, y (iv) a las condiciones añadidas exigidas a las organizaciones sindicales que deberán estar legitimadas para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa (art. 41.4 ET), de modo que su presencia en estas negociaciones

de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa (incluyendo en la acepción de “legal”, también a las secciones sindicales), los trabajadores podrían atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, *por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta*; fórmula que no trascendió a la Ley 35/2010, que convalidó el real decreto-ley citado.

¹⁵⁹ Así, Nieto Rojas, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA.VV. (Coord. Escudero, R.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 66 y 67, 70 y 71.

¹⁶⁰ Para más profundidad, *vide* Fernández López, M.ªF., “Naturaleza jurídica del sindicato como asociación”, *REDT*, n. 11, 1982, p. 410. Los casos de las SSTS 15 de abril de 2014, Rec. 127/2013 y 1 de abril de 2014, Rec. 95/2013, también podrían corroborar esa reflexión (particularmente, su voto particular).

se complica sobremanera¹⁶¹. Todo lo anterior arroja un resultado certero: la pretendida opción cuya elección se atribuye al banco social puede convertirse en el reflejo de la solución querida por el banco empresarial.

En relación con el Convenio n. 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores de 1971 (Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa), ratificado también por España, éste demanda la adopción en el ámbito de la empresa de “medidas apropiadas, si fuera necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”. Recuérdese que este contenido, reproducido casi con la misma literalidad, es recogido por el Convenio n. 154 OIT (véase, art. 3.2) con lo que la legislación española estaría desmarcándose de ese mandato: el hecho de que sean los trabajadores los sujetos que escojan entre las opciones planteadas por el legislador no consigue anular la tacha de la legislación española; si bien pueda hablarse de “alternativa en paralelo”, de una opción en plano de igualdad que ofrece la legislación española a los trabajadores afectados, sin embargo la legislación internacional repudia que se produzca un menoscabo del sindicato. Y esto es lo que está y seguirá ocurriendo de mantenerse la legislación en esos términos.

En segundo lugar, quiere hacerse una mención especial a la “a priori” falta de profesionalidad de las comisiones “ad hoc”, lo que da pie a invocar otra Recomendación de la OIT, en el sentido de exigir que los representantes de los trabajadores tengan una “formación adecuada”. En efecto, la Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva n. 163, fechada en 1981, registra entre los medios para fomentar la negociación colectiva (II, apdo. 5), que “Las partes en la negociación colectiva deberían adoptar medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada”.

A mayor abundamiento, esa Recomendación indica que “A petición de las organizaciones interesadas, las autoridades públicas deberían poder prestar asistencia respecto de tal formación a las organizaciones de empleadores y de trabajadores que lo soliciten”. Con esta Recomendación, la OIT apuesta por el carácter permanente y profesional de los representantes de los trabajadores. Por eso, volviendo al art. 41.4 ET, si finalmente el banco

¹⁶¹ Véase críticamente Navarro Nieto, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 957.

social estuviera formado por trabajadores “rasos” de la empresa, estos deberían contar con una formación que ni se contempla “ad hoc” en la ley – seguramente por la premura del procedimiento (se dan quince días como máximo para constituir esas comisiones en centros que no cuenten con representantes legales de los trabajadores desde la fecha de la comunicación empresarial, art. 41.4) – ni parece viable de antemano por el componente “coyuntural” de la situación empresarial. En otras palabras, la capacidad técnica de esas comisiones contabiliza muchas incertidumbres y pierde enteros al no haber participado sus componentes, supuestamente, en el convenio del que la empresa se pretende desvincular parcialmente; y al no tratarse, “a priori”, de representantes legales ni sindicales de los trabajadores con las facultades de información, consulta, cogestión, etc. que la legislación les reconoce a aquéllos (arts. 51, 64, etc. del ET).

Es cierto que tampoco las organizaciones sindicales más representativas o simplemente representativas – si fueron las que negociaron el convenio de sector del que, por ejemplo, pretende desvincularse la empresa –, deberían contar con más información sobre la empresa en cuestión que los trabajadores de estas comisiones “ad hoc”; incluso los representantes legales y sindicales (más específicamente, los delegados sindicales por obra del art. 10.1 LOLS) pueden tener carencias de información sobre la situación de la empresa. Pero en cualquier caso el sindicato puede deparar formación a sus miembros, este último uno de los temas latentes de la legislación española que, por ejemplo, se encuentra a años luz de lo previsto en el ordenamiento jurídico-laboral galo. Allí, el comité de empresa puede mandar a un experto contable a fin de que aporte toda la información y análisis económico-financiero útil para las organizaciones sindicales con el objeto de que éstas preparen las negociaciones previstas en los artículos L 5125-1 del Code du travail – que se refiere al caso de los acuerdos colectivos de descuelgue de condiciones laborales – y L. 1233-24-1 – sobre despidos colectivos –¹⁶². La figura del experto contable se extiende incluso al ámbito del grupo de empresas, de modo que el comité de grupo podrá apoyarse también en esos expertos, normalmente consultorías independientes pero financiadas por la propia empresa. El legislador francés de 1982, consciente de la complejidad de los estados contables de los grandes grupos, así como de las limitaciones de los miembros del comité de grupo de interpretar correctamente la

¹⁶²http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=551012A4CDB06774A5D59C5D5EE472A8.tpdjo10v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIA RTI000027551433&dateTexte=&categorieLien=cid

contabilidad de éstos, optó por la creación de una figura paralela a la ya existente para el comité de empresa.

Pero volviendo al caso español, debe resaltarse en último lugar que los trabajadores de esas comisiones creadas al efecto, aunque no hayan sido elegidos conforme al proceso electoral contemplado en los arts. 61 y ss. ET, disfrutarían de las garantías legales de los arts. 68 y 81 ET; sin perjuicio de que, entre aquéllos, haya personas afiliadas a un sindicato, con las garantías que les proporcionan los arts. 28.1 y 37.1 CE. Aunque la ley española no se pronuncie expresamente sobre las garantías de estos trabajadores y los Tribunales sean contrarios – o selectivos – a reconocérselas¹⁶³, el Convenio n. 135 OIT sobre los representantes de los trabajadores, dispone en su artículo 3 que “A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: (a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o (b) *de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos*¹⁶⁴, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”. Es más, la Recomendación OIT n. 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores (*Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa*)

¹⁶³ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 18 diciembre 2014, Rec. 4637/2014. Esta sentencia distingue entre las garantías instrumentales de estos representantes, necesarias para prestar la tarea para la que han sido elegidos, y por tanto, extensibles desde la ley a estos representantes, a pesar de la laguna legal – podría entenderse aquí incluido el crédito de horas retribuido; y las denominadas “garantías defensivas”, como la de prioridad de permanencia en la empresa, que se discutía en el caso de la sentencia citada, y no extensibles a estos representantes –.

En la doctrina, a favor de la extensión a los miembros de las comisiones *ad hoc*, de las garantías legales reconocidas a los representantes unitarios en pro de la protección de la actividad de representación de los trabajadores, cfr. Con Benavente Torres, M^a. I, “Las comisiones ad hoc...”, *óp. cit.* p. 155-156, incluyendo la de permanencia en la empresa.

Otro problema de laguna legal, ahora de índole procesal se resuelve en la STS 18-03-2014 (Rec. 114/13). En esta sentencia se aborda como cuestión nuclear la relativa a determinar si la denominada “comisión ad hoc” está o no legitimada para impugnar los despidos colectivos. La sentencia da a tal interrogante una respuesta positiva, poniendo de manifiesto la falta de sintonía entre la legislación material y la procesal. Conforme a la misma, de mantener una interpretación diferente no se podrían impugnar las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical, algo no querido por el legislador.

¹⁶⁴ La cursiva es nuestra.

aconseja la extensión de esa garantía a “los trabajadores que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos, mediante los procedimientos apropiados existentes, a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores”; con la certera finalidad de extender esas garantías a cuantas más personas, mejor.

De todo lo expuesto resultaría que esa opción legislativa podría estar afectando la libertad sindical, en tanto que la comisión sindical alternativa estaría amparada por el art. 28.1 CE¹⁶⁵ y su elección por parte de los trabajadores no se produce ni en el momento oportuno, ni del modo adecuado. En palabras de la Profesora Casas¹⁶⁶, el Estado, a través de la ley, debe garantizar el equilibrio de los poderes presentes en la empresa, ante la profundidad de las raíces de la desigualdad¹⁶⁷. Y parece que las carencias de estas comisiones “ad hoc”, junto al hecho de que los acuerdos colectivos alcanzados con este género de representantes de los trabajadores son de peor calidad¹⁶⁸ que los celebrados con representantes “legales o sindicales” – sin olvidar la más extensa capacidad temática de inaplicación que la Ley 3/2012 les ha atribuido –, arrojan la nítida conclusión de que se está desandando el recorrido avanzado en la igualdad y en el equilibrio de los poderes negociadores de la empresa. De ahí que la propuesta clara y concisa que se realiza en este trabajo sea que, cuando concurra la circunstancia de ausencia de representantes legales de los trabajadores para negociar acuerdos de empresa de inaplicación de condiciones laborales convencionales, se dé preferencia a las comisiones integradas por los sindicatos más representativos o simplemente representativos, en línea con la normativa internacional analizada¹⁶⁹. No se sabe si quizás por ello el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014 trató de promocionar la comisión sindical en

¹⁶⁵ Escudero Rodríguez, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MESS, Madrid, 2012, pp. 28 y 29.

¹⁶⁶ Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España...”, *óp. cit.*, p. 287-288.

¹⁶⁷ Así también, y con interesantes propuestas, Suárez Corujo, B., “La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social* n. 71, pp. 32 y ss.

¹⁶⁸ Los datos no publicados del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi así lo corroboran.

¹⁶⁹ En este sentido, véase la Declaración de la OIT sobre la libertad sindical, la negociación colectiva y sus efectos con resultados más justos, iguales y equitativos sobre el empleo y las relaciones laborales en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/sitestu diocontentelements/wcms_con_txt_ils_sel_col_es.pdf

el ámbito de la inaplicación del convenio¹⁷⁰; algo que, sorprendentemente, ha desaparecido en el III Acuerdo para 2015-2017¹⁷¹.

A continuación se presenta una tabla (Tabla 1) de las inaplicaciones de convenios que se han depositado hasta abril de 2015, con datos del número de trabajadores afectados, atendiendo al procedimiento de inaplicación¹⁷². Realmente el procedimiento de inaplicación al que se recurre con más frecuencia es al acuerdo en periodo de consultas¹⁷³, lo que invita a pensar que podrían estar participando en él las llamadas “comisiones ad hoc”. No obstante, ante la falta de más datos, esta reflexión sería una mera elucubración aunque no carente de fundamentos.

Tabla 1. INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES, POR PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN			
Procedimiento de inaplicación	Inaplicaciones de convenios	% de inaplicaciones	Trabajadores
TOTAL	679	100,0	22.225
Acuerdo en periodo de consultas	624	91,9	19.791
Acuerdo de la comisión paritaria del convenio	31	4,6	1.342
Acuerdo de mediación en órgano bipartito	12	1,8	994
Laudo en órgano bipartito	-	-	-
Decisión en el seno de un órgano tripartito	12	1,8	98

¹⁷⁰ En el Capítulo IV del mismo se prevé que “La inaplicación sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. En ausencia de la representación legal de los trabajadores en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos y los representativos en el sector que estuvieran legitimados para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET”.

¹⁷¹ http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/descargas/Acuerdo_Negociacion_Colectiva_2015_III_AENC_firmado.pdf

¹⁷² Estadística del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales.

¹⁷³ Los datos de los años 2013 y 2014 son coincidentes en el aspecto que aquí se destaca.

4. La actuación de los jueces españoles ante la disparidad entre un Tratado internacional y una ley interna posterior

4.1. Notas en torno a las relaciones entre la normativa internacional y la normativa interna desde el punto de vista del Derecho Internacional Público

Tanto en el ámbito del Derecho Internacional Público como del Derecho del Trabajo, a lo largo del tiempo se han planteado cuáles son las relaciones de jerarquía entre la normativa internacional y la normativa interna. La doctrina defensora del *monismo* cuya cabeza visible es el austríaco Hans Kelsen (1933), destaca que el primero tendría prevalencia sobre las normas del ordenamiento interno. Este razonamiento se apoya en que las normas internas y las internacionales pertenecen a un sistema normativo único, de modo que la norma internacional se incorporaría directa y automáticamente al sistema interno como tal norma, sin necesidad de transformación o trasposición ninguna. Por otro lado, la norma interna opuesta a la internacional, al ser jerárquicamente inferior, no podría producir efectos, quedando desplazada incluso sin necesidad de derogación expresa.

La vigencia del principio *pacta sunt servanda* frente a normas contrarias de derecho interno ha sido reiteradamente mantenida por la práctica convencional y judicial. Prueba de ello es el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 (Parte III)¹⁷⁴, según el cual un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹⁷⁵. Y parece que si eso es así, sería todavía más flagrante aprobar disposiciones internas posteriores a la ratificación de un tratado que incumplan éste. Por eso, no bastaría con incorporar las normas internacionales al ordenamiento interno, efecto que se produciría con la ratificación del Tratado y su publicación en el BOE (arts. 94 y 96 CE y Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales – BOE 28 de noviembre), sino que “es preciso dotar a ese ordenamiento de normas especiales con una especial resistencia pasiva contra posibles ataques de normas internas posteriores, así como ubicarlas

¹⁷⁴ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. El Proyecto de Ley sobre Tratados internacionales recoge en sustancia lo previsto en la Convención de Viena.

¹⁷⁵ Para más profundidad, véase, Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La aplicación internacional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXIV, 1982, n. 1, pp. 31-78.

en el lugar que corresponda dentro del sistema interno de fuentes”¹⁷⁶. Y así lo ha hecho la recién citada Ley 25/2014, de 27 de noviembre al prever en su artículo 31 que “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

El mismo Tribunal Constitucional (STC 14 febrero 1991) había declarado que “la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal”. Sin embargo, la existencia de una disonancia entre un Tratado y una norma posterior estatal no acarrearía una inmediata derogación de una por otra, pero sí, creemos, un *desplazamiento* de la más flexible o débil por la que prevalece o prima por especial. A la inversa, es imposible que una ley interna, adoptada con posterioridad a la incorporación de un tratado en España, pueda derogar o modificar su contenido. Así lo reconocía ya el art. 96.1 CE *in fine*, al prever que las disposiciones de un tratado “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”¹⁷⁷.

Y podría añadirse que, en buena lógica, cuanto más elevada sea la jerarquía de la norma jurídica, tanto desde el punto de vista de fuente originaria como derivada, más dificultades habrá para su derogación o modificación; y las herramientas para hacerlo serán las propias de esa fuente: baste sólo citar aquí las maneras diferentes de derogar un convenio colectivo y una ley del Estado – con notables diferencias entre el caso de tratarse de una ley ordinaria, de una ley orgánica, de un Estatuto de Autonomía o de la Constitución –.

En conclusión, en el caso del ordenamiento español, una vez que la norma internacional ha sido recepcionada en el ordenamiento interno a través de su publicación oficial, ésta podrá ser aplicada *de oficio*, por la Administración o el juez nacional a un supuesto particular.

Este efecto aparece claramente en la Ley 25/2014, cuyo artículo 30.1 – “Ejecución” – prevé que “Los tratados internacionales serán de aplicación

¹⁷⁶ Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A., Ortega Terol, M.A. y Forcada Barona, I., *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Entre los laboristas, Alfonso Mellado, C., *Jornadas de Estudio Fundación 1º mayo*, 2013, sostiene que “debe destacarse la aplicación directa de los tratados internacionales ratificados por España frente a las leyes internas, en caso de que éstas incurran en contradicción con aquéllos, dada la obligación de los estados de adaptar su legislación, y conforme al art. 96 de la Constitución, el tratado tiene efectos derogatorios respecto de la legislación precedente contradictoria y no puede ser dejado sin efecto por una legislación posterior”.

¹⁷⁷ Actualmente el art. 28.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE 28 de noviembre) recoge lo mismo.

directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

A mayor abundamiento la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [2.1. e) y 10.1 a) y Título VI] recoge que el TC conocerá de los casos de declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales pero refiriéndose al estadio previo a la ratificación¹⁷⁸. “A contrario”, el máximo intérprete de la Constitución desconocería de los posibles conflictos entre las normas citadas, quizás porque no existiría conflicto sino prevalencia de la norma jurídica internacional¹⁷⁹. Es más, el principal efecto de la incorporación de una norma de origen externo a un ordenamiento es la posibilidad de su simple aplicación “de oficio” dado que como expresa la Constitución Española (art. 96.1), “formarán parte del ordenamiento jurídico”; y cuanto más automática sea esa recepción, mayor será la eficacia de las normas imperativas internacionales, y, por ende, la satisfacción de sus objetivos (paz, seguridad, justicia)¹⁸⁰. Lo anterior se refuerza, de nuevo, en la Ley 25/2014, al recogerse que “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados” (art. 29).

En resumen, ya existe en nuestro ordenamiento un precepto que expresamente establece la jerarquía superior de las normas internacionales correctamente incorporadas a nuestro ordenamiento interno sobre las leyes y otras disposiciones normativas de rango inferior aunque antes también había diversos argumentos que lo avalaban.

El problema, nada infrecuente, suele suscitarse cuando esa automaticidad no es tan evidente, o bien porque el Tratado contiene disposiciones que requieren de un desarrollo normativo, o bien por el simple hecho de que la aplicación de la ley al supuesto concreto o el ejercicio de “juzgar” (art.

¹⁷⁸ Actualmente el art. 19 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE 28 de noviembre) prevé que el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales previsto en el artículo 95 de la Constitución Española “se tramitará de conformidad con lo previsto en el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado”.

¹⁷⁹ Evidentemente, asimismo cabría recurso de inconstitucionalidad contra el Tratado. Véase el art. 27 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), remisión a la que también se refiere la Ley 25/2014. Sin embargo, los impulsores del recurso no serían los jueces y, tan importante como lo anterior, debería hacerse a los 3 meses ó 9 meses de la publicación de aquél. LOTC, art. 33.

¹⁸⁰ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 79-80.

117.3 CE) suele requerir de una labor que incluye más o menos dosis de razonabilidad por parte del juzgador¹⁸¹. En este plano, el obstáculo clave será el de determinar si esa aplicación “de oficio” opera también de manera automática cuando se da una concurrencia o enfrentamiento entre la norma internacional, aun incorporada, y una norma interna. Antes de resolver esta cuestión, convendría distinguir entre las disposiciones auto-self-executing, y las que no lo son¹⁸². Las primeras no requerirán al efecto medidas normativas de desarrollo. En tanto reconozcan derechos a los particulares gozarán de eficacia directa, o serán directamente invocables por los ciudadanos, sin perjuicio de la obligación de los órganos estatales de aplicarlas de oficio.

El carácter auto-ejecutivo de una norma u obligación depende, en primer término, de la precisión e incondicionalidad de su formulación. Pero, en la práctica, es muy frecuente que los tratados combinen disposiciones auto-ejecutivas con otras que no lo son. Las partes – los Estados –, además, al efecto de facilitar la certidumbre y la seguridad jurídica de aquellos, suelen adoptar leyes o reglamentos de desarrollo, que precisarán el contenido de los tratados.

En el caso de los Convenios de la OIT, aunque una vez ratificados por España y publicados en el BOE forman parte de su ordenamiento jurídico de conformidad con los arts. 94 y 95 CE, y la Ley 25/2014, habrá que acudir al supuesto en concreto. En el supuesto de los convenios OIT traídos a colación en este trabajo y contrastados a la luz de la normativa jurídico-laboral española, la conclusión que hemos alcanzado es bastante clara, pero el juez nacional aún debería acudir a las reglas específicas de interpretación de los tratados.

4.2. Las reglas de interpretación de los tratados y el supuesto del Convenio OIT n. 154

En su tarea de codificación del Derecho de los Tratados, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) propusieron unas reglas de interpretación de los tratados que hoy se corresponden con los arts. 31-33 de la Convención de Viena (CV) y que se decantan por una concepción prudente y conservadora de los mismos, la objetivista. Esta concepción persigue dilucidar cuál es el sentido del

¹⁸¹ Desdentado Bonete, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, n. 17-18, 2012, p. 1705.

¹⁸² Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 642 y ss.

texto y no tanto, por lo menos al principio, cuál es la intención de las partes¹⁸³. En esa línea, el art. 31 CV recoge la regla general de interpretación conforme a la cual “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Sobre esta regla general de interpretación cabe destacar que tanto la exégesis del texto basada en criterios gramaticales y sistemáticos como la basada en el criterio finalista o teleológico poseen el mismo “rango jerárquico”. Efectivamente, parecería que la CV persiguiera un afán integrador de ambos criterios¹⁸⁴.

Por la naturaleza de los tratados internacionales que son objeto de este trabajo, esto es, los convenios de la OIT citados, merece la pena pararse a analizar qué entiende la CV sobre la interpretación acorde al “contexto”: ¿se trata del contexto existente en el momento de la interpretación del tratado? ¿De qué tipo de contexto se trata? Esa regla de interpretación ¿favorecería la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales?

Conviene pues detenerse en el factor tiempo, esto es, preguntarse si los términos empleados por el tratado deben interpretarse atendiendo a su significado en el momento de su conclusión (principio de coetaneidad) o si cabe asumir acepciones sobrevenidas con posterioridad. Es más, las reglas que componen el contexto normativo del tratado ¿son las de la época en que se estipuló, o acaso las vigentes en el momento en que su interpretación es discutida? Parece que en el caso de los tratados en materia de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), estos se prestan a una interpretación evolutiva de sus disposiciones, favorecida tanto por la evolución del contexto normativo en el plano internacional como por la práctica de los Estados en el marco de sus propios ordenamientos internos. Así, por ejemplo, el art. 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales recoge que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí

¹⁸³ Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M^aJ., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general del Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 2008, pp. 185 y ss.

¹⁸⁴ De nuevo, Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A, *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 276.

reconocidos”.

Sin embargo, la respuesta que aporta el Derecho Internacional pueda calificarse de moderada y conservadora, en tanto que persigue la objetivación de la interpretación del tratado frente a la apuesta por medios subjetivos¹⁸⁵.

En cualquier caso¹⁸⁶, esa interpretación vuelve a comprender el propio texto del tratado, incluidos su preámbulo y anexos, si los hubiere; y, si acaso, cualquier acuerdo referido al tratado y concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, y cualquier otro instrumento formulado por una o varias partes con motivo de la celebración y aceptada por los demás. Pero las “fronteras temporales” de la regla del “contexto” están claras.

Quizás sea ésta la respuesta que cabría esperar de una rama del Derecho que tiende a aglutinar al mayor número de Estados posibles en un tratado, que prefiere que sean muchos los estados que firmen un tratado a que se obliguen a pie juntillas por los términos del mismo, permitiendo, por ejemplo, las reservas. Si ésta es la razón de ser de este sistema jurídico, se entiende perfectamente que las reglas de interpretación del mismo sean estrechas y que no permitan el ensanchamiento de los términos del tratado; que busquen cuál fue la intención de las partes en el momento de la rúbrica y que hagan de la seguridad jurídica su bandera.

Fuera del “contexto”, pero todavía en el ámbito de la regla general de interpretación, el párrafo 3º del art. 31 permite tener en cuenta “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado” (31.1); así como “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado” (31.1 b). Tal como puede apreciarse, estos otros criterios apenas se alejan del “sentido del texto” y buscan determinar cuál es la interpretación auténtica del mismo.

La aportación de los “medios de interpretación complementarios” que poseen sólo un papel secundario, sigue la misma traza y refuerza la

¹⁸⁵ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 596 y ss.: La interpretación de los tratados ha dado lugar a extensas e intensas disputas doctrinales. Si acudimos a la opinión tradicional y mayoritaria, el intérprete deberá descifrar la verdadera voluntad de compromiso o acuerdo de las partes. Ello no es óbice para que haya autores que, en un ejercicio de purismo, exijan que esa voluntad se deduzca de lo plasmado en el texto del tratado – concepción objetivista –; otros autores, por el contrario – concepción subjetivista –, sitúan al tratado como una de las bases, ni la única ni la preponderante, en la identificación de la voluntad de las partes, dando una especial relevancia a los trabajos preparatorios.

¹⁸⁶ Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A, *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 277.

concepción objetivista en la interpretación de los tratados. El art. 32 CV intitulado “Medios de interpretación complementarios” dispone que “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31. a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. El art. 32 CV considera medios de interpretación complementarios, “los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración”, esto es, las propuestas y manifestaciones de opinión de los representantes estatales, las actas de las reuniones, y las discusiones y debates en la conferencia que finalmente llevó a la adopción del texto. Sin embargo, como su propio título indica, la labor de estos otros medios de interpretación es auxiliar¹⁸⁷ de las reglas generales de interpretación; y su papel es subsidiario cuando de los mismos pudiera derivarse una interpretación contradictoria de la gramatical, sistemática y teleológica¹⁸⁸. No nos vamos a detener a analizar más profusamente cuáles son esas reglas de interpretación, cómo deben interpretarse los términos del tratado, el contexto o el objeto y fin del tratado. No menos importancia tiene el papel de la buena fe y de otros principios, que tampoco se abordarán; como tampoco se hará con los medios de interpretación complementaria (trabajos preparatorios) o la interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua¹⁸⁹.

La rotundidad con la que se expresa ese precepto que pone los medios complementarios al servicio del sentido del texto, para reforzarlo, o, en su caso, para aclarar su significado en los supuestos en que no sea posible determinar su significado conforme a la regla general, nos aboca a ser poco optimistas respecto de la discrecionalidad del juez en la aplicación de este derecho aunque en el caso que nos ocupa respecto de la primacía de las organizaciones sindicales, la claridad del texto sería suficiente. Y llegados a este punto, en el Derecho español, todos los órganos del Estado pueden interpretar los tratados vinculantes para nuestro país¹⁹⁰; y

¹⁸⁷ Expresa el art. 32 CV que el recurso a tales medios podrá efectuarse “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31” o bien, en su caso, “para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el art. 31 a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

¹⁸⁸ Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A. y Ortega Terol, M.A., *Manual de Derecho Internacional Público*, *óp.cit.*, p. 277-278.

¹⁸⁹ Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *óp. cit.*, p. 598.

¹⁹⁰ Puede también servir el trabajo de Cobreros Mendazona, E., “La aplicación del principio de primacía del derecho de la unión europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 103, 2015 (en prensa).

será la Administración quien, cuando existan dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte, éstas “se someterán al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia” (art. 35.5 Ley 25/2014).

Con estos mimbres, los jueces nacionales, cuya misión es juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.2 CE), quienes han interpretado tradicionalmente los tratados aplicables a los asuntos que tenían entre manos, sin intervención alguna de la Administración¹⁹¹, tienen una importancia simpar en el desempeño de su labor de aplicación de la ley; también de ese Derecho proveniente de fuentes internacionales, aunque su texto no se integre en la letra “viva” de la ley (por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores); de modo que ese factor elíptico, nada baladí, exige que el operador jurídico efectúe una labor de lectura conjunta de normas jurídicas de fuentes bien distintas, con normas de interpretación también diferentes, y no siempre coincidentes¹⁹². Pero, en cualquier caso, el impacto de los sistemas monistas o dualistas sobre las posibilidades de aplicación jurisdiccional de las normas derivadas de un tratado será a menudo bastante limitado¹⁹³: lo importante será la mayor o menor determinación del juez en su papel de garante del respeto de las normas internacionales o de origen internacional, lo que está directamente ligado a la idea que el juez nacional tenga de la función del Derecho Internacional, de su cometido respecto de las normas que se derivan de éste, y de las técnicas que estime estar en condiciones de poner al servicio de la efectividad de estas normas.

¹⁹¹ Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M^aJ.. *El Derecho Internacional en la encrucijada*, *óp. cit.*, p. 194. De todas formas, de conformidad con estos autores, los jueces podrían recurrir a las “diligencias para mejor proveer” que permitirán al juzgador solicitar de las autoridades pertinentes (esencialmente del Ministerio de Asuntos Exteriores) las aclaraciones pertinentes, *óp. cit., loc. ult. cit.*

¹⁹² Sobre la virtualidad hermenéutica del art. 10.2 CE que se sitúa en el plano de la interpretación de las normas, y no en el de la aplicación, objeto de este trabajo, v. SSTC 78/1982, 84/1989 y 139/1989.

¹⁹³ Estamos de acuerdo con Akandji-Kombé, J.F., “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte”, *Tratado sobre protección de los derechos sociales* (Dir. Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, capítulo 13.

4.3. La determinación y la aplicación de la ley internacional por parte de los órganos judiciales nacionales ante la disparidad entre un Convenio OIT y la legislación laboral posterior a la ratificación de aquél

Tras comprobar que la legislación española no se ha reformado al compás de la normativa OIT, y al tratarse de una contradicción palmaria que deviene de la precisión e incondicionalidad de la formulación del Convenio OIT n. 154 analizado, completado con la Recomendación n. 91 también citada, podría defenderse que los sujetos con legitimación para negociar esos acuerdos colectivos y que no hayan podido suscribirlos por que los trabajadores hayan optado por la vía de la comisión “asindical”, por ejemplo, puedan demandar (art. 154 LRJS) en el marco de un proceso de conflicto colectivo. En la demanda podría pedirse que se reconozca y declare la nulidad del acuerdo de inaplicación de la/s condición/es laboral/es inaplicada/s previstas en el convenio colectivo aplicable, y la obligación de la empresa demandada de aplicar las condiciones laborales reguladas o establecidas en el convenio colectivo de aplicación, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Bastaría con invocar ese Convenio OIT con los argumentos antes citados. Sin embargo, el demandante podría encontrar todavía otro obstáculo. Y es que el art. 82.3 ET in fine expresa que “Cuando el período de consultas finalice con acuerdo [como en el caso que se plantea aquí] se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”. Como acierta a expresar la STS 110/2014¹⁹⁴, “Este es el único mandato que la norma contiene sobre la impugnación del *acuerdo* y de su tenor literal se deriva que la existencia de *acuerdo* sobre la concurrencia de las causas que justifican el *descuelgue* da lugar a que se presuma, legalmente, la concurrencia de esas causas y que el *acuerdo* sólo se pueda impugnar por fraude, dolo u otros vicios *en su conclusión*”. La sentencia citada continúa expresando que “Esta disposición nos indica que la ley distingue entre la validez del *acuerdo* por vicios *en su conclusión* y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en él se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o

¹⁹⁴ TS 3973/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3973 Id Cendoj: 28079140012015100551 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 N. de Recurso: 110/2014.

rebatir la validez de las modificaciones”.

Como hipótesis, defendemos que el juez que resuelva el conflicto colectivo planteado pueda declarar nulo el acuerdo de empresa de inaplicación adoptado por estas organizaciones no-sindicales¹⁹⁵ por fraude de ley. En efecto, el art. 6.4 del Código Civil señala que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”, control de convencionalidad que corresponde realizar al juez nacional¹⁹⁶. El acto fraudulento persigue un fin condenado por otra norma del Ordenamiento (el Tratado OIT) y es indiferente que el actor tenga intención de eludir la norma defraudada, siendo suficiente con el resultado ilícito.

El posible recurso de amparo se articularía al cobijo del art. 207.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables, denunciándose la infracción de los arts. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el 37.1 de la Constitución Española (CE). Somos conscientes de que el TC ya se ha pronunciado sobre el nuevo modelo de negociación colectiva que aflora de la gran reforma laboral, y que lo ha declarado conforme a la Constitución. Hemos indicado también que el TC, en sus últimas sentencias en torno a la reforma laboral del 2012 y adyacentes, no se ha pronunciado concretamente en relación con la materia que nos ocupa pero sirva este momento para reivindicar la continuidad de la vigencia del Tratado OIT y de su prevalencia sobre la normativa jurídica posterior que le afecta en los términos indicados, incluso después de esas sentencias del TC. Dado que la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales incluye la vía de la cuestión de constitucionalidad (art. 29 LOTC), defendemos que el juez del caso, si tiene dudas sobre la constitucionalidad de los artículos 82.3 ET-41ET, deberá plantear cuestión de constitucionalidad ante el TC, o, más acertadamente desde nuestro punto de vista, podrá seguir desplazando la

¹⁹⁵ López López, J., “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT”, en López, J., Freeland, M., Caruso, B. y Stone, K. (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011, p. 16, demuestra que junto al aumento de ratificaciones de Convenios de la OIT, la aplicación de los jueces nacionales del derecho internacional supone una vía de reconocimiento de derechos sociales y destaca la interactividad entre la norma internacional con los jueces nacionales.

¹⁹⁶ Sobre el control de convencionalidad, véase Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ley interna. Si los tratados de la OIT pasaron el filtro de la Constitución Española al ser ratificados (cuestión previa de inconstitucionalidad) y no se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad contra ellos (tampoco estaríamos en plazo procesal para ello, véase la LOTC en los preceptos citados “supra”) o una cuestión de constitucionalidad en el marco de un supuesto de hecho concreto, resultaría que su letra es aplicable. Otra cosa sería plantearse si hay una fricción entre el “nuevo modelo de negociación colectiva” acorde con la Constitución española (de conformidad con las sentencias citadas de TC, 119/2014 y 8/2015) y el modelo de negociación colectiva de la OIT, duda que llevaría al juez del caso concreto a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Sin embargo, si acudimos al art. 37.1 CE es claro que su texto mandata a la ley para que “garantice el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes* de los trabajadores y los empresarios (...)”.

Por otra parte, somos plenamente conscientes de que, tanto del mundo de la judicatura como el de la abogacía precisan de formación en parámetros internacionales (en este caso, sobre derechos sociales), para estar en condiciones de operar eventualmente un fundado control de convencionalidad; dado que los jueces han demostrado cierta tendencia a apoyar su interpretación en las reglas de interpretación del art. 3 CC¹⁹⁷. A pesar del sistema de fuentes español concebido en la Constitución respecto de las fuentes jurídicas internacionales, muchas veces ni es tan sencillo o claro determinar cuál es la norma aplicable ni – si lo es – resulta fácil delimitar cuál es su contenido. Pero es posible y muestra de ello es, aunque no en relación con un supuesto idéntico al que aquí se plantea, la STS 15 de abril de 2014¹⁹⁸, sentencia que realiza una interpretación integradora de la normativa española y de los Convenios 87, 98 y 135 OIT para llegar a la conclusión de declarar nula la decisión empresarial que se debatía en el proceso por falta de legitimación de la comisión negociadora (comisión híbrida).

No obstante, repárese en que lo que aquí se plantea no es únicamente la *aplicación directa* de la normativa internacional si ya forma parte del ordenamiento español, cuestión pacífica, más si cabe, tras la publicación de la citada Ley 25/2014. Se quiere además insistir en que “la

¹⁹⁷ Fernández de Casadevante Romani, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 125.

¹⁹⁸ Rec. 127/2013. En el caso de la sentencia citada, los representantes de la comisión “ad hoc” habían sido nombrados por la empresa, a pesar de la oposición de los sindicatos. El TS, tras referirse a la normativa española y a los Convenios 87, 98 y 135 OIT, llega a la conclusión de declarar nula la decisión empresarial por falta de legitimación de la comisión negociadora (F.J.3).

jurisprudencia (iuris-dictio) de los órganos de control de los Tratados Internacionales forma parte de la interpretación auténtica de los tratados”. No sólo apoyamos que esos órganos “aportan criterios que han de ser recogidos por los órganos judiciales internos en la interpretación de la propia normativa interna”, sino que creemos que, además, “no pueden dejar de aplicarse por la incidencia de la crisis (...)”¹⁹⁹. Sin embargo es difícil que los jueces españoles conozcan esa jurisprudencia²⁰⁰; aparte de que hay que lamentar la actuación del TJUE, quien todavía no ha dado el paso de acudir a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Carta Social Europea), por ejemplo²⁰¹, actuación que en nada ayuda a que los jueces nacionales hagan lo propio. Pero por la extensión que merece este tema no insistiremos más en él.

5. Bibliografía

Akandji-Kombé, J.F., “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte”, en Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dirs.), *Tratado sobre protección de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Alfonso Mellado, C., *Jornadas de Estudio Fundación 1º mayo*, 2013.

Andrés Sáenz de Santamaría, P., “La aplicación internacional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXIV, 1982, n. 1, 31-78.

Benavente Torres, M^a.I., “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales*, n. 124, 2014.

Casas Baamonde, M^a.E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014.

Cobrerros Mendazona, E., “La aplicación del principio de primacía del derecho de la unión europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 103, 2015 (en prensa).

Cruz Villalón, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2010.

¹⁹⁹ Entrecorillados de Salinas Molina, F., “La protección internacional de los derechos sociales y laborales”, en *Jornadas de estudio Fundación 1º mayo*, 2013, http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NNws_LstNews?cod_primaria=1166

²⁰⁰ Sobre las dificultades que entraña ese conocimiento, véase Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, pp. 112 y ss.

²⁰¹ Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, *óp. cit.*, p. 134.

- De la Villa Gil, L.E. “Comisiones laborales y comisiones sindicales”, *RGDTSS*, n. 23, 2011.
- Desdentado Bonete, A., “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, n. 17-18, 2012.
- Escudero Rodríguez, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo”, en AA.VV. (Coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MESS, Madrid, 2012.
- Fernández de Casadevante Romaní, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Aranzadi, Pamplona 1996.
- Fernández López, M.^aF., “Naturaleza jurídica del sindicato como asociación”, *REDT*, n. 11, 1982.
- Fernández Tomás, A., Sánchez Legido, A., Ortega Terol, M.A y Forcada Barona, I., *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M.^aJ., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general del Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 2008.
- Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- López López, J., “La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT”, en López, J., Freeland, M., Caruso, B. y Stone, K. (Coord.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011.
- Nieto Rojas, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA.VV. (Coord. Escudero, R.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.
- Navarro Nieto, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma de 2012, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Otaegui, A., “Desequilibrio negocial y debilitamiento del actor sindical como efectos de la reforma laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, n. 2, 2014.
- Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Ramón Areces, 2014.
- Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007.

Tiraboschi, M., “The Reform of the Italian Labor Market over the Past Ten Years: A Process of Liberalization?”, *Comparative labor law and policy journal*, vol. 29, n. 4, 2008, pp. 427-458.

La descentralización de la negociación colectiva en relación a la protección social complementaria sobre jubilación en España*

Fernando ELORZA GUERRERO**

RESUMEN: La reforma del régimen jurídico de la negociación colectiva en España en estos años ha deparado una apuesta legislativa por la preferencia aplicativa de la negociación colectiva de empresa, al tiempo que se introducía como novedosa la posibilidad de dejar sin efecto las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas. Igualmente, el régimen jurídico de la jubilación ha sido modificado, en el marco de la puesta en marcha de las políticas de prolongación de la vida activa de los trabajadores. No lo ha sido, sin embargo el régimen de externalización de los compromisos por pensiones. Tales actuaciones y carencias legislativas deparan un escenario jurídico sobre el que se reflexiona en el presente trabajo, y que llevan a concluir que resulta necesario realizar un replanteamiento del modelo de protección social complementaria que se desea para el futuro en el que se integren los tres factores mencionados: prolongación de la vida activa del trabajador, proceso de negociación colectiva y mejora voluntaria de la acción protectora de la jubilación.

Palabras clave: Negociación colectiva, jubilación, mejoras voluntarias.

SUMARIO: 1. Jubilación y autonomía colectiva. 2. La protección social complementaria de la jubilación por los convenios colectivos. 3. La incidencia sobre la protección social complementaria de la jubilación de la prioridad aplicativa de la negociación colectiva de empresa y otras reformas (y silencios) legales. 4. Reflexión final. 5. Bibliografía.

* Comunicación a la temática VI “Cambios demográficos: entre el Derecho del Trabajo, la Seguridad Social y los nuevos modelos organizativos de empresa”, del Congreso ADAPT (VI Edición) “La gran transformación del trabajo”, Bérnago, 6-7 de noviembre de 2015. Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28907: “El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación”.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide (España).

1. Jubilación y autonomía colectiva

Cuando se aborda el papel de la autonomía colectiva en materia de jubilación en España viene inmediatamente a la memoria el tenor literal del art. 39.2 de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS)²⁰² que establece lo siguiente: “Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. Podría pensarse, por tanto, que salvo en materia de mejoras voluntarias – cuestión de la que me ocuparé en el siguiente epígrafe y que por cierto no se considera que integre la Seguridad Social – la autonomía colectiva encuentra vedada en mi país la posibilidad de influir y gestionar aspectos relacionados con la jubilación. Es más, preceptos como el art. 3 TRLGSS en el que taxativamente se establece la irrenunciabilidad de derechos de la Seguridad Social – “Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley” – , o el art. 105 TRLGSS en el que se consagra la nulidad de los pactos en materia de cotización que alteren las disposiciones legales vigentes – “Serán nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario. Igualmente, será nulo todo pacto que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el artículo 109 de la presente Ley” –, podría estimarse que se trata de normas legales que abundarían en esta línea de pensamiento.

Y sin embargo, en estos años la legislación, como la jurisprudencia, nos ofrecen múltiples ejemplos de que la autonomía colectiva puede desenvolverse, en materia de jubilación, en espacios que van más allá de las mencionadas mejoras voluntarias. La razón: el tenor del art. 37.1 de la Constitución Española (CE)²⁰³, aquel que reconoce el derecho de negociación – “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios” – y el propio desarrollo legislativo posterior que nos ofrece, pese a lo señalado anteriormente, múltiples ejemplos de la capacidad de la negociación colectiva para influir, en unos casos directamente, en otros indirectamente, sobre el ejercicio de derechos en materia de Seguridad Social, y en el caso que me ocupa en materia de jubilación.

²⁰² Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE n. 154, de 29 de junio de 1994).

²⁰³ BOE n. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Tal y como señala el título del presente análisis, en esta ocasión me voy a centrar fundamentalmente en el fenómeno de las mejoras voluntarias. No obstante, conviene tener en cuenta desde un principio esta doble dimensión del fenómeno: la capacidad de la negociación colectiva para actuar tanto sobre el régimen jurídico de la jubilación, como sobre las mejoras voluntarias de su protección legal establecida en el marco de la Seguridad Social. No en vano, no debe desconocerse que la gestión convencional de las mejoras voluntarias no es ajena a la disposición que, en sede de la autonomía colectiva, pueda hacerse de la jubilación, de ahí el interés de comenzar realizando una primera reflexión sobre este tema.

Pues bien, a lo largo de estos últimos años, y particularmente desde 2011 a esta parte, hay que reseñar cómo en España se ha asistido a un cambio significativo en relación con el papel reservado por el legislador a la autonomía colectiva en materia de jubilación. El origen de este planteamiento novedoso hay que situarlo, a mi juicio, en la concurrencia de dos factores fundamentales: por un lado la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones español – cuestión insistentemente reclamada por cierto por las autoridades comunitarias en el contexto de reformas que la Unión Europea (UE) viene exigiendo a España con motivo de la crisis económica que se inició en 2008 –; por otro, la puesta en marcha de novedosas medidas legislativas que transpongan al ordenamiento jurídico los planteamientos comunitarios en materia de prolongación de la vida activa de los trabajadores. Desde esta perspectiva, es fundamental la consideración de normas como la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social²⁰⁴ – y que sitúa la edad ordinaria de jubilación en los 67 años, eso sí, en 2020; no obstante prevé el incremento progresivo de la edad ordinaria de jubilación –; la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social²⁰⁵ – que establece un nuevo régimen para recalcular la cuantía de las pensiones, atendiendo fundamentalmente a la sostenibilidad financiera del sistema, cuya entrada en vigor se prevé para enero de 2019 –; o el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo²⁰⁶. A día de hoy el legislador español se encuentra especialmente empeñado en que la autonomía colectiva redefina su papel en relación con la

²⁰⁴ BOE n. 184, de 2 de agosto de 2011.

²⁰⁵ BOE n. 309, de 26 de diciembre de 2013.

²⁰⁶ BOE n. 65, de 16 de marzo de 2013.

institución de la jubilación, en unos casos prohibiendo, en otros limitando, cuando no condicionando, la acción de ésta, en forma diversa a como venía ocurriendo hasta ahora. En este sentido, merece destacarse en primer término la prohibición de que por negociación colectiva se establezcan edades de jubilación forzosa, al establecerse por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁰⁷, la declaración como “nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquier que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas” (D.F. 4ª Dos).

Esta prohibición ha sido declarada constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) español 8/2015, esgrimiendo para ello argumentos vinculados a la implantación de políticas de prolongación de la vida activa y a la necesidad de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones español²⁰⁸. Aunque el planteamiento pueda ser criticado, lo cierto es que la doctrina del TC es clara y a ella en el futuro habrá que estar²⁰⁹. En todo caso, la modificación legislativa lo que viene a evidenciar es la voluntad del legislador de que, en adelante, la autonomía colectiva no interfiera en las políticas de prolongación de la vida activa de los trabajadores fijando edades de jubilación forzosa²¹⁰.

²⁰⁷ BOE n. 162, de 7 de julio de 2012.

²⁰⁸ En concreto, el TC concluyó que “no cabe sino afirmar que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia, de esta materia de la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales” al tiempo que afirma que “el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose el incremento de los déficits públicos”.

²⁰⁹ De forma crítica, contra la prohibición del establecimiento de edades forzosas de jubilación por la negociación colectiva, me manifesté en su momento en Elorza Guerrero, F., “La jubilación forzosa del trabajador por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, n. 77, 2004, pp. 289 y ss., si bien ha de señalarse que no sólo el TC se ha mostrado favorable a ello, también el TS, en su momento, aceptó esta posibilidad legal, considerando que sin habilitación legal expresa la negociación colectiva carece de marco legal habilitante para establecer las mismas (vid., por ejemplo, la STS (Sala 4ª), de 9 de marzo de 2004).

²¹⁰ El establecimiento de la edad de jubilación forzosa es una opción negociada que ha contado en España con una larga tradición que se remonta a las primeras manifestaciones normativas al respecto contenidas ya en este sentido en las Reglamentaciones de Trabajo durante la dictadura franquista. Véase, Mella Méndez, L.,

En segundo lugar, la mencionada ampliación progresiva de la edad de jubilación ordinaria, ordenada por la Ley 27/2011, hasta situarse en los 67 años en 2027 – y fijada anteriormente en los 65 años –, indudablemente condiciona la acción de la autonomía colectiva en materia de jubilación. Con todo, esta medida debe ser puesta en conexión con otras adoptadas en estos años, y que abundan en la idea de retrasar la salida de los trabajadores del mercado de trabajo, al tiempo que se prolonga la edad de jubilación ordinaria. No en vano, es la propia Ley 27/2011 la que procede a endurecer los requisitos para el acceso a la jubilación anticipada²¹¹ – aquella que se produce con antelación a la edad ordinaria de jubilación –, al tiempo que, de forma que podría parecer un tanto paradójica, incrementa el número de supuestos de anticipación de la jubilación²¹².

La explicación a esta aparente paradoja la encontramos en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, documento del que la mencionada ley toma buena cuenta, que, en un momento determinado, afirmaba que “la comisión constata que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación empleo” – existía una especial preocupación por el uso y abuso de las prejubilaciones, precisamente en el marco de expedientes de regulación de empleo que terminaban acordándose entre las empresas y los representantes de los

La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 21 y ss.

²¹¹ Ejemplo de ello es la incorporación al ordenamiento jurídico, precisamente en virtud de lo dispuesto por la D.A. 16ª de la Ley 27/2011, de elementos de penalización de tipo económico, consistentes en la realización de aportaciones económicas al Tesoro Público – aspecto desarrollado por el Real Decreto 1484/2012 –, en los expedientes de regulación de empleo (despidos colectivos) que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas que tengan beneficios económicos, y que intenta frenar el uso y abuso a las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas por parte de las medianas y grandes empresas. Aunque se trató de una medida inicialmente prevista para empresas o grupos de empresas de más de 500 trabajadores, el art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, al establecer la nueva redacción de dicha disposición rebajó la dimensión de la plantilla al límite de más de 100 trabajadores. Igualmente, la mencionada Ley de 2011 introdujo la obligación para las empresas, hoy recogida en el art. 51.9 ET, de que cuando los despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, incluya trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad, de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social, respecto de dichos trabajadores, que asegure el percibo futuro de su pensión de jubilación.

²¹² Un análisis de los distintos supuestos puede consultarse en López Cumbre, L., “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011, pp. 165 y ss.

trabajadores mediante pacto colectivo de empresa²¹³ –, situación que la Comisión que elaboró dicho informe consideraba que debía modificarse, de tal forma que “la jubilación anticipada debería reservarse a aquellos trabajadores que cuente con carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella”; al mismo tiempo, el informe aseveraba que la “Comisión está convencida de que se debe combatir la discriminación por edad en nuestro mercado laboral, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, como orientación de futuro de las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea”.

De todas formas, conviene tener en cuenta que la fijación de la edad de jubilación a los 67 años, a medio plazo, puede ser meramente anecdótica si se tiene en cuenta las dificultades que en España registran los trabajadores de entre 55 y 65 años para mantener el empleo²¹⁴, lo que incide sin duda en el tamaño de las carreras de seguro de los mismos – períodos cotizados –, o las dificultades de los jóvenes para sostener en el tiempo dichas carreras por la precariedad del empleo. No en vano, distintos especialistas han señalado que los anteriores factores sitúan a la jubilación anticipada en el epicentro de la acción legislativa en estos años, toda vez que las dificultades señaladas van a actuar de factor “provocador de la expulsión hacia las formas de jubilación anticipada”²¹⁵ de aquellos trabajadores que no alcancen los exigentes requisitos de carrera de seguro requeridos para la jubilación con el 100% de derechos a los 67 años.

En cualquier caso, el escenario dibujado tras la reforma legislativa de 2011 apunta hacia un replanteamiento del papel de la negociación colectiva en relación con la edad de jubilación. Y ello viene determinado por los cambios que la institución ha registrado en estos últimos años no sólo en mi país, sino también en Europa, vinculados principalmente con las relaciones que se establecen entre jubilación y trabajo. Como se ha

²¹³ Debe advertirse que, en España, y a diferencia de otros países como Italia, Alemania, Portugal o Francia – país éste último donde la institución goza de un régimen más asentado y sistemático (*allocation de préretraite*) –, la prejubilación no es una institución jurídica, sino una situación de facto que remite, en definitiva, a la idea de la jubilación anticipada del trabajador. Sobre esta figura jurídica puede consultarse López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 485 y ss.

²¹⁴ Según señala el Instituto de Estudios Económicos, a partir de las estadísticas de Eurostat, la tasa de empleo española de los trabajadores de entre 55 y 64 años se situó en 2014 en el 44,3%, un porcentaje muy similar al de 2007 (44,5%), y uno de los más bajos de la Unión Europea. Precisamente, llama la atención que mientras en España la situación no ha cambiado prácticamente, la Unión Europea en esos mismos siete años ha conseguido aumentar la mencionada tasa, pasando del 44,5% al 51,8%.

²¹⁵ Tortuero Plaza, J.L., *La reforma de la jubilación*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Madrid, 2011, p. 82.

señalado en más de una ocasión, la jubilación deviene en una institución “poliédrica”, consecuencia de los nuevos vínculos que se establecen entre las políticas de empleo y de Seguridad Social, de tal forma que “junto a la jubilación clásica, a edad ordinaria o anticipada, se añaden ahora la jubilación parcial, la jubilación gradual y la jubilación flexible, la compatibilidad entre pensión y trabajo, como formas nuevas de abordar las relaciones entre actividad y pensión, presentando ya la jubilación como una situación compatible parcialmente con el trabajo, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, en la perspectiva de un envejecimiento activo”²¹⁶. La negociación colectiva, por tanto, en adelante no va a atender fundamentalmente a fijar edades de jubilación forzosa o a articular soluciones negociadas para la jubilación anticipada de trabajadores de forma colectiva, sino que su principal preocupación debería ser la forma en que se puede articular la combinación del binomio jubilación/empleo. Otra cuestión es que, pese a la voluntad legislativa, resulte más o menos costoso romper ciertas dinámicas negociales – ejemplo: el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET)²¹⁷ prevé en el caso de los despidos colectivos la negociación de planes de recolocación de los trabajadores despedidos; la práctica nos enseña que dichos planes se están viendo culminados generalmente por el fracaso, entre otras cosas porque hay escaso interés y experiencia en la materia –. Indudablemente, esta distinta vocación de la autonomía colectiva debería a su vez influenciar y condicionar la acción de la misma en relación con la protección social complementaria. La cuestión es que, posiblemente, una cosa es la teoría, y otra la práctica que ahora mismo se está dando.

2. La protección social complementaria de la jubilación por los convenios colectivos

Cuando uno se aproxima al análisis de la protección social complementaria de la jubilación pactada en convenio colectivo en el caso de España, siempre se ha de partir de la consideración que de la misma se hace en nuestro texto constitucional. En este sentido, ha de recordarse cómo el art. 41 CE, norma que como sabemos integra el Capítulo III del Título I CE, titulado “De los principios rectores de la política social y

²¹⁶ López Gandía, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 7-8.

²¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n. 75, de 29 de marzo de 1995).

económica”, al encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de “un régimen público de Seguridad Social”, dispone igualmente que la “asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

Como es sabido, el TC en su día consideró que la voluntad del constituyente en este caso era “dejar en libertad a los particulares para la organización de todo tipo de dispositivos de protección social encaminados al mismo fin público de proteger las situaciones de necesidad”²¹⁸. No obstante, pese a esa libertad reconocida, tampoco se discute entre los analistas jurídicos que, en relación con esta materia, resulta constitucionalmente posible, y así se ha producido a lo largo de estos años, una actuación legislativa que encauce la autonomía privada – y que ha dado lugar a lo que se ha dado en denominar el “modelo institucional de las mejoras voluntarias”²¹⁹ –, bien promoviendo ciertos modelos de protección privada – en este terreno los incentivos fiscales, por ejemplo, son claves –, bien exigiendo el cumplimiento de cierto requisitos legales a los modelos y mecanismos que se creen por la iniciativa privada, siendo el exponente máximo de esto último toda la legislación en materia de fondos y planes de pensiones existente al día de la fecha en España.

Indudablemente, lo señalado anteriormente sitúa a la autonomía colectiva en un escenario muy distinto de aquél en que se desenvuelven las relaciones de trabajo, y que ordena el Derecho del Trabajo. Y ello porque en materia de asistencia y prestaciones complementarias – por emplear la terminología constitucional –, la autonomía colectiva debe convivir, por un lado con un Derecho de la Seguridad Social que se caracteriza sobre todo por la imperatividad e indisponibilidad, no sólo individual, sino también colectivamente, de sus disposiciones – cuestión que se evidencia en preceptos como el art. 3, el 39.2 o el 105 TRLGSS, como ya se ha indicado –, lo que configura una suerte de derecho necesario absoluto, y por otro con una legislación promotora, por lo que aquí interesa, de fondos y planes de pensiones, así como de contratos seguro, que sin duda condicionan la acción colectiva, como es el caso, en materia de jubilación.

En el caso español, el art. 39.2 TRLGSS, como se ha señalado, configura el establecimiento de “mejoras voluntarias”, como una excepción al régimen de Seguridad Social, respecto de la que se establece que “no podrá ser objeto de contratación colectiva”. Dichas mejoras se circunscriben a la modalidad contributiva de la acción protectora del

²¹⁸ STC 206/1997, de 27 de noviembre y 208/1988, de 10 de noviembre.

²¹⁹ Empleando los términos usados por Casas Baamonde, M.E., *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda), Madrid, 1977, p. 158.

sistema de Seguridad Social, disponiéndose expresamente que “podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales” (art. 39.1 TRLGSS). De todas formas, sí parece claro que, a día de hoy, la asistencia y prestaciones complementarias que la ley ampara tienen la condición de mejoras directas, aquellas que la doctrina española situaba, tiempo atrás, en la categoría de los “regímenes complementarios de la Seguridad Social”²²⁰. Se trata de contribuciones en las que la lógica que impera, como señaló en su momento la STC 134/1987, es la contractual, propia del seguro privado, y no la estrictamente matemática que identifica a las prestaciones públicas de Seguridad Social – al menos las contributivas – en virtud del principio de contributividad.

Por otra parte, lo que tampoco parece discutible es que las mejoras voluntarias, actualmente, forman parte del contenido típico del convenio colectivo. En efecto, con independencia de que a lo largo de estos años las referencias a la protección social complementaria, sobre todo en el ET, hayan tenido un carácter intermitente, lo cierto es que no sólo la práctica negociada, sino también nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente el TRLGSS – recordemos el tenor de su art. 39.2 –, han venido a normalizar jurídicamente la negociación paccionada de mejoras voluntarias. Podría plantearse, sin embargo, hasta qué punto más allá de considerarse a los regímenes complementarios de la Seguridad Social como contenido constitucionalmente posible de un convenio colectivo, el mismo forma parte o no del núcleo irreductible de materias, cuya afectación o restricción podría incidir negativamente sobre la configuración legal, y en definitiva el disfrute, del derecho de negociación colectiva – ¿cabría por tanto negar legalmente el establecimiento en sede de la autonomía colectiva de mejoras de la protección social?; recordemos que hoy día nuestra legislación ha declarado nulo, por ejemplo, todo pacto colectivo en materia de jubilación forzosa –. Lógicamente, en este caso me estoy refiriendo a una intervención más incisiva que la que puede suponer la actuación legislativa, indicada antes, para perfilar un modelo institucional de mejoras voluntarias.

Por principio no termino de encontrar qué otros preceptos constitucionales podrían justificar una limitación de la autonomía colectiva en relación con la materia que nos ocupa. No sólo es que el art. 37.1 CE se exprese en unos términos amplios como los que conocemos. Es que el art. 41 CE, cuando se refiere a la asistencia y prestaciones

²²⁰ Martín Valverde, A., *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1970, p. 43.

complementarias, se expresa de forma más genérica si cabe sobre la misma y su función: se dice simplemente que “serán libres”. Uno y otro precepto, el art. 37.1 CE y el art. 41 CE, me llevan a concluir que un modelo institucional de mejoras voluntarias que, por ejemplo, recondujera las mismas al ámbito del contrato de trabajo, en detrimento del convenio colectivo, sería un modelo vulnerador del art. 37.1 CE; también del art. 41CE, pues se estaría vulnerando en este último caso la voluntariedad de la protección social complementaria en su dimensión colectiva.

De todas formas no se ha de perder de vista que, como en algún caso ya se ha señalado²²¹, con carácter general la protección social complementaria no es un terreno favorable a la intervención de la autonomía colectiva, lo que no quita para que constituya una materia típica del contenido convencional, objeto de tratamiento por casi todos los convenios colectivos. Recuérdese que, por un lado, el convenio colectivo es una norma temporal, con una duración media de dos o tres años, en tanto la Seguridad Social proporciona prestaciones a largo plazo y de duración prolongada, y, por otro, que la autonomía colectiva a lo que puede aspirar es a cubrir espacios no asumidos por la protección social pública, cuando no a mejorar ésta.

Precisamente, no podemos pasar por alto el desenfoque existente entre la aspiración intrínseca de muchas de las medidas prestacionales y asistenciales de pervivir a lo largo del tiempo, y la temporalidad que identifica a las manifestaciones de la autonomía colectiva. De tal manera que mientras las indicadas medidas en muchos casos se plantean para que surtan efectos una vez la relación laboral se ha extinguido, el convenio colectivo se caracteriza por ser un instrumento regulador de carácter temporal cuya efectividad se vincula a la vigencia del contrato de trabajo, de ahí, por ejemplo, los problemas que tradicionalmente los trabajadores jubilados para impugnar lo dispuesto en los convenios colectivos cuando aquellos han considerado que se afectaban sus intereses.

En este sentido, la externalización de los compromisos por pensiones²²², obligada por el legislador español a partir de 2002, mediante la

²²¹ Martín Valverde, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, en AA.VV., *Límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 43.

²²² Regulada originariamente por la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y que se dictó ante la necesidad de trasponer al derecho nacional la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

constitución de planes y fondos de pensiones²²³, en un casos, la suscripción de contratos de seguro colectivo²²⁴, en otros, intenta salvar en gran medida la situación antes descrita, preservando los intereses de los trabajadores tanto activos como jubilados, ante situaciones de insolvencia empresarial o decisiones empresariales que puedan afectar negativamente al patrimonio del fondo interno de pensiones. Esta técnica, asimismo, ha supuesto un replanteamiento de este tipo de protección social privada, desde el momento en que se promueve el ahorro a largo plazo, al obligar a la capitalización de las aportaciones, en detrimento del modelo anterior, el fondo interno, donde las empresas frecuentemente sólo atendían a realizar dotaciones presupuestarias que aspiraban a cubrir las prestaciones devengadas en cada anualidad, no existiendo por tanto una planificación no sólo a largo plazo, sino tampoco en muchos casos a medio plazo.

Pues bien, pese a que la externalización puede considerarse un avance en la protección de los intereses de trabajadores y ex trabajadores, y en definitiva de sus derechos en unos casos, expectativas de derecho, en otros, lo cierto es que esta técnica jurídica sólo resuelve en parte la problemática antes señalada. Y ello sobre todo porque ha de tenerse en cuenta que no toda mejora en materia de jubilación, considerada la misma en un sentido amplio, es susceptible de ser externalizada.

En relación con este último aspecto, bueno será recordar que cuando el legislador consagra la obligación legal de externalizar lo que denomina como “compromisos por pensiones”, los mismos se definen como aquellos “derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el apartado 6 del artículo 8” de la TRLPFP (D.A. 1ª párrafo 2º TRLPFP). Entre las contingencias señaladas por aquél se encuentra la de jubilación, en el sentido descrito por nuestro art. 160 y ss. TRLGSS, por lo que a los trabajadores por cuenta ajena respecta. Sin embargo, existe una coincidencia bastante generalizada en considerar que compromisos como los denominados “complementos por prejubilación”²²⁵, las ayudas

²²³ Regulados por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, de Regulación de los Fondos y Planes de Pensiones (TRLPFP) (BOE n. 298, de 13 de diciembre de 2002), y su reglamento de desarrollo.

²²⁴ Cuyo régimen legal lo integran, básicamente, la D.A. 1ª del TRLPFP, los arts. 26 y ss. del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores (BOE n. 257, de 27 de octubre de 1999), y, en su defecto, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE n. 313, de 31 de diciembre de 1998).

²²⁵ A favor de su consideración, sin embargo, se han manifestado, entre otros, López Cumbre, L., “Concentración empresarial y compromisos por pensiones: una regulación indirecta del grupo de empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios*

que se decidan otorgar con la idea de facilitar la jubilación anticipada o los programas voluntarios de prejubilación ofrecidos por las empresas a su personal, en la medida en que respalden situaciones que no posibilitan el acceso a la jubilación anticipada, en los términos establecidos por la legislación vigente en materia de Seguridad Social, no pueden considerarse susceptibles de externalización, o al menos no se encontrarían afectados por la mencionada obligación legal²²⁶. Más discutido ha sido, sin embargo, el supuesto de los denominados “premios de jubilación” – en cuanto cantidad económica – normalmente –, que se entrega al acceder a la jubilación al trabajador por cumplir la edad ordinaria de jubilación, tras ciertos años de permanencia en la empresa y jubilarse efectivamente –, o el de los complementos por “jubilaciones anticipadas voluntarias” – y que intenta con ello animar a que el trabajador anticipe voluntariamente su jubilación –, si bien, en este caso, la Administración española ya se manifestó en su momento en favor de su consideración como compromisos por pensiones²²⁷.

Ahora bien, si se observa la reflexión realizada hasta el momento el fenómeno de la protección social complementaria por los convenios colectivos se ha analizado en clave de acceso del trabajador a la edad ordinaria de jubilación, sin mencionar para nada la posible participación de dichos convenios colectivos en la construcción de modelos negociales que apoyen la prolongación de la vida activa de los trabajadores más allá de la mencionada edad. La realidad es que si bien, sobre todo a partir de 2011, el legislador se ha implicado más activamente en implementar las

Financieros, n. 37, 2000, pp. 35-36, quien considera que en este caso se estaría ante una prestación equivalente a la jubilación.

²²⁶ En este sentido, vid. De Val Tena, A.L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva*, Instituto de Ciencias del Seguro (Fundación Mapfre), Madrid, 2006, p. 22.

²²⁷ Conocida es la Resolución de la Dirección General de Seguros, de 18 de octubre de 2000, que en relación con ciertos conceptos contemplados en los convenios colectivos “que contemplan la obligación de la empresa de abonar determinadas prestaciones vinculadas al cese o extinción de la relación laboral que suponga o pueda suponer el acceso efectivo a la jubilación, ya sea anticipada u ordinaria, por el correspondiente régimen de la Seguridad Social debe considerarse compromiso por pensiones a los efectos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 8/1987”. Precisamente, esta Resolución se dictó en respuesta a una consulta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 28 de agosto de 2000, en la que se cuestionaba la consideración de los “premios de jubilación” como compromisos por pensiones, pues ni “por su cuantía de unos pocos meses de sueldo difícilmente puede considerarse a estas primas empresariales un capital generador de un medio de vida (como una pensión) sino simplemente una pequeña ayuda transitoria”, estimándose que deberían tener, si acaso, la consideración de premios.

políticas comunitarias sobre prolongación de la vida activa en España, las sucesivas reformas legislativas, así como planes gubernativos al respecto, evidencian una ausencia práctica de referencias al papel a desempeñar por la negociación colectiva en la promoción de la mencionada prolongación, y a los efectos que aquí interesan, en las aportaciones que la autonomía colectiva puede realizar a la construcción de un nuevo modelo de protección social complementaria que tenga como referente el trabajador de edad avanzada que decide prolongar su vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación. No se olvide, en este sentido que, al menos en España, el modelo de protección social complementaria es un modelo diseñado y pensado para afrontar las necesidades del trabajador que, o se jubila anticipadamente a la edad ordinaria de jubilación, o con ocasión de ésta, obviándose con ello la nueva realidad que suscita la puesta en marcha de políticas de prolongación de la vida activa más allá de la mencionada edad.

3. La incidencia sobre la protección social complementaria de la jubilación de la prioridad aplicativa de la negociación colectiva de empresa y otras reformas (y silencios) legales

El proceso de reformas a que se ha visto sometida España en estos últimos años nos ha dejado, entre otros aspectos novedosos, un renovado régimen jurídico de la negociación colectiva, construido sobre la base de sucesivas reformas, realizadas, básicamente en 2011, y 2012²²⁸. Sin embargo, este novedoso panorama normativo en unos casos se ha visto acompañado de reformas que entiendo pueden tener un efecto más que discutible sobre protección social complementaria, al mismo tiempo que se detectan ciertos silencios legales, que nos hablan, en definitiva, de la inexistencia de un planteamiento totalmente madurado del papel que, en el futuro, ha de desempeñar la referida protección social complementaria,

²²⁸ Recuérdese, a efectos explicativos, que el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n. 147, de 17 de junio de 2010), y la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE n. 227, de 18 de septiembre de 2010), introdujeron igualmente algunas reformas en el régimen de la negociación colectiva, fundamentalmente por lo que respecta a la inaplicación (descuelgue) de los convenios colectivos en materia de salarios y la promoción, en definitiva, de la negociación colectiva de empresa. Sobre esta cuestión remito a Mercader Uguina, J.R., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010”, en García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 187 y ss.

sobre todo desde la perspectiva de las políticas comunitarias de prolongación de la vida activa de los trabajadores. Cuatro son, este sentido, los aspectos que abordaré en estos momentos al hilo de la presente consideración.

Por un lado, y en primer lugar, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva²²⁹, dispuso la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto al convenio colectivo sectorial – nacional, autonómico o de ámbito inferior –, en relación con un conjunto de materias. Dicha prioridad fue reforzada en 2012 cuando la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²³⁰, eliminó la posibilidad prevista por la reforma laboral anterior de que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa pudieran disponer una solución distinta a la mencionada prioridad del convenio colectivo empresarial, convirtiéndola por tanto, y en adelante, en la nueva regla de oro del sistema negocial español. Además, esta prioridad aplicativa se establece, igualmente, tanto por lo que hace a los convenios colectivos para un grupo de empresas, como por lo que respecta a los convenios colectivos que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art. 84.2 párrafo 2º ET). Adicionalmente, la propia norma estatutaria contempla la posibilidad de que los acuerdos y convenios colectivos del art. 83.2 ET puedan ampliar la relación de condiciones de trabajo respecto de las que la ley decreta la mencionada prioridad aplicativa – art. 84.2 g) ET –.

Qué duda cabe que el cambio de escenario de unos años a esta parte es muy notable aunque sólo sea porque, sobre el papel – otra cosa es lo que pueda pasar en la práctica –, existe una clara intención legislativa de acabar con el protagonismo, sobre todo, de los convenios colectivos de sector provinciales²³¹, que son finalmente los grandes damnificados en esta operación legislativa desarrollada escalonadamente²³² – recuérdese,

²²⁹ BOE n. 139, de 11 de junio de 2011.

²³⁰ BOE n. 162, de 7 de julio de 2012.

²³¹ Ya en 2006 algunos especialistas, como García-Perrote Escartín, I., “La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 36 (extraordinario en homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), 2006, p. 140, subrayaban cómo parecía “unánime la opinión de su deseable desaparición”, aunque “sorprendentemente, no parece que haya visos de que vayan a ir desapareciendo”, y cómo posiblemente esta paradójica situación se había de vincular a la pérdida de poder que ello podía suponer para las organizaciones sindicales y empresariales en el ámbito provincial.

²³² Como se ha señalado, entre otros por Mercader Uguina, J.R., “La estructura y articulación de la negociación colectiva”, en Ramos Quintana, M. (Dir.), *Las reformas sobre*

reformas laborales de 2010, 2011 y 2012 – en favor de la pactación colectiva en el ámbito empresarial²³³. Téngase en cuenta que, como se ha señalado en más de un caso, nuestro modelo negocial en la práctica se definía por su carácter mixto, pues junto a un alto número de convenios colectivos provinciales de sector, convivían una significativa cantidad de convenios de sector de carácter nacional, como fórmula de superación de la desconfianza que la negociación colectiva provincial suscitaba en ciertos ámbitos, y de convenios de empresa, éstos últimos situados fundamentalmente en el ámbito de la mediana y gran empresa.

Se ha hablado en este sentido de que las reformas laborales señaladas han inducido una suerte de proceso de transición “de la centralización desarticulada a la descentralización articulada”²³⁴, un cambio en el modelo negocial español que tendría por epicentro la modificación de los arts. 83 y 84 ET, principalmente en 2011 y 2012. En el origen de este proceso estaría la desconfianza que desde tiempo atrás venían generando los convenios colectivos provinciales de sector²³⁵, a los que con frecuencia se acusaba de ser el gran obstáculo para la competitividad de las empresas, sobre todo en los años en que la inaplicación salarial de los convenios colectivos supraempresariales, el conocido en España como descuelgue salarial, no funcionaba. Añádase a ello, en que en determinados casos ciertos convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional pretendieron blindar la unidad de negociación impidiendo desarrollos en ámbitos

el sistema de negociación colectiva en España, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 54, los datos estadísticos en 2011 y 2012 indican una apreciable incidencia de las reformas legales sobre lo convenios colectivos de ámbito provincial, con un descenso en dos puntos porcentuales, por lo que respecta al número de convenios colectivos vigentes, y de nueve puntos en cuanto al número de trabajadores que se sitúan en su ámbito de aplicación en un solo año, pasando del 58,1% al 49,1%.

²³³ Sobre esta cuestión remito al análisis de Gorelli Hernández, J., “El proceso de reformas de la negociación colectiva en España”, *Revista Derecho PUCP*, n. 68, 2012, pp. 193 y ss.

²³⁴ Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015, p. 252.

²³⁵ Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia...”, *óp. cit.*, p. 252. Incluso, los propios sindicatos más representativos, UGT y CC.OO. consideraron como una patología el “protagonismo excesivo de los convenios provinciales sectoriales, que se caracterizan por sus ámbitos funcionales muy fragmentados, su desarticulación y disparidad y por la reiteración de ciertos contenidos, pero con diferencias sustanciales en las tablas salariales y en las jornadas pactadas” (*Líneas básicas de UGT y CC.OO. para un Acuerdo sobre reforma de la negociación colectiva en desarrollo de la disposición adicional única del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), 2010 – 2012, de 19 de enero de 2011*).

inferiores, particularmente en el de la empresa²³⁶.

Y sin embargo, lo cierto es que, como en más de un caso se ha señalado, “de entre todos los elementos que conforman un sistema de negociación colectiva, la estructura es el más refractario a experimentar alteraciones bruscas o de ritmo acelerado: una vez constituidas, las unidades de negociación tienden a perpetuar en el tiempo mostrando una notable resistencia al cambio, sea cual fuere su signo”²³⁷. A esta situación no es ajena la protección social complementaria, de tal manera que la práctica negociadora evidencia que “los convenios colectivos son bastante indiferentes a los cambios normativos a la hora de establecer mejoras voluntarias, y así siguen utilizando términos que están derogados por la nueva normativa, se reconocen las mejoras a todos los trabajadores e incluyen tanto mejoras complementarias como mejoras de tipo autónomo”²³⁸. De repente, por tanto, podría pensarse que poco es esperable que cambie en materia de jubilación, así como por lo que respecta a la protección social complementaria, desde la perspectiva de la autonomía colectiva, pese al interés legislativo por promover la negociación colectiva de empresa, declarando su prioridad en relación a un número significativo de materias. No en vano, si nos atenemos al tenor legal del art. 84.2 ET, ninguna de las materias sobre las que se declara *ex lege* la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa tienen una vinculación directa con la institución de la jubilación o con las mejoras voluntarias que se puedan pactar en torno a la misma. Por tanto, y en principio, la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa no parece que haya de afectar la práctica convencional en materia de protección social complementaria de la jubilación.

De todas formas, toda esta cuestión debe, a su vez, ser puesta en conexión con la modificación del art. 82.3 ET, practicada en su momento por la Ley 3/2012. En virtud de dicha norma, por acuerdo colectivo de empresa será posible la inaplicación de “las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social” pactadas en convenio colectivo de sector o de empresa. Esta modificación legislativa constituye sin duda una novedad

²³⁶ De nuevo Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia...”, *óp. cit.*, p. 252.

²³⁷ Valdés Dal-Ré, F., “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, CARL, Sevilla, 2013, p. 522.

²³⁸ Romero Burillo, A.M., “La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 287. Sobre esta cuestión véase Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., “Protección social y negociación colectiva”, en López López, J. (Coord.), *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.

muy apreciable, y negativa, en relación con el régimen que, hasta la fecha, ha regido las mencionadas mejoras voluntarias. En efecto, teniendo en cuenta el tenor de la norma, en adelante toda mejora pacta en convenio colectivo estatutario, ya se trate de una mejora directa o de un compromiso por pensiones, podrá ser objeto de inaplicación a los trabajadores afectados por el acuerdo colectivo que se suscriba al efecto.

Curiosamente, el origen de esta novedad legislativa hay que situarla en la voluntad del legislador de promover la desincentivación del absentismo laboral, dotando a las empresas de un mecanismo legal que les permita acabar, en la práctica, con las mejoras voluntarias vinculadas a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, y todo ello en el marco de la lucha contra el absentismo laboral – con una incidencia significativa en nuestro país – establecida en España en los últimos tiempos, y que busca mejorar la productividad de las empresas. La cuestión es que, sin embargo, finalmente se optó por esta fórmula legal extensiva, que si algo garantiza, en relación con la cuestión que nos ocupa, es la inestabilidad a lo largo del tiempo de las mejoras voluntarias en materia de jubilación.

En segundo lugar, desde 2014, y tras la entrada en vigor del Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modificaba el art. 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre)²³⁹, la base de cotización – concepto que como sabemos constituye el punto de partida para calcular la aportación que mensualmente han de realizar las empresas a la Seguridad Social en concepto de contribución económica a dicho sistema por todos y cada uno de sus trabajadores –, se encuentra integrada, entre otros conceptos, tanto por “las contribuciones satisfechas a planes de pensiones en el marco del texto refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones”, como por “las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social concedidas por las empresas”²⁴⁰. Lógicamente, una regulación de este tenor implica un elemento que juega claramente en contra de la negociación colectiva de prestaciones

²³⁹ BOE n. 181, de 26 de julio de 2014. Norma reglamentaria que, por otra parte, armoniza y adapta el desarrollo reglamentario en materia de cotización a las sucesivas reformas del art. 109 LGSS por los Reales Decretos-leyes 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE n. 168, de 14 de julio de 2012), y 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejora la empleabilidad de los trabajadores (BOE n. 305, de 21 de diciembre de 2013).

²⁴⁰ En este último caso se exceptúan “las prestaciones de la Seguridad Social y las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas”, que de esta forma quedan exentas de integrar la indicada base de cotización.

complementarias, ya sea en su modalidad de mejoras directas, como cuando de la contribución a fondos de pensiones o seguros colectivos se trate, pues en definitiva se viene con ello a incrementar los costes sociales que han de soportar principalmente las empresas. Y ello porque a la hora de realizar estas mejoras de la cobertura social de los trabajadores dichas empresas deberán tener en cuenta que las mismas se contabilizarán doblemente, pues se trata de aportaciones que se hacen, pero que, además, incrementarán la base de cotización, que es el factor que determina en gran medida la contribución que se ha de hacer mensualmente por cuenta de los trabajadores a la Seguridad Social.

En tercer lugar, en materia de planes y fondos de pensiones, y por lo que respecta al aseguramiento que pueda hacerse vía contrato de seguro colectivo, hay que recordar igualmente que el papel reservado por la ley a la negociación colectiva tradicionalmente ha sido bastante asistemático, con los problemas jurídicos que ello puede generar. A modo de ejemplo: el art. 7.1 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios²⁴¹, establece que tendrán la consideración de “compromisos por pensiones” – un concepto al que por cierto me he referido antes, bien es verdad que desde otra perspectiva – los compromisos derivados de las obligaciones legales o contractuales de la empresa con su personal “recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente”, al tiempo que la propia norma establece que se considerarán “disposiciones equivalentes al convenio colectivo los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones”. Por tanto, no sólo es que en el ámbito de la negociación colectiva el legislador contemple la idoneidad de múltiples manifestaciones de la autonomía colectiva – desde convenios colectivos de sector o de empresa, a las distintas modalidades de acuerdos y pactos colectivos – para establecer los mencionados compromisos por pensiones, sino que también se avala la idoneidad de acuerdos y decisiones admitidos en derecho y que se sitúan extramuros del campo de la negociación colectiva²⁴².

²⁴¹ BOE n.257, de 27 de octubre de 1999.

²⁴² En este sentido, el párrafo 3º del art. 7.1 del mencionado Real Decreto 1588/1999 establece que se considerarán también “disposiciones equivalentes” las “actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones”. Sobre

A más, en el ámbito, no de la reforma legal, sino más bien de la inactividad legislativa – donde también hemos de ubicar el problema que genera la definición legal de “compromisos por pensiones” mencionado – se ha de situar el problema crónico que para el desarrollo de la autonomía colectiva en la materia que nos ocupa supone el que los indicados compromisos puedan establecerse por cualquier “disposición equivalente” al convenio colectivo, término que ha de considerarse comprensivo de cualesquiera otras manifestaciones de la autonomía colectiva, caso de los acuerdos y pactos colectivos de empresa o los convenios colectivos extraestatutarios. En relación con esta cuestión, y pese a que por lo que hace al régimen jurídico de la negociación colectiva, la reforma laboral de 2012 puede ser calificada como “la más importante por su contenido desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores”²⁴³, superando incluso el alcance que tuvo la de 1994, lo cierto es que, como ya se ha señalado en algún caso, finalmente continúa sin ser abordado, ni resolverse, “la importante cuestión de la posición del pacto colectivo en el plano de las fuentes del Derecho del Trabajo, es decir, las relaciones entre la norma estatal (ley y reglamento laborales), y el pacto colectivo, las relaciones entre los distintos pactos colectivos entre sí y las relaciones entre los pactos colectivos y la autonomía individual”²⁴⁴.

La cuestión, ciertamente no es baladí, y entiendo que constituye uno de los aspectos cuya resolución continúa siendo una asignatura pendiente, de capital importancia para ordenar de una forma coherente la negociación colectiva en materia de protección social complementaria. A tales efectos, considero que el galimatías configurado en estos años entorno a la naturaleza jurídica y eficacia de los convenios y acuerdos colectivos, estatutarios y extraestatutarios, a lo que sin duda ha contribuido una jurisprudencia vacilante, y en ocasiones contradictoria, cuando no incoherente, sólo obstaculiza y dificulta un ejercicio razonable, desde un punto de vista jurídico, del derecho a la negociación colectiva²⁴⁵. No

esta cuestión véase De Val Tena, Á.L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva*, Fundación Mapfre, Madrid, 2006, pp. 15-16.

²⁴³ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 100, 2012, p. 165.

²⁴⁴ Sala Franco, T., “La revisión del modelo legal de negociación colectiva”, en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 136, quien indica, no sin razón, que con ello se “deja sin resolver un grave problema de inseguridad jurídica que, desgraciadamente, va acompañado de una jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia no excesivamente acertada, con múltiples contradicciones y lagunas”.

²⁴⁵ Sobre esta cuestión remito a mi análisis Elorza Guerrero, F., “Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales”, en Valdés Dal-

pretendo en estos momentos resolver esta cuestión, pues excedería desde luego de los propósitos de este trabajo, aunque me permito esbozar una posible solución: la fijación por ley del acuerdo colectivo sobre materia concreta como la fuente llamada a regular todo aspecto relacionado con la jubilación del trabajador. Solución ésta que, en última instancia, se inspira en la figura de los *accords de prévoyance* franceses²⁴⁶, en cuanto acuerdos colectivos de eficacia general suscritos por las organizaciones sindicales más representativas, si bien, a diferencia del caso francés, el régimen de estos acuerdos entiendo que debería de diferenciarse del previsto para los convenios colectivos en el ET, sobre todo a efectos de garantizar su vinculabilidad en el tiempo, y dificultar su inaplicación o desconocimiento por empresas y trabajadores.

En cuarto lugar, y último, las reformas laborales mencionadas han puesto el foco sobre los procesos de negociación colectiva que puedan desarrollarse en el seno de los grupos de empresas o respecto de una pluralidad de empresas, al tiempo que han planteado una nueva solución para facilitar la negociación en empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores, fundamentalmente por su pequeña dimensión. Con respecto a la primera cuestión, la negociación colectiva en el seno de un grupo de empresas o respecto de empresas en red – término éste que en España hace referencia al mencionado fenómeno de la pluralidad de empresas, y que en definitiva remite un conjunto de empresas vinculadas por razones productivas u organizativas –, la novedad legislativa, que tuvo su origen en el mencionado Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, supone fundamentalmente el reconocimiento de la jurisprudencia española en la materia, al tiempo que se atendían determinadas demandas de las organizaciones sindicales y empresariales, pese a no poder considerarse una reforma consensuada²⁴⁷.

Ré, F. (Dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 654 y ss. Más recientemente, Valdés Dal-Ré, F., “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, n. 7-8, 2014, pp. 14 y ss.

²⁴⁶ A esta solución es favorable un sector de la doctrina española. Véase, entre otros, Gala Durán, C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 228; Escribano Gutiérrez, J., *Flexibilidad y compromisos por pensiones. El contrato de seguro como instrumento de exteriorización*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002, p. 59.

²⁴⁷ Sobre la situación de estas unidades negociales no reconocidas jurídicamente con anterioridad a la Ley 3/2012, puede ser útil la consulta de Nogueira Guastavino, M., “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”,

La mayor seguridad jurídica que el nuevo régimen legal otorga a estas nuevas unidades negociales es esperable que, a partir de ahora, redunde en favor del incremento de convenios y pactos colectivos en dichos ámbitos, de tal forma que uno de los contenidos posibles sin duda serán las cuestiones relacionadas con la jubilación y la protección social complementaria en la materia, aunque eso sí, no debemos olvidar, que como se ha señalado anteriormente, se tratará de cuestiones condicionadas por la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, y, en su caso, por los posibles acuerdos colectivos de inaplicación de lo pactado en los correspondientes convenios colectivos. Ha de recordarse en estos momentos, no obstante, que con anterioridad al reconocimiento de los grupos de empresas y empresas en red como realidades jurídicas por parte del ET, el TRLPFP ya contempla desde hace años la posibilidad de que los grupos de empresas, así como agrupaciones de empresas, puedan constituirse en promotores de planes de pensiones²⁴⁸. Por tanto, en esta ocasión, el TRLPFP se ha anticipado al reconocimiento de jurídico de unas realidades empresariales que llevan años operando en el mercado.

De todas formas, no debe olvidarse que, paralelo a todo este proceso de reconocimiento jurídico por parte del ET, se ha procedido a sindicalizar las representaciones de los trabajadores en los procesos de negociación colectiva en la empresa o ámbito inferior, mediante el establecimiento de una preferencia de las secciones sindicales, en detrimento de las representaciones unitarias de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal), a la hora de afrontar dichos procesos (art. 87.1 párrafo 2º ET)²⁴⁹. Esta sindicalización, en cierta medida, pretende operar

en Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 291 y ss.

²⁴⁸ Concretamente, el TRLPFP a partir de 1995, tras la modificación de su art. 4.1 a) por la D.A. 11ª de la Ley 30/1995, albergó jurídicamente la posibilidad de que los grupos de empresas, así como la empresas de menos de 250 trabajadores, de forma conjunta, pudieran constituirse en promotores de planes de pensiones. Asimismo, ya desde 2001, y tras la modificación de nuevo del art. 4 TRLPFP por el art. 32.2. de la Ley 24/2001, resultó posible igualmente la promoción de planes de pensiones para empresas situadas en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo supraempresarial. En definitiva, la normativa de planes y fondos de pensiones ha integrado con antelación al propio ET la figura jurídica de los grupos de empresas, así como de las empresas en red, al reconocerles su condición jurídica de promotores de los mencionados planes de pensiones. Sobre esta cuestión, véase, López Cumbre, L., “Concentración empresarial y compromisos...”, *óp. cit.*, pp. 3 y ss.

²⁴⁹ Textualmente, dicho precepto establece que “la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”.

como un cierto contrapeso a la promoción de la negociación colectiva en la empresa, y a los riesgos de que la negociación en este ámbito se transforme en un proceso de contratación unilateral, donde las condiciones se establezcan por la empresa.

En contraposición a este fenómeno, debe tenerse igualmente en cuenta, como he señalado antes que desde 2010 el ET – hoy día en su art. 41.4 párrafo 3º apartados a) y b), también en el art. 82.3 párrafo 5º ET, que remite a aquél –, permite en las empresas o centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, normalmente por razón de su dimensión – conforme a la legislación española no existe la posibilidad de elegir representantes de los trabajadores en empresas o centros de trabajo que cuenten entre uno y cinco trabajadores, siendo opcional en el caso de que la plantilla oscile entre 6 y 10 trabajadores –, el que sus trabajadores designen, bien una representación entre los propios trabajadores, bien una comisión integrada por miembros designados, a su vez, por sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa, en función de la representatividad de estos últimos. Esta posibilidad, no por casualidad, se contempla en dos supuestos concretos: la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), y la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (art. 82 ET).

Como en algún caso se ha comentado, la reforma legislativa señalada en esta ocasión supone la incorporación de los sindicatos más representativos a un ámbito en el que tradicionalmente tuvieron escasas posibilidades de actuación, como es el de las empresas sin representación legal de los trabajadores²⁵⁰. Ahora bien, hay que señalar también que ésta es una posibilidad que depende de la decisión de los propios trabajadores que, en ámbitos empresariales tan reducidos como los señalados, en ocasiones tendrán difícil sustraerse a la voluntad empresarial en relación con este asunto. La habilitación de este doble mecanismo manifiesta a las claras que el legislador es consciente de que la negociación directa por los propios trabajadores puede, en ciertos casos, incurrir en los riesgos de una negociación altamente condicionada por la voluntad de la empresa. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que, en última instancia, la

Igualmente, y por lo que respecta a los convenios dirigidos a “un grupo de trabajadores con perfil profesional específico”, lo que se conoce como convenio franja – y que acostumbran a pactarse en ámbitos de empresa –, el art. 87.1 párrafo 4º ET establece que “estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre directa y secreta”.

²⁵⁰ Mercader Uguina, J. R., “Los acuerdos de descuelgue...”, *óp. cit.*, p. 199.

institucionalización de la negociación colectiva en empresas sin representación legal de los trabajadores abre la puerta a posibles procesos negociadores destinados, por ejemplo, a conseguir la inaplicación de lo pactado en los convenios colectivos en materia de protección social complementaria de la jubilación, con las consecuencias prácticas que ello conlleva: desaparición del disfrute de las mejoras directas; otra cosa es lo que ocurra con los fondos de pensiones, como se verá a continuación al hilo de la reflexión final.

4. Reflexión final

Hemos podido constatar hasta el momento cómo la puesta en marcha de medidas legislativas que buscan promover la prolongación de la vida activa de los trabajadores ha coincidido en el tiempo con la reforma del régimen de la negociación colectiva, pretendiéndose en este último caso establecer la preferencia de la negociación colectiva de empresa como regla clave en la negociación colectiva futura en España. Al mismo tiempo, se ha evidenciado cómo las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social devienen, por mandato legal, en una de las materias susceptibles de inaplicación, y por tanto de afectación, por acuerdo colectivo de empresa, por lo que las empresas, cuando lo consideren oportuno, concurriendo causas económicas, organizativas, técnicas o de producción (art. 82.3 ET), podrán plantear la desvinculación del régimen convencional vigente en la materia hasta ese momento. Sin embargo, como he señalado, en el origen de esta última medida legislativa no se encuentra la protección social complementaria de la jubilación sino la resolución de una cuestión concreta que tiene que ver con la incapacidad temporal.

Lo cierto es que a estas alturas lo que se evidencia es una clara desconexión entre las políticas de prolongación de la vida activa impulsadas por el legislador en estos años, y de la que la protección social complementaria constituye un factor importante como garantía de una jubilación con bienestar, y la reforma de la negociación colectiva. Es más, se puede afirmar, sin miedo a equivocarnos, que la reforma del régimen jurídico de la negociación colectiva, y la apuesta por la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se produce con la intención de atender las necesidades de adaptación de las empresas, de forma que la consideración de las mencionadas mejoras voluntarias como materia susceptible de ser inaplicada, o ver modificada su régimen vigente, por acuerdo colectivo, se plantea en clave exclusivamente de costes laborales, y de la necesidad

puntual que las empresas puedan tener de aliviar ciertas cargas económicas, como las que pueden generar los compromisos en relación con dicha materia.

Lógicamente, las mejoras directas de la protección social complementaria serán las más expuestas a estos procesos adaptativos de negociación colectiva empresarial. La cuestión es, sin embargo, hasta qué punto un posible acuerdo colectivo de inaplicación puede afectar el compromiso por pensiones externalizado por una empresa, vía fondo de pensiones, en aplicación de la obligación legal dispuesta por el TRLPFP. Como en algún caso se ha señalado, “el sistema normativo de ordenación de los planes insiste en otorgar a éstos un marco de autonomía relativo con respecto a la negociación colectiva, sin que ello suponga el que esta última no pueda intervenir modificando o suprimiendo hacia el futuro las obligaciones en curso de cumplimiento pactadas previamente dentro del convenio”²⁵¹. Por tanto, si bien la negociación colectiva no va a poder operar sobre los derechos consolidados de los partícipes del plan, ni sobre los derechos adquiridos por los beneficiarios, sí que va a poder actuar sobre la modificación o supresión del compromiso por pensiones adquirido.

La cuestión es que los especialistas en la materia, al menos en España – en Francia e Italia, por ejemplo, este asunto tampoco es pacífico – se encuentran divididos entre los que consideran que los planes y fondos de pensiones, al alcanzar el mencionado estatus de autonomía con ocasión de su constitución, frente a la negociación colectiva que dio origen a los mismos, impide la modificación o supresión de los compromisos por pensiones, al menos externamente – entiéndase, por la autonomía colectiva a margen de lo dispuesto en el propio plan –²⁵²; y los que consideran que la incidencia de la autonomía colectiva sobre el plan de pensiones formalizado permite disponer de los compromisos alcanzados hacia el futuro²⁵³. En mi caso, entiendo que éste último es el planteamiento correcto. Otra cosa es que la alteración del compromiso por pensiones pactado por acuerdo colectivo exija una actuación concreta de la comisión de control del plan, comisión que considero, conforme a lo dispuesto por el art. 82.3 ET, estaría obligada a atender, siempre que no se altere el equilibrio financiero del fondo, lo acordado en sede de la autonomía colectiva.

Como comprenderá el lector, la problemática expuesta ofrece las

²⁵¹ Fernández Bernat, J.A., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, p. 761.

²⁵² Véase Fernández Bernat, J.A., *Los planes de pensiones...*, *óp. cit.*, p. 770.

²⁵³ Entre otros, Suárez Corujo, B., *Los planes de pensiones del sistema empleo. Principios ordenadores*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 196.

suficientes sombras y dudas como para haber merecido un replanteamiento del TRLPFP al hilo de las sucesivas reformas que, en estos años, ha registrado el régimen jurídico de la negociación colectiva y de la jubilación. Nada de esto, sin embargo, se ha hecho, convirtiendo de paso la medida legislativa del art. 83.2 ET – inaplicación de las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social” –, en una norma en cierta medida desconectada del conjunto del régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones, con los problemas que ello puede acarrear.

En definitiva, pese a los avances reseñados en relación con la puesta en marcha de políticas legislativas de prolongación de la vida activa de los trabajadores, en España continua faltando un tratamiento integral de la cuestión que ponga en conexión éstas con las mejoras voluntarias de la acción protectora, y que al mismo tiempo integre el hecho de la promoción de la negociación colectiva de empresa. Promoción que por cierto, y por lo que respecta al menos a los planes y fondos de pensiones, tampoco es pacífica, pues desde tiempo atrás, por ejemplo, se viene sosteniendo al menos por un sector de la doctrina española, en opinión que comparto, la necesidad de reforzar el protagonismo de la negociación colectiva sectorial en la configuración de los planes de pensiones²⁵⁴. En este sentido, precisamente a día de hoy continúa sin resolverse adecuadamente el modelo relacional que, en materia de mejoras voluntarias, y particularmente por lo que hace a los planes y fondos de pensiones, ha de regir las relaciones entre la negociación colectiva sectorial y la de empresa, a la vista de la reformas del régimen jurídico de la negociación colectiva operadas en España en estos últimos años.

5. Bibliografía

Casas Baamonde, M.E., *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda), Madrid, 1977.

Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., “Protección social y negociación colectiva”, en López López, J. (Coord.), *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

De Val Tena, A. L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva*, Instituto de Ciencias del Seguro (Fundación Mapfre), Madrid, 2006.

²⁵⁴ Véase Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma*, Documento de trabajo 137/2008 (Fundación Alternativas), Madrid, 2008, pp. 49 y ss.

- Elorza Guerrero, F., “La jubilación forzosa del trabajador por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, n. 77, 2004.
- Elorza Guerrero, F., “Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales”, en Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008.
- Escribano Gutiérrez, J., *Flexibilidad y compromisos por pensiones. El contrato de seguro como instrumento de exteriorización*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002.
- Fernández Bernat, J.A., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.
- Gala Durán, C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.
- García-Perrote Escartín, I., “La reforma de la regulación legal de la negociación colectiva: estructura y contenido”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 36 (extraordinario en homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González n el centenario de su nacimiento), 2006.
- Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.
- Gorelli Hernández, J., “El proceso de reformas de la negociación colectiva en España”, *Revista Derecho PUCP*, n. 68, 2012.
- López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.
- López Cumbre, L., “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011”, *Temas Laborales*, n. 112, 2011.
- López Cumbre, L., “Concentración empresarial y compromisos por pensiones: una regulación indirecta del grupo de empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n. 37, 2000.
- López Gandía, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, 2013.
- Martín Valverde, A., *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1970.
- Martín Valverde, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, en AA.VV., *Límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- Mella Méndez, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

- Mercader Uguina, J.R., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010”, en García-Perrote, I. y Mercader Uguina, J.R. (Dirs.), *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- Mercader Uguina, J.R., “La estructura y articulación de la negociación colectiva”, en Ramos Quintana, M. (Dir.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma*, Documento de trabajo 137/2008 (Fundación Alternativas), Madrid, 2008.
- Nogueira Guastavino, M., “Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresa, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores”, en Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008.
- Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 100, 2012.
- Romero Burillo, A.M., “La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre”, en AA.VV., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- Sala Franco, T., “La revisión del modelo legal de negociación colectiva”, en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2012.
- Suárez Corujo, B., *Los planes de pensiones del sistema empleo. Principios ordenadores*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003.
- Tortuero Plaza, J.L., *La reforma de la jubilación*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Madrid, 2011.
- Valdés Dal-Ré, F., “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, CARL, Sevilla, 2013.
- Valdés Dal-Ré, F., “Los equívocos de la jurisprudencia sobre la distinción entre convenios y acuerdos estatutarios y extraestatutarios (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2013)”, *Relaciones Laborales*, n. 7-8, 2014.

La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género

M^a Angustias BENITO BENÍTEZ*

RESUMEN: El presente trabajo constituye un análisis jurídico sobre la repercusión que la igualdad de género genera en la superación de los retos que plantea la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social. Tomando como premisa esencial la ineludible actuación del legislador social como condición imperativa que permitirá avanzar en materia de conciliación y en la superación de la discriminación que sufren *per se* las mujeres, se analizará desde el principio de transversalidad de género las distintas medidas adoptadas para afrontar los retos a los que se enfrenta el sistema, incidiendo igualmente en aquellas otras en las que con mayor o menor intensidad se acoge la igualdad de género para su formulación. El estudio de estas actuaciones nos permitirá posicionarnos sobre la actuación del legislador español a fin de determinar si, en la búsqueda de soluciones que permitan superar los problemas de sostenibilidad, ha seguido una línea en clave de género como exponente de justicia social, o bien ha optado por una senda que aleja a las mujeres del sistema, perpetuando su situación discriminatoria tanto en el presente, como en el futuro.

Palabras clave: Seguridad Social, igualdad, género.

SUMARIO: 1. El impacto de género en el ámbito de la Seguridad Social: el alcance del principio de transversalidad. 2. Consideraciones generales sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. 3. La igualdad de género como “factor” transversal ante el reto de la sostenibilidad. 3.1. La proyección de la igualdad de género en las reformas operadas en Seguridad Social. 3.2. La función compensatoria del sistema ante el impacto de género derivado de la conciliación. 4. Bibliografía.

* Becaria de Investigación (FPU). Universidad de Cádiz. Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

1. El impacto de género en el ámbito de la Seguridad Social: el alcance del principio de transversalidad

Desde que fue enunciado en la Conferencia Nacional de Naciones Unidas sobre las mujeres de Pekín en 1995, el principio de transversalidad de género ha sido una constante en el ámbito de la Unión Europea y en España. En nuestro ordenamiento jurídico resulta indiscutible que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres ha pasado a ser reconocido como un derecho fundamental, y que de la prohibición de discriminación formal por razón de sexo se ha evolucionado a la afirmación del derecho a la igualdad efectiva sin discriminación por razón de género²⁵⁵. El impulso normativo llegaría con la aprobación de la LOIEMH²⁵⁶ que acogería expresamente la dimensión de género en cuanto óptica de análisis que subyace en la incardinación del “género” en la igualdad material impulsada desde el artículo 9.2 CE²⁵⁷.

La transversalidad de género vendría a reconocerse como principio que impone que “toda la ciudadanía participe y esté representada de forma igualitaria en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil”, exigiendo para su materialización, “que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, se tengan en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres”²⁵⁸. A tales efectos, son varios los preceptos que en la citada LOIEMH ampararía el principio de transversalidad; concretamente, el artículo 4 dispone que “*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*” y, el artículo 15 añade que “*el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades*”.

Conceptuado de tal forma el principio de transversalidad de género, no cabe duda que el mismo proyecta su alcance en el sistema de Seguridad Social. Y como ocurre en otros ámbitos, contruidos sobre paradigmas patriarcales basados en la inferioridad femenina, en esa proyección

²⁵⁵ Pérez del Río, T., “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres Aproximación para el debate”, *Revista de Derecho Social*, n. 37, 2007, p. 226.

²⁵⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁵⁷ Lousada Arochena, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 107.

²⁵⁸ Pérez del Río, T., “La Ley Orgánica de Igualdad...”, *óp.cit.*, p. 226.

colisiona con un sistema edificado sobre un modelo masculinizado, esto es, la Seguridad Social se ideó para ser una institución protectora destinada a proteger un modelo de trabajador masculino²⁵⁹, /ajeno a los problemas relacionados con la maternidad y las responsabilidades familiares, al dedicarse con exclusividad al desarrollo de su trabajo²⁶⁰. Su articulación respondía a un modelo productivo en el que la persona asegurada sería primordialmente el hombre, adquiriendo la mujer un papel derivado en el disfrute de los derechos prestacionales. La protección que ofrecería desde entonces el sistema, tomaba como prototipo a un trabajador con un perfil profesional de carácter indefinido y con jornadas a tiempo completo, por ello las condiciones para el reconocimiento de las prestaciones, así como, el cálculo de las mismas, pivotaba sobre aquellas premisas²⁶¹.

Y esta caracterización del sistema, primordial si tenemos en cuenta que los principios en los que se sustentan van a ser modulados para configurar su acción protectora, será puesta en cuestión a medida que el principio de transversalidad de igualdad de género va fortaleciéndose. Esto es, dado que el análisis de la dimensión de género implica que la igualdad efectiva se debe alcanzar no solo en el plano formal sino también en el material (de ahí su enraizamiento con el artículo 9.2 CE), el sistema no respetará íntegramente tal principio constitucional si se posiciona en la alegación de la “neutralidad” que resulta predicable en la configuración de los elementos que la construyen, justificando las diferencias detectadas en el efecto reflejo que en el acceso a la protección social se origina como consecuencia de la diversa situación que aún mantienen mujeres y hombres en el mercado de trabajo. En efecto, pese a que resulta

²⁵⁹ Maldonado Molina afirma que la “Seguridad Social nació por y para la clase trabajadora” en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L., “El derecho a la Seguridad Social de la Mujer”, en Monereo Atienza, C. (Coord.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010, p. 445.

²⁶⁰ Pérez del Río señala que: “el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo extraño para las mujeres y ha conducido a que la elaboración de las normas laborales de todo rango u origen se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares; en otras palabras, dedicado con exclusividad a su trabajo”, en “La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectiva de futuro”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n. 7, 2006, p. 223.

²⁶¹ De ahí las dificultades que ha encontrado tradicionalmente el trabajo a tiempo parcial que, como señalaremos, se encuentra protagonizado por mujeres, y es que como afirma Lousada Arochena, “la Seguridad Social se ha construido sobre el patrón del trabajador industrial masculino, que es un trabajador a tiempo completo”, en “Tiempo parcial y períodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, *Aranzadi Social*, n. 9, 2010.

irreversible la incorporación de la mujer al mercado laboral, tal acceso y mantenimiento en el mismo viene caracterizándose por un perfil determinado, en el que son constantes la segregación ocupacional, la temporalidad y jornadas parciales, que las hace más vulnerables en un posterior acceso a la acción protectora del sistema. A buena lógica, la discriminación sistémica que sufren las mujeres en el ámbito laboral alcanzará el acceso y la intensidad de la protección que reciban de la Seguridad Social. Sin embargo, dado que también al sistema le resulta imperativo la consecución de la igualdad de oportunidades, de forma que ofrezca a las personas mayores posibilidades para decidir libremente sobre su vida, no puede quedar impasible a las diferencias constatadas, sino que le es exigible la adopción de mecanismos que se dirijan a instaurar, restaurar o impulsar su alcance pleno. Solo entonces será predicable tal “neutralidad” en la formulación del sistema.

2. Consideraciones generales sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

El avance que en materia de igualdad de género ha venido experimentando nuestro ordenamiento jurídico, no ha implicado un cambio radical de las fórmulas en las que se asienta el sistema de Seguridad Social. Lo cierto es que la evolución que ha experimentado durante las últimas décadas el principio de igualdad de género, se ha mantenido en constante pugna con la línea de actuación que desde el propio sistema ha venido caracterizando desde los años ochenta su propio desarrollo. Nos referimos con la afirmación anterior, al fortalecimiento de los principios de contributividad y equidad que igualmente informan al ordenamiento de la Seguridad Social. En efecto, los cambios demográficos y laborales han creado desde entonces una profunda preocupación en el legislador por el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema a medio y largo plazo. El incremento de la esperanza de vida, y la disminución de la tasa de natalidad modifican sustancialmente la pirámide de población, lo que incide directamente en un sistema que, como el español, se inspira en criterios de reparto, generando problemas de liquidez. Estos retos que debe afrontar se intensifican a causa de la crisis económica y financiera, la cual ha permitido justificar la adopción de reformas que han avanzado en las tendencias de signo restrictivo, al generar una contracción en la protección dispensada. Se presentan las mismas como la panacea de las posibles soluciones a estos nuevos escenarios, en los cuales, la transformación del papel de la mujer en la sociedad se presenta como un

elemento esencial para entender su surgimiento.

Los desafíos sociales citados – dada la trascendencia que adquieren en la correlación de activos y pasivos dentro del sistema –, tienen en la alteración de la situación socio laboral de las mujeres su más pronta respuesta: su creciente presencia en el ámbito laboral, frente a un sistema social ineficaz, repercute y altera los modelos familiares que hasta ahora han sido considerados “clásicos”. Pese a la indudable óptica de género que debe adoptar cualquier iniciativa que pretenda abordar los problemas de sostenibilidad del sistema, debemos de asumir que se ha abandonado, o nunca ha existido, la voluntad de superar estos retos a través de actuaciones en este sentido. Por el contrario, se ha optado por el fortalecimiento del principio contributivo, en un proceso que a su vez debe inclinarse, por imperativo constitucional, hacia la universalidad de la protección. Ello ha intensificado la duplicidad de niveles sobre el que se construye el sistema desde todas las perspectivas posibles, pero especialmente, desde un punto de vista subjetivo, agravando la expulsión de las mujeres hacia las prestaciones no contributivas, al reducir las posibilidades de acceder a las pertenecientes al brazo contributivo.

Y en la adopción de tales reformas debemos señalar que las mismas han estado amparadas desde el ámbito comunitario. Al respecto, y como sabemos, la Unión Europea carece de competencias para actuar en materias pertenecientes a la Seguridad Social de los Estados Miembros, sin embargo, las posibilidades de ejercer su influencia ha encontrado cauce a través de otros mecanismos²⁶². De forma que por vía de la convergencia de objetivos, guiados por principios comunes, se ha ido marcando una especie de hoja de ruta que señala los contenidos sobre los que deberían versar las reformas en protección social, en especial, en cuanto a los sistemas de pensiones nacionales²⁶³. Pero en tales indicaciones, que finalmente se materializarían en las correspondientes reformas, se manifestaban las disfunciones que derivan de impulsar avances en el sentido señalado, y simultáneamente adoptar una posición comprometida con la igualdad de género. Todo ello nos permite atisbar que el

²⁶² Nos referimos al denominado “Método Abierto de Coordinación”.

²⁶³ Las líneas de actuación recurrentes dirigidas a los Estados miembros consistían en llevar a cabo: la vinculación de la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida; desincentivación del acceso a los planes de jubilación anticipada; prolongación de la vida laboral; acabar con las diferencias entre hombres y mujeres en materia de pensiones; y, fomento de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación. Ver, Libro Verde “en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros”, COM (2010)365 final y, Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, COM (2012) 55 final.

cumplimiento de la aplicación de un cierto filtro de igualdad de género en cuestiones relativas a la Seguridad Social, se ha delegado a la función que pueda cumplir sobre la misma otras instituciones europeas. Así, la más reciente Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2015²⁶⁴, apunta hacia la “*necesidad imperativa de reducir la diferencia entre mujeres y hombres por lo que respecta a los salarios y las pensiones*”, subrayando el aumento de mujeres “*en situación de pobreza y exclusión, particularmente mujeres de edad avanzada (cuya pensión es, de media, un 39% inferior a la de los hombres)*”. De otro lado, desde la labor realizada por el Tribunal de Justicia, en cuanto constituye uno de los instrumentos más importantes en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Aunque debemos advertir su contención precisamente en el objeto que nos preocupa, esto es, la Seguridad Social, en el que la “*enorme cautela ante las posibles consecuencias económicas derivadas de sus decisiones y ante el temor a inmiscuirse en las políticas sociales del legislador nacional*”²⁶⁵, le ha llevado a forjar una línea de defensa ciertamente vacilante cuando incorpora la prohibición de la discriminación de género en cuestiones de protección social.

3. La igualdad de género como “factor” transversal ante el reto de la sostenibilidad

Siendo extensible el principio de transversalidad de género al ámbito de la Seguridad Social, lo cierto es que la doctrina especializada ha achacado desde entonces al legislador social una centralidad en aquellas materias en las que su vinculación con el “género” resultaba manifiesta, pero sin adoptar un mayor compromiso en la identificación y actuación en aquellos espacios en los que igualmente se origina un impacto en tal sentido. Y es que una vez desprovistas de los tratamientos discriminatorios directos, la superación y la atención hacia la discriminación indirecta se presenta más compleja ante una persistente justificación basada en la neutralidad del sistema. E idéntica crítica parece merecer nuestros órganos jurisdiccionales que, pese a la evolución que la cuestión antidiscriminatoria por razón de sexo ha experimentado en sede judicial, lo cierto es que en relación con las normas de Seguridad Social ha mantenido una actitud

²⁶⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2015, sobre los progresos en la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2013 (2014/2217(INI)).

²⁶⁵ Pumar Beltrán, N., *La igualdad ante la Ley en el Ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001, p. 292.

contenida en la identificación de las repercusiones de género²⁶⁶.

Y en este contexto tiene lugar, como hemos anticipado, una crisis económica y financiera que impulsará nuevas reformas en el sistema de Seguridad, alentadas por el fin de garantizar la sostenibilidad financiera que se ve cuestionada por las tendencias de evolución demográfica. Estando tales desafíos conectados con el género, procedemos a analizar los aspectos más relevantes de las últimas reformas llevadas a cabo, a fin de determinar si las mismas han sido impulsadas desde esta óptica, o si en su configuración ha concurrido tal correspondencia. Nos centraremos para ello, especialmente, en aquellas contenidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, (en especial, en las distintas innovaciones incorporadas en la pensión de jubilación o, en el servicio al hogar familiar), en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, que viene a completar a la anterior, y en la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Como indicación final al estudio que prosigue, debemos subrayar que nos interesa enfocar el mismo desde los principios, constitucionales y legales, que inspiran al sistema. En especial, se incide en la constatación de que con las anteriores modificaciones se persigue un fortalecimiento del principio de contributividad, lo que desde el enfoque de género resulta perjudicial para las mujeres, cuyo acceso a la protección e intensidad de las mismas resultará mermada. En este sentido, nos interesa la tensión creciente entre este principio, que puede llegar a significar la expulsión del sistema, y el de solidaridad, cuyo respaldo es una garantía para el acceso de las mujeres a la protección, por lo que su defensa se erige decisiva desde la óptica adoptada. Tendremos ocasión de apreciar estos matices en las siguientes líneas.

3.1. La proyección de la igualdad de género en las reformas operadas en Seguridad Social

En primer lugar, nos detendremos en aquellos elementos que han sido modificados o que se han incorporado, a las diversas prestaciones o regímenes jurídicos específicos de determinados colectivos. En efecto, se trata de profundizar en aquellas actuaciones legislativas llevadas a cabo en

²⁶⁶ Ballester Pastor, M.A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Revista de Derecho Social*, n. 112, 2011, p. 55.

las últimas reformas operadas en el sistema de Seguridad Social²⁶⁷, para determinar si su formulación se ha llevado a cabo aplicando el principio de transversalidad de género.

La pensión de jubilación

La reforma del sistema de pensiones que ha tenido lugar en los últimos años en el sistema español de Seguridad Social, puede desdoblarse en dos etapas, al abordarse aquellas en diferentes normativas, pero presentando ambos conjuntos una continuidad en sus objetivos. La primera a la que nos referimos es la llevada a cabo por la Ley 27/2011, 1 de agosto, que consistiría en la introducción de ciertas alteraciones en los elementos configuradores del acceso y la cuantía de las pensiones de jubilación (y también de la incapacidad permanente). Estas modificaciones vendrían a significar un directo perjuicio para aquellas personas que presentaban carreras laborales discontinuas o irregulares. La segunda, ciertamente anunciada por la anterior, sería la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, que vendría a incorporar un nuevo elemento en la determinación de la cuantía en base a su necesaria adaptación a la esperanza de vida de las personas, lo que a la postre implicaría una nueva reducción de la misma. Se tratan de reformas dirigidas a fortalecer el protagonismo de criterios que materializan la contributividad del sistema, debilitando en cambio aquellos otros que garantizan la solidaridad y la suficiencia de las prestaciones. Modificaciones en las que un tibio conocimiento del perfil laboral que presentan las mujeres, llevaría a sospechar que las mismas podrían ocasionar un impacto de género.

En primer lugar, se procede a incrementar la edad de jubilación ordinaria. En cuanto a este requisito de acceso, las tendencias comunitarias que con carácter expreso inciden en la edad de jubilación, se dirigen a impulsar la igualdad en la edad de retiro entre hombres y mujeres en aquellas legislaciones que aún mantienen esta disparidad. Sin embargo, debemos de indicar que en España, a diferencia de otros países europeos, nunca se ha mantenido ese diverso tratamiento. En nuestro sistema de Seguridad Social, por tanto, no ha sido necesaria una actuación en tal sentido, limitándose a cumplir nuestro legislador la recomendación de ampliar la edad que permite el acceso a la jubilación, la cual se instituiría como uno

²⁶⁷ Al cierre de este trabajo ha tenido lugar la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que entrará en vigor, en casi su práctica totalidad, el 2 de enero de 2016, y por el que, entre otras alteraciones, se ha procedido a llevar a cabo una nueva ordenación de su articulado.

de los ejes clave de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. A tales efectos se modifica el artículo 161.1.a) LGSS, para exigir como requisito para tener derecho a la pensión de jubilación “*haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias*”, disponiendo un régimen transitorio que culminará en el año 2019, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria vigésima de la LGSS. Se distingue con ello dos modalidades de edad ordinaria de jubilación, lo que implicaba una innovación al mantenerse hasta entonces una sola posibilidad: de 65 años para quienes acrediten los 38 años y 6 meses cotizados, y la de 67 años para quienes no alcancen esa carencia máxima. El acceso a la edad de 65 años se mantiene para quienes presentan una carrera profesional más larga y estable, y que dado el periodo de cotización requerido, tienen garantizada la percepción de la totalidad de la base reguladora, mientras que la edad de 67 años queda relegada para quienes hayan tenido una carrera inestable, discontinua o irregular, independientemente de la causa o causas que la generaron. Con carácter genérico, la coyuntura laboral en la que nos encontramos hará más difícil mantener una carrera laboral estable, pero desde un enfoque de género el legislador ha premiado, en base a un mayor énfasis del principio de contributividad, las carreras masculinizadas, pues son éstas las más proclives a presentar el requisito cotizatorio exigido. Así lo reconocía expresamente el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de febrero del 2011, al indicar que “*es evidente que distinguir entre carreras largas y comunes y cortas a efectos de determinar la edad legal de jubilación tendrá un impacto desigual entre hombres y mujeres*”. Esta alteración puede conllevar que sean las mujeres las que en mayor medida deban aplazar su acceso a la jubilación, no sólo por la imposibilidad de acreditar el periodo requerido para acceder a la edad de 65 años – esto es, 15 años –, sino en base a una “estrategia” de compensación a fin de aumentar sus cotizaciones. Esto último, si tenemos en cuenta la ampliación del periodo de referencia en el cálculo de la base reguladora que ha tenido lugar –lo que veremos a continuación–, no sólo para aspirar al acceso a la pensión, sino además en la búsqueda de una mayor cuantía.

En segundo lugar, se ha procedido a dilatar el parámetro temporal que se tendrá en cuenta para proceder al cálculo de la base reguladora. En efecto, tras la expiración del periodo transitorio – que culmina en el año 2022²⁶⁸ –

²⁶⁸ Disposición Transitoria quinta LGSS.

, tal intervalo temporal se extenderá a 25 años²⁶⁹ – anteriormente fijado en 15 años –. No es necesario acudir a formulaciones complejas para concluir que una ampliación temporal en la determinación del periodo relevante para el cálculo de la pensión, perjudicará a la cuantía de la misma, pues se incrementará el riesgo de que perjudique en tal cálculo los periodos de inactividad, los cuales, suelen concurrir en los inicios de la vida laboral de las personas. En relación con la base reguladora, también sería alterado el tipo que resulta aplicable a la misma, pues para que alcance el 100% será necesario 37 años de cotización, se amplía entonces en dos años el anteriormente requerido. Estas alteraciones potenciará sus efectos si aplicamos la transversalidad de género, pues las mujeres presentan mayores niveles de inactividad y/o irregularidad en los periodos fértiles, y ello, por la existencia efectiva de hijos, o bien, por la discriminación en el ámbito laboral derivada de las connotaciones de géneros por las cuales se evita su contratación en aquellos momentos en los que la maternidad es posible para aquellas.

En relación con la cuantía de las pensiones, varios son los instrumentos dirigidos a garantizar el principio de suficiencia exigido por el artículo 41 de nuestra Constitución Española, lo que teniendo en cuenta las alteraciones anteriores, constituyen una red de seguridad para las mujeres, por lo que de nuevo, cualquier alteración en los mismos deberá realizarse bajo las exigencias impuestas por el principio de igualdad. En este ámbito, dos son las reformas que nos interesa señalar.

De un lado, el establecimiento de un nuevo sistema de cobertura de lagunas, que hasta entonces venía caracterizándose por un alcance generoso al permitir, sin límite temporal, cubrir las existentes con la base mínima concurrente en cada momento. Alteración que vendría en un primer momento introducida por los artículos 3. Uno y 4.Tres de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, pero que sería modificada nuevamente por la disposición final vigésima de la Ley 3/2012, de 6 de julio²⁷⁰, con su correlativa repercusión en los artículos 140.4 y 162.1 LGSS. De tal forma que ahora se dispone que “*si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarían con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima*”. La integración de lagunas, como mecanismo que pretende reducir el impacto que pueden tener las

²⁶⁹ De conformidad con el artículo 162.1 LGSS: “*la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante*”.

²⁷⁰ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

ausencias de cotización en el cálculo de la base reguladora, se presenta como un instrumento correctivo del principio de contributividad, con especial trascendencia en las carreras de seguro discontinuas. El impacto de género es inmediato si tenemos en cuenta los datos que manejaba el legislador con carácter previo a la elaboración de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y que reflejaban la afectación más intensa de tales vacíos en las carreras femeninas²⁷¹.

De otro lado, la alteración de la cuantía de los complementos por mínimos. Como sabemos, se trata de un mecanismo por el cual se complementa cuantitativamente la cuantía que resulte de las operaciones establecidas para el cálculo de la pensión, a fin de que la misma pueda alcanzar la pensión mínima establecida anualmente (aplicable únicamente para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación), considerándose ésta como el umbral de suficiencia mínimo en el nivel contributivo para el desarrollo de una vida digna, en cuanto derecho fundamental. Estos complementos no estaban limitados en su importe, sino que el mismo era aquél que de forma individualizada necesitaba cada sujeto a fin de acceder a tales cuantías mínimas garantizadas. Pues bien, la reforma vino a establecer un límite máximo a su importe al vincularlo a la cuantía de las prestaciones no contributivas, de manera que en tal operación de complementación nunca se podrá exceder el importe fijado para estas últimas. Se logra reducir con ello, de una forma indirecta, las pensiones mínimas, generando “una distorsión del sistema profesional de Seguridad Social y un ataque directo a una institución básica de solidaridad en el sistema de Seguridad Social”²⁷². El resultado es un perjuicio de mayor intensidad hacia las mujeres, pues son ellas las que acceden generalmente a pensiones más bajas, dado el mayor recurso que presentan a los complementos por mínimos, lo que hace patente una posible tacha de discriminación indirecta, pues la exigencia de contributividad penaliza sin diferenciar la causa que ha originado esas menores cuantías.

En cuanto al segundo conjunto de reformas, cuya primera formulación encontrábamos en el artículo 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto²⁷³,

²⁷¹ Nos remitimos a los datos recogidos en la “Memoria Económica del Anteproyecto de Ley sobre Actualización: Adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”, 2011, p.21.

²⁷² Vicente Palacio, A., “Los complementos de pensiones...”, *óp.cit.*, p.105. Vicente Palacio, A., “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la Seguridad Social”, *RGDTSS*, n. 29-30, 2012, p. 105.

²⁷³ La primera vez que surgiría el concepto de factor de sostenibilidad sería con el Acuerdo Social y Económico, de 2 de febrero de 2011, cuyas previsiones serían trasladadas en el artículo 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que añadiría una nueva disposición adicional, la quincuagésima novena, a la LGSS, por la que se introducía en el

materializada finalmente en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre incorporaría, de un lado, un elemento innovador en la determinación de las cuantías, que se añadiría a los ya existentes, denominado factor de sostenibilidad; y de otro lado, una nueva alteración en otro de los instrumentos que garantiza la suficiencia de las prestaciones, esto es, la revalorización de las pensiones.

El reto del envejecimiento y su impacto sobre los sistemas de protección social será nuevamente el factor determinante para una de las más novedosas reformas en materia de pensiones; el “factor de sostenibilidad”, sería definido en su artículo 1 como un instrumento que vincula el importe inicial de la pensión de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas. Consistirá en un índice, resultado de una compleja fórmula, que será aplicado a la cuantía de la pensión resultante de la aplicación de las reglas tradicionalmente existentes. Se ha afirmado que con la configuración actual del factor de sostenibilidad se condena a los futuros pensionistas a pensiones menguantes²⁷⁴. En la formulación y finalidad de este instrumento, y desde una visión superficial del mismo, podríamos considerar que no siendo el factor de sostenibilidad de carácter individual y dado que en su configuración no se ha diferenciado en razón del sexo del beneficiario, el mismo perjudicará con menor intensidad a las mujeres dado que su esperanza de vida es más alta que la de los hombres. Sin embargo, ello resultaría, como decimos, desde una visión simplista de la realidad, pues ciertamente consideramos que el mismo genera un impacto de género, dado que serán las mujeres las que sufrirán una mayor intensificación del riesgo de pobreza en la tercera edad: a medida de que cumplan años, menor será la cuantía de la pensión, ya de por sí contenida como se ha analizado.

Una segunda reforma introduciría la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, y es la llevada a cabo en la revalorización de las pensiones, instrumento que implica una proyección del principio de suficiencia al asegurar el mantenimiento del poder adquisitivo de los beneficiarios ante las oscilaciones de los ciclos económicos, y que hasta entonces se había llevado a cabo utilizando el índice de precios al consumo. Este instrumento había resultado muy afectado en los años precedentes, resultando suspendido para la generalidad de las prestaciones. Finalmente, se procedería a su reformulación acudiendo de nuevo a técnicas

ordenamiento de Seguridad Social la figura del factor de sostenibilidad con el objetivo declarado de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad.

²⁷⁴ Suárez Corujo, B., “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *RRLL*, n. 5, 2014, p. 144.

complejas: el índice de revalorización vendría constituido por variables de carácter demográficas y económicas, quedando topado entre un mínimo del 0,25% y un máximo no superior a la variación del IPC más un 0,50% en un “*período anual anterior a diciembre del año t*”. Esta alteración resulta alarmante especialmente si tenemos en cuenta que el mismo es de aplicación a las pensiones mínimas, en la que de nuevo surge el fantasma de la vulneración de la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo²⁷⁵, pues incrementará el riesgo de pobreza que será a su vez agravado por el hecho de que éstas presentan una esperanza de vida sensiblemente más alta que los hombres.

Desde un enfoque de género debemos de incidir en que la repercusión más inmediata de todas las anteriores modificaciones tendrá lugar en la cuantía de las pensiones, intensificando la brecha de género que al respecto existe. Es por ello que este fenómeno, que parece haberse detectado recientemente pese a la constancia de los datos al respecto, se ha convertido en un aspecto en el que se incide desde instancias comunitarias²⁷⁶, alarmando de tal fenómeno a los Estados nacionales y alentándolos en la adopción de medidas que permitan afrontarlos²⁷⁷.

Finalmente, en materia de jubilación también tuvo lugar, por actuación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, la incorporación de una medida formulada expresamente desde este enfoque de género. Se trata de aquella que añadiría a los supuestos que permiten el acceso a la jubilación anticipada, la situación de víctima de violencia de género, esto es, la posibilidad de acceder anticipadamente a la jubilación cuando acredite tal estatus²⁷⁸,

²⁷⁵ Suárez Corujo señala que lo relevante “no es el diseño, sino los efectos de la actualización”, en “Las sombras de la inquietante Ley 23/2013, de 23 de diciembre...”, *óp.cit.*, p.52.

²⁷⁶ En las *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea para la igualdad de oportunidades de ingresos para los hombres y mujeres: reducir la brecha de género de las pensiones*, aprobadas el 18 de junio de 2015, se indica que “la brecha de género de las pensiones es uno de los obstáculos para la independencia económica de las mujeres en la vejez, momento en que las mujeres también se enfrentan a un mayor riesgo de pobreza que los hombres”.

²⁷⁷ Al cierre de este trabajo, como hemos indicado, se ha aprobado el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo artículo 60 incorpora el denominado “*complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*”, por el que se incrementa la cuantía inicial de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad de las madres que hayan tenido 2 o más hijos, con efectos desde 1 enero 2016. De modo que las madres con 2 hijos verán incrementado sus pensiones en un 5%, las madres con 3 hijos, un 10%, y las madres con 4 o más hijos, un 15%. Siendo el caso de que la pensión inicial superase el límite máximo, el complemento se determinará aplicando el porcentaje correspondiente a dicho límite.

²⁷⁸ El artículo 161.bis.2. A) dispone que: “*la extinción de la relación laboral de la mujer*

adquiriendo la consideración de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. Se trata ésta de una medida que, sin embargo, presenta incertidumbres que ensombrecen la finalidad de la misma: así, por ejemplo, no queda claro si tal supuesto de hecho requiere el cumplimiento de los demás requisitos, especialmente el que exige acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, lo que en caso afirmativo se erigiría como un importante obstáculo para el disfrute de tal modalidad de jubilación. Las inseguridades sobre su plasmación material nos hacen plantear si hubiese sido más satisfactorio invertir en otro tipo de medidas que permitan su disfrute en un corto o medio plazo.

El servicio al hogar familiar

En relación con este colectivo de trabajadoras – se estima que el 99% son mujeres –, la DA trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, llevó a cabo la tan largamente reivindicada integración al Régimen General de Seguridad Social. En efecto, hasta tal momento la protección social que disfrutaban las empleadas del hogar se ha venido caracterizando por una cuestionable escasa intensidad, cuyo mantenimiento durante décadas se ha visto constantemente empañado por la sombra de la discriminación indirecta por razón de sexo. La escasa valoración que recibe la actividad, derivada de las connotaciones de género presentes en la misma, determina la percepción de una baja retribución; esta premisa ha marcado su contribución al sostenimiento del sistema, y siendo ésta deficitaria, en especial, por la intensa economía sumergida que afecta a tal actividad, la protección que desde este prisma mereciera recibir de la Seguridad Social ha estado cualificada por el mismo carácter. Todo ello caracterizó a un colectivo que accedía a prestaciones de escasas cuantías, en el que la proyección del principio de solidaridad del sistema permitía garantizar cuantías mínimas, pero que a su vez se traducían en un elevado coste que devenía insostenible para las arcas de la Seguridad Social. La ausencia de argumentaciones para justificar la pasividad del legislador por dignificar esta profesión, llevaron a identificar las causas de tal infraprotección en motivaciones extrajurídicas, expresivas de un *laissez faire* de nuestro Estado Social.

Durante más de cuatro décadas se ha venido postergando una actuación decidida en el servicio al hogar familiar, lo que ha sido finalmente posible, sin duda alguna, por las exigencias derivadas del marco jurídico creado

trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada?

con la LOIEMH. La reforma a la que procedió la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha reformulado muchas de las especialidades que en la configuración de diversos elementos de la Seguridad Social (tales como en la cotización o en el acceso de las distintas prestaciones) se mantenían desde la aprobación de la regulación precedente – Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico –. Para lograrlo, se ha procedido, como hemos adelantado, a integrar a este colectivo en el Régimen General, sin embargo, la vía por la que se ha llevado a cabo, esto es, mediante la creación de un Sistema Especial, ha permitido mantener ciertas diferencias normativas. Esto permite detectar que la integración, pese a lo oportuno de su procedencia, genera disfunciones en sus resultados: la equiparación progresiva de la carga cotizatoria colisiona frente a determinadas especialidades difíciles de asumir desde la base jurídica que impulsa a tal reforma, como es el mantenimiento de la exclusión a la protección por desempleo, sin que tales trascendentales cambios se hayan visto compensados por el compromiso de alcanzar el objetivo primordial de la misma, la materialización del principio de igualdad de género, que se hubiese plasmado, por ejemplo, en un régimen de bonificaciones más comprometido²⁷⁹. En definitiva, se ha pretendido propiciar una reforma de gran envergadura pero a un mínimo coste, lo que resulta inasumible desde la óptica de género que sustenta esta actividad: de un lado, de las trabajadoras, pues son mayoritariamente mujeres las que desarrollan esta prestación de servicios, por lo que un insuficiente compromiso para lograr el pleno desarrollo material de la reforma perjudicará al colectivo

²⁷⁹ De conformidad con la disposición transitoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, estas bonificaciones consisten en la aplicación de una reducción del 20 por ciento en la cuota del empleador, pero su alcance quedaba limitado respecto de las nuevas contrataciones efectuadas tras la entrada en vigor de la nueva regulación, excluyendo con ello a las existentes. Reducción que se eleva a un 45 por ciento para las familias con condición de numerosas, lo cual no implicaba novedad alguna dado que ya se venían aplicando – pues su creación data de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (artículo 9) –. La aplicación de estas bonificaciones sufrieron una contracción con la disposición adicional segunda del RD-L 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, que excluyó de tal beneficio a aquellos supuestos en los que las empleadas de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación. Este régimen de bonificaciones quedaba temporalmente limitado a los ejercicios de 2012, 2013 y 2014, no obstante, la disposición adicional octogésima sexta de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2015 lo prorrogaría para el 2015.

femenino; de otro, por la finalidad a la que se dirige tales servicios, esto es, el mantenimiento de la vida familiar como elemento inherente de la conciliación, por lo que una elevación del coste podrá llevar a que sean las familias – léase mujeres – las que asumen de nuevo los cuidados del hogar.

El trabajo a tiempo parcial

La regulación social del trabajo a tiempo parcial en el sistema de Seguridad Social ha estado marcada desde sus orígenes por una constante infraprotección. No siendo España un país donde se ha impulsado tradicionalmente este tipo de contratación, lo cierto es que se ha mantenido constante como elemento estructural del mismo: la feminización de las jornadas parciales²⁸⁰. Este rasgo se ha vinculado al hecho de que ante necesidades de conciliación familiar, son las mujeres las que deciden renunciar a parte de su jornada; sin embargo, ello no es del todo cierto, pues queda acreditado la involuntariedad en el acceso a jornadas parciales, por lo que son otras razones, que no podemos sino situarlas en los roles de género, las que provocan que sean éstas las que protagonicen las jornadas parciales. Y si con la crisis se pretende que el trabajo a tiempo parcial sea concebido como vía de la creación de empleo, observándose un tímido avance del número de hombres en las jornadas parciales, lo cierto es que debemos de temer que ello no sólo signifique la búsqueda de un efecto sustitución de las jornadas completas, sino también en términos de “género”, es decir, la expulsión de las mujeres.

En todo caso, ha sido precisamente este protagonismo absoluto de las mujeres, que aún se mantiene de manera determinante, en el ámbito subjetivo de esta modalidad contractual la que ha ido impulsando la reformulación de su regulación específica en protección social. En efecto, situadas las especialidades en la disposición adicional séptima de la LGSS, el cuestionamiento de las mismas ha recaído en la denominada “doble proporcionalidad” que se instauraría, por la cual, la menor contribución al sistema, derivada a su vez de la menor remuneración percibida por la reducción de jornada, tendría sus efectos tanto en el cómputo del periodo

²⁸⁰ Aunque la doctrina advierte que “el escaso porcentaje de empleo a tiempo parcial no se explica sólo en términos de poca incidencia de este tipo de contratos en nuestra realidad laboral, sino también de empleo informal, en particular en sectores en los que en otros Estados europeos – Reino Unido o Reino de Holanda – se albergan contingentes masivos de trabajadores a tiempo parcial, como el empleo doméstico o la hostelería”. Cabeza Pereiro, J.C., “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, n. 2, 2012.

de cotización requerido a fin de acceder a las diversas prestaciones, como en el cálculo de las bases reguladoras. Tal tratamiento sería considerado desproporcionado y atentatorio al principio de igualdad – que debe regir entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial –, y a la prohibición de la discriminación por razón de sexo, dado el mayor impacto hacia el colectivo de mujeres.

Desde este enfoque, dos son las resoluciones que han impulsado la reforma de la regulación social del trabajo a tiempo parcial, y en ellas, el principio de igualdad de género se erigirá como baluarte en la construcción jurídica. La primera de ellas, como sabemos, sería la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que declararía la inconstitucionalidad de la normativa sobre la que se había resuelto el supuesto sometido a debate. No obstante, desde el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad hasta su resolución, tendría lugar una reforma sobre la que no se pronunciaría, dejándola por ello vigente – nos referimos a la llevada a cabo por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre²⁸¹ –. Tal modificación vendría a atenuar, que no eliminar, la “doble proporcionalidad”, por lo que pese a la mejora, se seguiría manteniendo el cuestionamiento de la regulación²⁸². Tendríamos que esperar casi una década, para obtener un nuevo pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, el cual, sin embargo, y pese a la base jurídica de la que ahora disponía – nos referimos a la LOIEMH –, esperaría a la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre la misma materia. En efecto, el Tribunal de Justicia se pronunciaría en la sentencia de 22 de noviembre del 2012, asunto Elbal Moreno, en la que declararía a la normativa española contraria a la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, emitida la misma el Tribunal Constitucional decidiría, contando para ello con el soporte comunitario, pronunciarse sobre la cuestión. Con la STC 61/2013, de 14 de marzo, analizaría finalmente la regulación vigente, declarando su inconstitucionalidad.

Tras esta resolución, el legislador – que ya había dado avisos de su eminente actuación al respecto²⁸³ – abordaría con carácter urgente la

²⁸¹ RD-L 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad.

²⁸² Lousada Arochena, J.F., “El contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos”, *Aranzadi Social*, 2005. Por ello se plantearon nuevas cuestiones de inconstitucionalidad, entre ellas la 5862/2003 (BOE 26 de noviembre del 2003) o la 3361/2012 (BOE 21 de septiembre de 2012).

²⁸³ Así la DA vigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, disponía que: “el

reforma de la DA séptima LGSS. La modificación llegaría con el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social – posteriormente convertida en la Ley 1/2014, de 28 de febrero –, que vino a introducir sendas innovaciones en la regulación: se decide no abandonar la proporcionalidad en los periodos de carencias, pero para su cómputo se utilizaría instrumentos que permitirán determinar, con exquisito respeto a la igualdad, los días cotizados por el sujeto, procediendo a una adaptación de la carencia requerida en cada prestación en función de la proporcionalidad mantenida por el trabajador – se crea el coeficiente global de parcialidad –, adaptación que supone la apertura al sistema de quienes antes quedaban expulsados; el cálculo de la base reguladora se rige por la proporcionalidad que marca las propias remuneraciones mantenidas por el trabajador, aunque para determinar el tipo aplicable de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se prevé un incremento de los días considerados cotizados – consistente en multiplicar tales días acreditados en un 1,5 –; dado que el acceso será posible para aquellos que no acrediten el mínimo de carencia – 15 años –, pese a la aplicación del beneficio anterior, necesarios para acceder al primer porcentaje aplicable a la base reguladora – esto es, el 50% –, se establece que en tal caso, el coeficiente a aplicar “sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”; la proporcionalidad no repercute en el reconocimiento de los complementos por mínimos, por lo que la cuantía mínima quedará garantizada²⁸⁴, lo que resulta trascendental en cuanto que la solidaridad del sistema no resulta mermada, terreno cuya virtualidad resulta esencial en óptica de género. Los anteriores son los elementos más relevantes en la reforma de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, la aplicación de los mismos se presentan como idóneos para mejorar el acceso y la intensidad

Gobierno presentará, en el plazo de un año y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejore la consideración de los periodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos. En el citado proyecto de ley se incluirán, entre otras, las siguientes reformas: [...] c) Mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente”.

²⁸⁴ Aunque no sería ésta la alternativa planteada por el Gobierno en un primer momento, el cual, propuso que “con el propósito de obtener la mayor correspondencia entre lo trabajado y las prestaciones a percibir, se habría de observar una regulación de los complementos a mínimos de las pensiones atendiendo a un criterio de proporcionalidad”. Propuesta presentada por el Gobierno a la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo presentada en julio del 2013.

protectora que recibían estos trabajadores, y con ello, un avance en términos de igualdad de oportunidades.

Sin embargo, no todas las cuestiones problemáticas fueron abordadas en la reforma del 2013. Una de ellas, la relativa a la integración de lagunas, que quedaría inalterada, ha sido objeto de posteriores pronunciamientos judiciales. La integración de lagunas como mecanismo correctivo del principio de contributividad en las pensiones de jubilación e incapacidad permanente del trabajo a tiempo parcial, no se configuraría de igual forma que para los trabajadores a tiempo completo. La letra b) de la regla Tercera de la DA séptima LGSS dispone que *“la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”*. Sobre esta materia se pronunciarían nuevamente el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional, aunque en esta ocasión actuaría en primer lugar el órgano nacional. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia 156/2014, de 25 de septiembre, salvaría la legitimidad del precepto acudiendo a una argumentación altamente cuestionable, que en lo que interesa a este estudio, le permite superar la tacha de discriminación sexista. Hemos indicado la importancia que adquiere la óptica de género en mecanismos en los que, como el ahora analizado, permiten reforzar el principio de solidaridad. El mayor desempeño femenino de jornadas parciales y discontinuas, hace que la integración de lagunas sea un instrumento cualificado para alcanzar la igualdad sustantiva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional solventa con suma facilidad la tacha de discriminación sexista al comprobar que el demandante es un varón, considerando por ello irrelevante para la decisión a alcanzar en el proceso, el juicio sobre la posible vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Quedaba entonces esperar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que dado el tenor de la sentencia dictada en el asunto Elbal Moreno, y de las conclusiones que emitiría la Abogada General²⁸⁵, hacían presagiar un cambio en la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, se desvanecería toda expectativa con la STJUE de 14 de abril del 2015, asunto Cachaldora, en la que finalmente, y dentro de las oscilaciones que podemos considerar distintiva de la doctrina comunitaria sobre Seguridad Social y género, se posiciona en el mismo sentido que el Tribunal Constitucional. El TJUE procede a un

²⁸⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, asunto C-527/13, presentadas el 9 de octubre del 2014.

endurecimiento del único instrumento que hasta ahora – y salvo error – permite la acreditación del impacto adverso, la prueba estadística. No es suficiente para el Tribunal la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial, sino que es exigible además la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino, y ello en base a que el mismo no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuya jornada anterior a la existencia de laguna hubiese sido de carácter parcial.

No obstante, desde nuestra opinión, el reproche sigue latente, y reclamamos una urgente reformulación de este instrumento a fin de que respete el principio de igualdad entre ésta modalidad contractual y el trabajo a tiempo completo. Además, en la medida en que con el mismo se otorga contenido material al principio de igualdad en clave de género, ello se erige como un impedimento para adular la naturaleza solidaria y asistencial de los mecanismos que concurren en el nivel contributivo.

El reconocimiento de los trabajos femeninos en negocios familiares

Sin que exista un pleno reconocimiento de la conexión existente entre las implicaciones del impacto de género en el necesario reflujo de la economía sumergida, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, procedió a introducir en la DA quincuagésima segunda²⁸⁶, una medida dirigida al reconocimiento de la realización de trabajos durante el matrimonio por uno de los cónyuges en el negocio familiar a los efectos de la Seguridad Social. Sin embargo, los términos de su configuración darían lugar a un instrumento ciertamente limitado. En efecto, se dispondría que su alcance funcional, se condicionaba a aquellos supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, en los que el juez advirtiese que se hubiese producido durante el mismo una prestación de servicios no declarada de un cónyuge – léase, de nuevo, mujer –, procediendo entonces a comunicar tales hechos a la Inspección de Trabajo, la cual realizará las acciones correspondientes. Salvando la dificultad que puede implicar la acreditación

²⁸⁶ Que dispone: “en aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que correspondan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo”.

de la realización de la prestación de servicios en un proceso de separación o divorcio, lo cierto es que lo alarmante se encuentra en que la proyección de la medida se limita al momento en que se activa la disolución del vínculo, esto es, se aparca la adopción de otras actuaciones que incidan en el afloramiento de estos trabajos durante la efectiva realización del mismo, por lo que pareciese “estar legitimando el trabajo sumergido en tanto en cuanto el matrimonio perviva”²⁸⁷.

En este apartado dedicado al reconocimiento del trabajo de la mujer en los negocios familiares, consideremos trascendental incidir igualmente en el reflotamiento de las actividades realizadas por el colectivo femenino en el sector agrícola. Como sabemos pese a que las mujeres han desarrollado sus labores en las explotaciones agrícolas al igual que los hombres, el hecho de que éstos apareciesen generalmente como titulares de tales negocios ha potenciado la invisibilidad de aquéllas, que veían con ello obstaculizado su acceso por derecho propio a la protección dispensada por la Seguridad Social. En este contexto hacia el avance por la igualdad de oportunidades, la Directiva 86/613, de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluyó en su ámbito de aplicación a las actividades agrícolas²⁸⁸. Por su parte la LOIEMH en su artículo 30, establecería la necesidad de desarrollar “*la figura jurídica de la titularidad compartida*”. Recogería este mandato la disposición final cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, a fin de promocionar y desarrollar el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social. Como primer desarrollo, el RD 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias creó, a efectos administrativos y como medida de fomento, la titularidad compartida. En este camino se avanzaría finalmente con la Ley 38/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad de las explotaciones agrarias, que surge con un objetivo de “ir más allá de una regulación de efectos administrativos”, para lograr que las mujeres puedan “disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en las explotaciones agrícolas en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y de los

²⁸⁷ Ballester Pastor, M.A., “Reformas en materia de protección social...”, *óp.cit.*, p. 78.

²⁸⁸ La Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, que avanzaría en este sentido, no incorporaría una referencia expresa hacia las actividades agrícolas, pese a que indudablemente le resulte de aplicación.

riesgos y responsabilidades derivados de aquéllas”, como se dispone en su Exposición de Motivos. En el artículo 3 de la mencionada normativa se establecerían las medidas en materia de Seguridad Social. En el mismo se dispondría que el ejercicio de una actividad agraria por parte de las personas titulares de una explotación agraria de titularidad compartida determina la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, de modo que el cónyuge o pareja de hecho de la persona titular de la explotación agraria, que se constituya en titularidad compartida, tendrá derecho a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Hasta aquí, ciertamente, debemos apreciar que no se incorporan grandes innovaciones respecto de la regulación anterior. En relación con los beneficios a la cotización, como instrumento esencial para el éxito de esta medida, en la medida que el encarecimiento de los costes se presenta como el principal riesgo de fracaso de la misma, tan sólo se procedería a aumentar la edad para su disfrute. De forma que ahora el límite de edad se sitúa en 50 años – anteriormente se encontraba en 40 años, lo que era rechazado por la doctrina al excluir a muchas mujeres, dado que la media de edad de la mujer colaboradora en el negocio familiar es de 50 años²⁸⁹ –, pero dejaba inalterada tanto la cuantía – el 30% de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda por contingencias comunes –, como la duración de la misma – 5 años computados desde la fecha de efectos de la obligación de cotizar–.

3.2. La función compensatoria del sistema ante el impacto de género derivado de la conciliación

En este apartado abordaremos aquellas actuaciones que han tenido lugar en materias donde la cuestión de género se encuentra conectada con la conciliación de la vida laboral y familiar, a fin de disminuir los efectos desfavorables que la misma genera sobre las mujeres. Cabe reiterar que, ciertamente, es en relación con la conciliación el ámbito en el que el legislador social ha tenido más claro la legitimidad de su actuación para

²⁸⁹ Blázquez Agudo, E.M., “La titularidad compartida: un derecho de la mujer rural”, *Aequalitas*, n. 28, 2011.

disminuir los efectos de la discriminación de género, sin embargo, ésta no ha logrado superar su carácter ciertamente puntual, y además, parece que las últimas actuaciones viene a reducirse a la concesión de cotizaciones ficticias que siendo importantes, devienen insuficientes. No parece que se haya logrado una plena conexión de los retos demográficos, como premisa para la sostenibilidad del sistema, con la corresponsabilidad y la eliminación de la discriminación por razón de sexo que sufren las mujeres en general. Así, no se ha dudado en eliminar la protección en ciertos ámbitos donde tal vinculación es innegable (nos referiremos al ámbito de la dependencia), o se ha mantenido la suspensión, en una especie de derogación tácita, de la ampliación de la duración de la prestación de paternidad que se preveía desde la LOIEMH.

Prestaciones compensadoras ante el ejercicio de los derechos de conciliación

Desterrada cualquier iniciativa dirigida al reconocimiento del trabajo doméstico, las actuaciones se han focalizado, con mayor o menor éxito, en avanzar en la línea de disminuir los efectos que el ejercicio de la conciliación, como derecho constitucional, ejerce en las carreras asegurativas de las personas. Quizás las últimas actuaciones al respecto, enmarcadas ambas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, hayan tenido como motivación principal ofrecer cierta compensación al endurecimiento que con la misma, como hemos señalado, se incorporaba en la pensión estrella del sistema, la jubilación.

Así, de un lado, el artículo 9 de la mencionada Ley instauraría los denominados “*beneficios por cuidados de hijos*”, que quedarían incorporados en la DA 60ª de la LGSS²⁹⁰, y que se situarían próximos a los ya existentes en la DA 44ª LGSS. Consistirán estos en computar como periodo de cotización, a todos los efectos, salvo para el cumplimiento de la carencia cotizatoria, el periodo de interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo o por la adopción o el acogimiento de un menor de 6 años. Para tener derecho a este beneficio es necesario: (1) que se produzca una interrupción en la cotización derivada de la extinción del contrato de trabajo o de la finalización del cobro de la prestación por desempleo; y (2) que tal laguna cotizatoria se encuentre dentro de un determinado periodo de tiempo, concretamente, el delimitado entre los nueve meses anteriores al nacimiento o a los tres meses anteriores al

²⁹⁰ Cuyo desarrollo se encuentra en el Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

acogimiento o a la adopción del menor, y la finalización del sexto año posterior a tal situación. Será aplicable a todas las prestaciones, excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo, y a todos los efectos, “*salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido*”, exclusión que provoca que su alcance funcional quede intensamente diluido. Ahora bien, excluida su consideración a los efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización, su virtualidad es relevante para la determinación de la cuantía de las prestaciones, esto es, a los efectos de la base reguladora²⁹¹ y el porcentaje aplicable. Asimismo, y como excepción a la aplicación paulatina prevista²⁹², y a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la pensión de jubilación, se estableció que la duración del cómputo como periodo cotizado será, desde la entrada en vigor de la medida, de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado. Consideramos que con tal previsión específica, a los exclusivos efectos de la determinación de uno de los elementos de la pensión de jubilación, como es la edad del beneficiario manifiesta, como hemos advertido, la asunción por el legislador de que los cuidados repercuten en la carrera asegurativa de los sujetos reduciendo sus posibilidades de acceder a la jubilación, en especial, a la edad establecida en el artículo 161.1, letra a), de la LGSS, es decir, a los 65 años que queda condicionada a la acreditación de 38 años y 6 meses de cotización. En definitiva esta referencia específica que adquiere la jubilación en esta medida, adelantando la aplicación del periodo máximo desde su entrada en vigor, corrobora la dificultad que para las personas que se dedican generalmente

²⁹¹ Al respecto, el artículo 9 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, dispone que: “*cuando el periodo computable como cotizado en concepto de beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos esté comprendido dentro del periodo de cálculo para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, la base de cotización a considerar, estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización o, en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada periodo que se compute. Si el beneficiario no tuviera acreditado el citado periodo de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización que resulten acreditadas, correspondientes al periodo inmediatamente anterior a la interrupción de la cotización*”.

²⁹² Aplicación gradual llevada a cabo del siguiente modo:

Año	Días Computables
2013	112
2014	138
2015	164
2016	191
2017	217

al cuidado (mujeres) presenta la posibilidad de acceder a la jubilación con 65 años, ante los requisitos cotizatorios exigidos.

De otro lado, y en el mismo contexto normativo, se avanza en el contenido de las prestaciones no económicas previstas en el artículo 180 LGSS. Como sabemos, en este artículo se viene a considerar como periodo cotizado aquellos en los que por ejercer los derechos a la excedencia y reducción de jornada motivadas por necesidades de conciliación, implican una ausencia o disminución de bases cotizatorias. La reforma que se introduce con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, viene a aumentar el periodo que se considera como de cotización efectiva, en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos, que se amplía y logra cubrir la totalidad del tiempo en que podrá dilatarse la misma de conformidad con el artículo 46.3 ET. Aunque ciertamente es intachable que la cobertura sea al respecto completa, lo cierto es que varias críticas merece la atención que el legislador ha adoptado, y ello por dirigirla exclusivamente a las excedencias, así como, por el carácter limitado de su contenido. Este último comentario, debido a que la medida refuerza la protección de la excedencia por cuidado de hijo, dejando intacta la relativa a la excedencia por cuidados de familiares cuya cobertura permanece inalterada al primero de los dos años a los que podrá extenderse. Y con carácter genérico, porque nos parece inadecuada la preferencia de atención ofrecida a las excedencias, sin mejorar la propia otorgada a las reducciones, y ello porque de ambos derechos conciliatorios, consideramos que se debe reforzar aquel que permite mantener el contacto de la mujer al entorno laboral y no aquel que implica una ruptura más completa. Así, y dado la ampliación que paralelamente tuvo lugar con el número uno de la DF primera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, por la cual el periodo de disfrute de las reducciones de jornadas por cuidados de hijos se ampliaban hasta que el menor cumpliera la edad de 12 años – la posible extensión temporal se dilata en 4 años, dado que anteriormente se dilata a una edad máxima del menor en 8 años –, consideramos que la actuación que mereciera esta materia se debería haber enfocado en esta dirección, que por ahora ha quedado reducida a los dos primeros años del periodo de reducción de jornada si se destina al cuidado de un menor, o al primer año para los cuidados de familiares.

La protección social de las cuidadoras no profesionales del Sistema de Dependencia

Como sabemos, en España, la quiebra del modelo familiar se presentaría como una de las principales presiones para la aprobación de la conocida

como Ley de Dependencia²⁹³, situada ésta en la órbita de la “socialización de los cuidados”. Con esta Ley se institucionalizaba un sistema para la autonomía y atención a la dependencia que debería de constituir un potencial “desfamiliarizador”, dado que impulsaría el equilibrio en el suministro de los cuidados familiares. Se optaría por un modelo en el que los servicios y cuidados profesionales conduciría no sólo a una mayor calidad de los cuidados prestados a las personas dependientes, sino también, a mitigar el constante descenso de cuidadoras del entorno familiar, configurándose como mecanismo de reconocimiento y protección de las labores de cuidado, impidiendo que la atención a personas dependientes repercutiese en su vida profesional y personal. Sin embargo, la vacilación para instaurar un sólido estatuto jurídico de las personas cuidadoras, familiares o del entorno, unido a unas remuneraciones lejanas para ser suficientes y compensatorias del trabajo realizado, y la irrelevancia de sus derechos sociales, confirmaron prontamente los peores pronósticos: el coste de oportunidad que implicaba la concesión de prestaciones económicas por los cuidados familiares, convirtió en real y masiva una opción de expresa excepcionalidad.

Por lo que respecta a la actuación en materia de protección social, el reconocimiento a tales efectos del suministro de cuidados, llevaría a reconocer la posibilidad de integrar a las mujeres cuidadoras en el sistema de la Seguridad Social, cuestión de gran trascendencia pues persigue que la labor social que realizan disponga de su correspondiente tutela social. Para ello, la vía seleccionada para proceder a la inclusión de las cuidadoras no profesionales en el sistema sería mediante la suscripción de un convenio especial, del cual resulta destacable dos características esenciales: la no exigencia de la acreditación de una previa cotización como condición para poder proceder a su suscripción, lo que se justificaba por el perfil de las personas a quienes se intentaba proteger, dado que generalmente se trataban de sujetos que no abandonan una actividad profesional previa para dedicarse al cuidado del familiar, por ello el no requerimiento de este requisito buscaba precisamente evitar la expulsión de la protección a

²⁹³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en cuya Exposición declara que, “los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres en la última década, al mercado de trabajo, introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidado a aquellas personas que lo necesitan”. Además incluye, en el artículo 3 apartado p), como uno de los principios que la inspira “la inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres”.

dispensar; y de otro, y sin duda más trascendental en el alcance de los fines buscados, sería la asunción por la Administración General del Estado del coste que implica tal convenio, en cuanto a las cuotas a la Seguridad Social se refiere. Del mismo resulta destacable igualmente su ámbito de cobertura, el cual se extiende a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

En un contexto de reformas de carácter regresivo, la llevada a cabo en 2012 supuso un gravísimo deterioro del sistema de atención a la dependencia, y en concreto, de la prestación económica por cuidado familiar. La misma tendría un impacto de género, pues vendría a suprimir la protección social que se le había reconocido por la Ley de Dependencia, transformando una obligación de los poderes públicos en una habilitación voluntaria de las cuidadoras familiares, dado que serán éstas y no la Administración General del Estado las que deberán asumir el coste de las cotizaciones correspondientes derivadas de la suscripción del convenio especial²⁹⁴. Se truncaba con ello las expectativas de este colectivo de mujeres, pues dada la prestación económica y el coste a asumir para recibir protección, la misma se traduciría en una inmediata expulsión del sistema.

4. Bibliografía

Ballester Pastor, M.A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Revista de Derecho Social*, n. 112, 2011.

Blázquez Agudo, E.M., “La titularidad compartida: un derecho de la mujer rural”, *Aequalitas*, n. 28, 2011.

Cabeza Pereiro, J.C., “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, n. 2, 2012

Lousada Arochena, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, 2014.

²⁹⁴ Siguiendo los datos ofrecidos por el IMSERSO: mientras que a 31 de diciembre de 2010 se alcanza una cifra de 149.565 personas cotizantes como cuidadores no profesionales en la Seguridad Social, que aumentaba en septiembre de 2011 hasta alcanzar las 168.710 personas, el impacto de la reforma lo redujo de forme inmediata, de forma que a fecha de 31 de diciembre de 2013, se redujo a 16.736 cuidadores con convenios; y que a fecha de 30 de junio del 2015 alcanzaban una cifra de 12.148 cuidadores con convenios.

- Lousada Arochena, J.F., “Tiempo parcial y periodos de carencia (a propósito de la STJUE de 10 de junio de 2010)”, *Aranzadi Social*, n. 9, 2010.
- Lousada Arochena, J.F., “El contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2005.
- Maldonado Molina, J.A., “El derecho a la Seguridad Social de la Mujer”, en Monereo Atienza, C. (Coord.), *Género y derechos fundamentales*, Granada, 2010.
- Pérez del Río, T., “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres Aproximación para el debate”, *Revista de Derecho Social*, n. 37, 2007.
- Pérez del Río, T., “La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectiva de futuro”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, n. 7, 2006.
- Pumar Beltrán, N., *La igualdad ante la Ley en el Ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001.
- Suárez Corujo, B., “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *RRLI*, n. 5, 2014.
- Vicente Palacio, A., “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la Seguridad Social”, *RGDTSS*, n. 29-30, 2012.

Cambio demográfico: envejecimiento de la población, prolongación de la vida activa y Seguridad y Salud en el trabajo

María Teresa IGARTUA MIRÓ*

RESUMEN: Los cambios demográficos operados en los últimos años, en especial, el aumento de la esperanza de vida, repercuten de forma notable en el mundo del trabajo y de las pensiones, pero ahora destaca también su incidencia en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo. De esta forma, un factor a todas luces positivo se torna en un relevante problema, debido a sus innegables implicaciones económicas. En esta línea, para el Marco Estratégico UE 2014-2020 en materia de Seguridad y Salud en el trabajo, evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan trabajar más tiempo, nuevo objetivo de la salud laboral a lograr a través de una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, por medio del fomento de la cultura preventiva. Ello exigirá la adaptación de los lugares de trabajo, accesibilidad del puesto, mejoras organizativas e intervenciones dirigidas a los trabajadores de más edad; medidas necesitadas aún de un importante desarrollo normativo y puesta en práctica de forma efectiva.

Palabras clave: Envejecimiento, prolongación vida activa, Seguridad y Salud, adaptación.

SUMARIO: 1. Envejecimiento de la población, sostenibilidad y mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo. 2. El “trabajador maduro” o “de más edad” como grupo específico de riesgo. 3. Recuperación, rehabilitación y reinserción al trabajo versus tutela del derecho a la salud. 4. Envejecimiento activo y mejora de la “empleabilidad”. 5. Prolongación de la vida activa y mejora de la organización del trabajo: entre la obligación y las buenas prácticas. 6. Medidas preventivas específicas en relación con los trabajadores de más edad. 7. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

1. Envejecimiento de la población, sostenibilidad y mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo

Aun cuando resulta evidente que el envejecimiento de la población y sus posibles y variados efectos en el mundo del trabajo y, en lo que ahora nos interesa, en la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo no es un problema nuevo, sí ha sido traído a la primera línea del escenario de los problemas laborales de este nuevo siglo en el texto de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el trabajo 2014-2020²⁹⁵.

En este contexto, no debe perderse de vista que en la actualidad el grupo más importante de personas en situación de inactividad en Europa se corresponde con lo que pueden considerarse trabajadores de mediana edad (55-64 años). Sin embargo, dados los cambios demográficos, este grupo está creciendo notablemente por cumplimiento de dicha edad de los miembros de las llamadas generaciones del *baby-boom*²⁹⁶. Aquella situación de partida se debe en parte a las numerosas prácticas consentidas e incluso alentadas en determinados momentos por los Estados de jubilaciones anticipadas de trabajadores, incluso de edades inferiores, sin contraprestación alguna en el ámbito de creación de empleo de otros colectivos, por ejemplo, los jóvenes. A pesar de la relación patente entre envejecimiento de la población, necesidad de prolongar la vida activa en

²⁹⁵ Bruselas 6.6.2014, COM (2014) 332 final. El objetivo conecta directamente con el contenido en la Estrategia Europa 2020, European Commission. Communication from the Commission Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth. <http://eur-lex.europa.eu>, relativo al aumento de la tasa de ocupación en población de 20-64 años de edad al 75%, que implica, necesariamente, que los ciudadanos europeos tendrán que trabajar más años. Como es sabido, previamente se había declarado el año 2012 como Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional. Puede verse, Morschhäuser, M. y Söchert, R., *Trabajo saludable en una Europa que envejece. Estrategias e instrumentos para prolongar la vida laboral*, European Network for Workplace Health Promotion (ENWHP), Essen, Alemania, 2006.

²⁹⁶ Marin, B., “¿Es posible detener, si no invertir, la reducción de la vida activa o la "exclusión por edad"? Algunas hipótesis de trabajo para su debate”. *Conclusiones del grupo de trabajo 2. La prolongación de la vida activa. Las medidas activas y la eliminación de las trampas de la pobreza. La creación de empleo y otras formas de participación activa*, en <http://imserso.es/InterPresent1>, p. 5. Pueden verse los datos contenidos en el Informe CES 02/2014 sobre la situación socio-laboral de las personas de 45 a 64 años de edad, Consejo Económico y Social, Madrid, 2014.

aras a la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social y la trágica situación del desempleo juvenil. Sin entrar a cuestionar el acierto de prolongar la vida activa, debate aún inconcluso, hemos de partir del dato de que mayoritariamente en los países europeos se tratan ambos problemas de forma independiente y se opta por imponer políticas de retrasos de la edad de jubilación. En determinados casos encaminadas a lograr, al menos, que la edad real de jubilación vaya acercándose a las edades previstas normativamente y que se reduzca el elevado número de abandonos tempranos del mercado de trabajo, aunque las políticas en este ámbito vienen siendo algo erráticas y, en muchas ocasiones, de ida y vuelta²⁹⁷.

Sin perjuicio de la necesidad de seguir profundizando en otras respuestas al problema del desempleo juvenil, puesto que, como señaló con acierto la Recomendación OIT n. 162 sobre los trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980, hay que aumentar las tasas de empleo de todos los grupos de población, sin desplazar los problemas de empleo de un grupo a otro, impera la tendencia a un paulatino incremento de la edad de jubilación²⁹⁸ y el fomento de la prolongación de la vida activa, no sólo para la sostenibilidad de las pensiones sino buscando la promoción de un envejecimiento activo. Ello dará paso en los años venideros, casi con total seguridad, a unos mayores índices de trabajadores de mayor edad. Esta realidad, aparte de otras posibles repercusiones en las que no hemos de entrar, ha de tener reflejo en unas políticas de Seguridad y Salud adecuadas y efectivas.

El aludido Marco Estratégico, que parece imponer una nueva visión – seguramente menos social – de la Seguridad y Salud, refleja una enorme preocupación por los aspectos económicos subyacentes a los daños en el trabajo y por los cambios sociales, en especial los demográficos y relativos al envejecimiento de la población. De esta forma, asistimos a cierto

²⁹⁷ En este sentido, el *Informe del CES* citado concluye (p. 176) que aunque “los trabajadores de 45 a 64 años de edad han sido y son beneficiarios de un conjunto heterogéneo de medidas dirigidas a ellos. Se trata, sin embargo, de medidas que se han ido adoptando en diferentes coyunturas, que no han respondido a una consideración sistemática y de conjunto a partir de un diagnóstico sobre las características de este amplio segmento poblacional y de unas necesidades que se han agudizado en el contexto de la actual crisis, y que se han visto expuestas a vaivenes y retrocesos”.

²⁹⁸ Sobre estas esenciales transformaciones en nuestro país, por todos, López Cumbre, L., “La Reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”; Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., “La Reforma de la jubilación”, ambos trabajos en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 29-30 (2012). Vid. Doménech, R. y García, J.R., *Sobre la necesidad de prolongar la vida laboral en España*, Observatorio Económico, BBVA, Madrid, 20 de noviembre de 2012.

cambio de rumbo que supone insistir en la relevancia de la prevención de riesgos y el fomento de unas condiciones más seguras y saludables en el lugar de trabajo como factores esenciales no solo para la mejora de la calidad del empleo y las condiciones laborales, sino también para promover la competitividad. Se viene a considerar que la buena salud de los trabajadores tiene un efecto positivo directo y mensurable en la productividad y contribuye a mejorar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. Partiendo de los resultados contenidos en el Informe de evaluación final sobre la aplicación de la Estrategia 2007-2012²⁹⁹, recomienda la conexión de esta temática con otras políticas europeas destinadas a asegurar la competitividad, la productividad y el crecimiento, insistiendo en el ahorro de costes y en la reducción del absentismo, temática ésta última algo olvidada en el texto aprobado que, sin embargo, conecta de forma importante con la prolongación de la vida activa.

Como valoración de conjunto, si comparada con las estrategias anteriores, pierde algo de empuje la tutela del derecho del trabajador a la Seguridad y Salud, se refleja una preocupación menor por la mejora del bienestar en el trabajo³⁰⁰ y se aprecia una acusada tendencia al incremento del desvelo por los costes económicos, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y los posibles problemas específicos derivados de la prolongación de la vida activa. Quizás se echa en falta un planteamiento más decidido de mejora permanente de los niveles de seguridad, como el contenido en la anterior Estrategia³⁰¹, en la que se pretendía fomentar un mayor progreso, partiendo del impulso del texto anterior, basado en un enfoque global del bienestar en el trabajo que, según el Consejo, permitió reactivar las políticas de prevención y mejoras significativas. No obstante, allí ya se iniciaba una visión consistente en que la Salud y Seguridad en el trabajo no solo preservan la vida y la salud de los trabajadores y aumentan su motivación sino que también desempeñan un papel fundamental para incrementar la competitividad y la productividad de las empresas y

²⁹⁹ DG Employment, Social affairs and inclusion, Final Report: Evaluation of the European Strategy on safety and health at work 2007-2012, Denmark, 2013

³⁰⁰ En contraposición ésta era, sin lugar a dudas, preocupación esencial en la nueva Estrategia comunitaria (2002-2006). Resolución del Consejo de 3 de junio de 2002 sobre una nueva Estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006) (DOCE de 5 de julio de 2002, n. C 161). No obstante, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo continúa trabajando con ahínco en este tema, vid. entre otros, *Wellbeing at work: creating a positive work environment*, E-fact- 76, OSHA, Luxemburgo, 2013.

³⁰¹ Resolución del Consejo de 25 de junio de 2007, vista la Comunicación de Comisión de 21 de febrero de ese mismo año: mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: Estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo, DOUE de 30 de junio de 2007, n. C 145.

contribuir a la viabilidad de los sistemas de protección social, mediante la reducción de costes. Pero allí se consideraba que este último objetivo se lograría como consecuencia del primero y primordial que es la propia y necesaria mejora permanente de la Seguridad y Salud, que por sí misma constituye el valor a tutelar. Enfoque más ajustado a un entendimiento de la prevención de riesgos indisolublemente unida al derecho fundamental más sagrado: la vida e integridad física y moral de la persona. En lo que ahora nos interesa, también la Estrategia anterior mostraba una especial preocupación por el principio de adaptación, reflejado en un alto nivel de atención al diseño de los lugares de trabajo, que ha de garantizar la aptitud de los trabajadores para el empleo durante toda su vida profesional y adaptarse a las necesidades individuales de los trabajadores de más edad y los trabajadores discapacitados.

Pese a la evidencia del problema planteado, algunas de las afirmaciones contenidas en el Marco Estratégico resultan cuando menos llamativas, quizás por su relativa novedad o por su crudeza. Esto es, por manifestar de forma tan abierta que un factor positivo, un logro social representado por fallecimientos más tardíos (en la actualidad la esperanza de vida media se sitúa en algo más de los 82 años, que previsiblemente alcanzará los 89 en el año 2050)³⁰², sumado a la incuestionable disminución de la tasa de natalidad, se torna en un grave problema, debido a sus importantes repercusiones económicas. En este sentido, sorprende que el Marco Estratégico exprese sin tapujos que evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan trabajar más tiempo. Con ello, en parte al menos, se cambia o se matiza el objetivo primordial de la seguridad y salud, que ya no persigue única o preponderantemente la tutela de los bienes jurídicos implicados o la indemnidad del trabajador, sino que se busca un fin motivado por otros intereses menos altruistas y más crematísticos: lograr un incremento del tiempo en que el trabajador puede prestar sus servicios. Con este planteamiento se estima que se contribuye a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población, en consonancia con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Tan importante resulta este objetivo para la Comisión que convierte el combatir el cambio demográfico en el tercero de los retos insertados en el Marco Estratégico,

³⁰² Ramón García, B., y Olivar de Julián, J.M., *Guía de la edad. Buenas prácticas en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, 2013, Confederación de Empresarios de Navarra, p. 7. Vid. también los datos contenidos en Doménech, R. y García, J.R., *Sobre la necesidad de prolongar la vida laboral...*, *óp. cit.*, pp. 8 ss.

en claro engarce con la sostenibilidad de las pensiones, poniendo en conexión una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, con la necesidad de gozar de salud y seguridad, fomentando una cultura de la prevención. En la actualidad también se está llevando a cabo un proyecto piloto del parlamento europeo sobre “Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad – seguridad y salud en el trabajo en el marco del envejecimiento de la población activa–”³⁰³.

2. El trabajador “maduro” o “de más edad” como grupo específico de riesgo

2.1. Consideraciones previas

Baste con hacer, por el momento, unas consideraciones de corte general sobre la problemática que nos ocupa y su tratamiento en el ordenamiento jurídico español. Cabe apreciar que nuestros gobernantes no son ajenos a la preocupación por esta problemática y, con carácter más global, la de la tutela “laboral” del trabajador de más edad, como se plasmó en su momento en la elaboración de la Estrategia 55 y más³⁰⁴, a la que nos referiremos *infra*. Algunas de las iniciativas incluidas en la misma se materializaron en una disposición de rango legal, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo³⁰⁵, texto donde las medidas estrictas en el ámbito de la Seguridad y Salud brillan por su ausencia. Ello seguramente justifica que no se hayan acometido reformas legales ni aprobado ninguna norma concreta en este terreno. Nuestro país, por tanto, no se caracteriza por brindar al trabajador una tutela fuerte en este ámbito, aunque se aprecia una tendencia clara hacia el

³⁰³ Se puede consultar en <https://osha.europa.eu/es/themes/osh-management--context-ageing-workforce/ep-osh-project>.

³⁰⁴ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más) (BOE de 24 de noviembre). Sobre la misma, Ysás Molinero, H., “La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad en el contexto de la prolongación de la vida laboral: la estrategia 55 y más”, *Comunicación a la Ponencia “Jubilación y políticas de empleo”*, [www.iuslabor.org/jornades e seminariis](http://www.iuslabor.org/jornades_e_seminaris).

³⁰⁵ BOE de 16 de marzo. Centrado de modo especial en la modificación de la jubilación, en la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo y en la reforma del contrato de relevo y la jubilación parcial.

retraso de la edad de jubilación, ciertas limitaciones a las jubilaciones anticipadas, prohibición formal de discriminación y, muy tímidamente, avances en el acceso progresivo a la jubilación. Sin embargo, en la práctica, resultan insuficientes las medidas para evitar la discriminación del colectivo, escasa su protección frente a la expulsión temprana del mercado de trabajo y casi inexistente la promoción del envejecimiento activo en condiciones de Seguridad y Salud y la garantía del bienestar en el trabajo.

Aun sabiendo que los avances en torno a las cuestiones enunciadas son presupuesto indispensable para alcanzar el momento en que el grupo de trabajadores maduros crezca en número y cobre una mayor relevancia, hasta hacer insoslayable un planteamiento adaptado de las políticas de Seguridad y Salud, nuestro interés va a centrarse en este último aspecto. Constatada la ausencia de una legislación específica, y ante la insuficiencia de las iniciativas en el campo de las buenas prácticas o de la responsabilidad social corporativa, resulta conveniente buscar una aplicación de la LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) adaptada a las específicas necesidades del colectivo. Ello sin perjuicio de la conveniencia de iniciativas legislativas concretas que, junto a la indispensable puesta en valor del trabajo, la experiencia y la potencialidad de estos trabajadores, incluyeran medidas de corte estrictamente preventivo.

2.2. Efectos de la edad en la Seguridad y Salud en el trabajo: el principio de adaptación y la inclusión entre los grupos especiales de riesgo

Como hemos apuntado, no estamos ante una temática totalmente desconocida con anterioridad pero sí bastante desatendida en la práctica diaria de las empresas. Las repercusiones de la edad en el terreno de la Seguridad y Salud son destacadas en distintos estudios y documentos, pero son casi desconocidas en las evaluaciones de riesgos y planes de prevención.

Partiendo del envejecimiento entendido como un conjunto de procesos desfavorables, con causas biológicas que se van originando en el devenir del tiempo que suelen dar como resultado una disminución de las capacidades psicosomáticas que, en los últimos años, limita la adaptación del organismo al medio y su capacidad de respuesta a las distintas exigencias de éste, en la práctica, da lugar a resultados finales distintos y está sometido a la variabilidad individual, manifestándose como un proceso insidioso, con distintas partes del cuerpo envejeciendo a distintas

velocidades³⁰⁶. Por tanto, si bien con carácter general es bastante habitual extraer relevantes conclusiones en relación a la incidencia del incremento de la edad del trabajador en el terreno de la tutela de la Seguridad y Salud en el trabajo, éstas deben ajustarse también al perfil personal de cada trabajador. En esta línea, es frecuente afirmar que el aumento de la edad suele propiciar una pérdida de determinadas capacidades psicofísicas, un incremento de la siniestralidad laboral³⁰⁷ o una mayor incidencia de las enfermedades crónicas, la prolongación de las bajas laborales y el aumento del absentismo. Circunstancias que, aunque no todas ellas científicamente contrastadas y algunas controvertidas, a buen seguro, preocuparán de forma específica en los próximos años y deberían ser objeto de investigaciones, estudios y planes concretos. En términos bastante generales, el Marco Estratégico considera que el objetivo que nos ocupa se lograría a través de medidas de adaptación de los lugares de trabajo a esta nueva realidad, de la mejor organización del trabajo, incluida la jornada laboral, la accesibilidad del puesto y las intervenciones dirigidas a los trabajadores de más edad.

Por su parte, en nuestro país en la Estrategia 55 y más, el Gobierno se compromete a que el INSHT (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene) impulse la realización de investigaciones específicas en este ámbito, a fin de detectar perfiles de morbilidad asociados a la edad y diseñar intervenciones concretas, así como estudios epidemiológicos encaminados a determinar aquellas ocupaciones potencialmente más peligrosas en función de la siniestralidad y definir el impacto que ejerce la edad sobre las mismas. En base a los resultados obtenidos, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo analizará y discutirá posibles estrategias que garanticen la Seguridad y la Salud de los trabajadores de más edad. Asimismo, se analizarán y determinarán medidas, por parte de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, para la aplicación de coeficientes reductores a la edad ordinaria de jubilación para que los trabajadores que realicen determinadas actividades que supongan un riesgo para su Seguridad y Salud puedan acceder a la jubilación de forma anticipada. No obstante, como iremos desentrañando a lo largo del trabajo, la Estrategia ha finalizado su vigencia y sus loables objetivos, al menos en el terreno específico de la Seguridad y Salud y la organización del trabajo, escasamente se han plasmado en iniciativas legislativas

³⁰⁶ INSHT. NTP 366: Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad, 199.

³⁰⁷ Algunos datos significativos en García Barreiro, A., Gallego, I. y Maqueda, J., “Siniestralidad laboral y envejecimiento de la población trabajadora (España 1997-2002)”, *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo*, vol. 1, n. 1, 2005, pp. 79 ss.

concretas.

Profundizando en esta línea de planteamiento, la Estrategia Española de Seguridad y Salud 2015-2020 afirma que “la población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada, puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas. Los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media”. Este colectivo, entre otros, debe ser objeto de un análisis específico para mejorar sus condiciones de Seguridad y Salud en el trabajo. El problema más patente de dicha Estrategia es que se limita a proponer una serie de objetivos y unas líneas de actuación generales que a su vez se desarrollarán en medidas más concretas, plasmadas en sucesivos planes de acción, que no quedan especificadas en el texto presentado. Aparte de esbozar una línea de actuación consistente en promover la Seguridad y Salud de colectivos específicos, entre las medidas señaladas en la hoja de ruta trazada por el Gobierno se incluye el fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas para mejorar el nivel de protección de determinados colectivos de trabajadores, como los temporales, jóvenes, trabajadores de edad avanzada y mujeres. Asimismo, realizar un análisis de las consecuencias del envejecimiento de la población activa en el ámbito laboral, en la siniestralidad. Por tanto, seguramente habremos de esperar a la realización y a los resultados de los citados análisis y estudios para la adopción, en su caso, de medidas preventivas dirigidas al colectivo.

Estas innegables y estudiadas circunstancias deberían llevar a una imprescindible inclusión, junto a otros factores como el género³⁰⁸ sobre el

³⁰⁸ Cuestión a la que, a diferencia de las Estrategias anteriores, no se presta una atención específica a pesar de que queda aún un arduo camino por recorrer pese a las actuaciones emprendidas, en especial en el campo de la investigación y de las políticas sanitarias, con poco reflejo a nivel normativo o en la práctica preventiva de nuestras empresas. Sobre esta temática puede verse, entre otros García Murcia, J., “Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad”, en *Mujer, trabajo y seguridad social*, La Ley, 2010, pp. 591 ss.; Llano Sánchez, M., “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA.VV. (Dir. Valdés Dal-Re, F. y Quintanilla Navarro, B.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, MTIN-Fundación largo caballero, Madrid, 2008, pp. 345 ss.; Rivas Vallejo, R., “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 2008 (n. extra 74), pp. 227 ss.; Sánchez-Urán Azaña, Y., “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 53, 2004, pp. 149 ss. Vid. El documento *Mainstreaming gender into occupational safety and health practice*, European Agency for Safety and Health at Work, Luxemburgo, 2014.

que existe un alto grado de consenso, de la variable de la edad³⁰⁹ en las políticas preventivas en las empresas a fin de lograr la adaptación de las medidas preventivas y de mejora a las necesidades de estos trabajadores³¹⁰. Ahora bien, pese a todo lo señalado con anterioridad, tampoco hemos de perder de vista que también la edad aporta una serie de desarrollos positivos de capacidades de tipo intelectual o relacionados con la experiencia o la competencia profesional, que deberían ser objeto de una mayor atención y que en puridad resultan importantes activos a potenciar en la empresa, aspecto a destacar también desde el terreno de la formación y la sensibilización. De esta forma, viene a afirmarse que el gran triunfo del envejecimiento es el crecimiento mental. El pensamiento estratégico, la agudeza de ingenio, la consideración, la sabiduría, la capacidad de deliberar, la capacidad de racionalizar, el control de la vida, la percepción global y las capacidades lingüísticas mejoran con la edad. Los trabajadores de edad avanzada muestran compromiso con el trabajo, son leales a su empleador y, a menudo, presentan tasas de absentismo más bajas³¹¹. Pese a estas consideraciones, la empresa no muestra un especial interés por este colectivo de trabajadores y, en la práctica, encuentra grandes incentivos y facilidades para sustituirlos por otros más jóvenes en condiciones más precarias, con el consiguiente ahorro de costes.

Como hemos señalado, la inexistencia de una regulación específica obliga a articular su protección a través de su inclusión, perfectamente admisible, en los grupos expuestos a riesgos, por su especial sensibilidad a los mismos, en el sentido del art. 15 de la Directiva Marco³¹². Por tanto, en el orden interno habrá de acudirse al art. 25 LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) así como a otras referencias genéricas contenidas en el mismo

³⁰⁹ Puede verse Valladares, J.C. y Llamas Muñoz, M.J., “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales* n. 197, 2011, pp. 24 ss.

³¹⁰ Sobre esta temática, por todos, Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak* n. 24, 2011, pp. 17 ss.; Carrero Domínguez, C. y Moreno Márquez, A., “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en Mercader Uguina, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 307 ss.; Fernández García, R., “El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales* n. 98, 2012, pp. 38 ss.

³¹¹ Ilmarinen, J., “Promoción del envejecimiento activo en el trabajo”, Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2012, Año Europeo del envejecimiento activo, p. 2, <http://osha.europa.eu> y www.envejecimientoactivo2012.net. Aspecto sobre el que, como cabe apreciar, no existe consenso.

³¹² Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la adopción de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE) (DO L 183 de 29.6.1989).

texto legal.

Contrasta esta situación de anomia legislativa con la temprana actuación de la OIT en este campo, manifestando su preocupación por este tema en la Recomendación n. 162 ya citada, que incluye disposiciones concretas centradas en los aspectos preventivos, a las que se dedicará somera atención *infra*. El punto de partida viene situado en la necesidad de realizar estudios que permitan la identificación de aquellas actividades en las que el proceso de envejecimiento pueda ser más rápido y de aquellas otras en las que los trabajadores de más edad encuentren dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo. La finalidad de estos estudios no sería otra que determinar sus causas y proponer soluciones apropiadas. En tiempos más recientes ha vuelto sobre esta problemática, elaborando una nota sobre “conditions of work and employment: issues for older workers”, hoja informativa (Ginebra, 2008).

2.3. ¿Fijación de un límite mínimo de edad o concepto flexible de trabajador maduro a efectos de Seguridad y Salud?

Tal y como hemos señalado, no es difícil hallar un importante grado de consenso sobre los efectos negativos de la edad en la Seguridad y Salud y su consideración como un factor con peso específico en orden a la eficacia de las políticas preventivas. Sin embargo, no aparece tan diáfana la cuestión acerca de la necesidad de fijar un umbral de edad concreto a partir de la cual considerar a un trabajador “maduro” o de “edad avanzada” o la mejor adecuación de un concepto flexible. Si nos atenemos a lo dispuesto en la Recomendación n. 162 OIT citada, “(...) cada país podrá definir con mayor precisión a qué trabajadores se aplica, con referencia a grupos de edad determinados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las condiciones locales”.

En la doctrina, en puridad, por no existir no existe ni siquiera un acuerdo unánime sobre la denominación (trabajadores maduros, de edad avanzada, de mayor edad y así sucesivamente). Por tanto, menor es la coincidencia en lo relativo al colectivo que quedaría comprendido en el mismo³¹³. Como es bien sabido, a otros efectos en el ámbito laboral suele fijarse el

³¹³ Sobre esta cuestión, también Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención...” *óp. cit.*, pp. 44-45; asimismo, Collantes Ibáñez, P., “Prevención de riesgos psicosociales y salud mental”, en Collantes, M.P. y Marcos, J.I., *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2012, p. 33.

mínimo en los 55 años³¹⁴ de edad pero también pueden hallarse referencias a los 52 o a los 50 años³¹⁵. Aun cuando el umbral de los 50-55 años puede resultar indicativo, seguramente en el campo que nos ocupa resulta imposible e ineficaz fijar una edad concreta o establecer medidas aplicables uniformemente y de forma rígida a estos trabajadores, en tanto influyen sobremanera otros factores como las características personales, el estado general de salud trabajador, su aptitud o la actividad realizada y el resto de condiciones de trabajo, atendida la diversidad del mundo laboral. Quizás no quepa avanzar más allá de la concienciación y sensibilización acerca del problema de la edad y sus repercusiones en la Seguridad y Salud en el trabajo, la ineludible inclusión de esta variable en la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, como factores que pueden incidir en la generación o el incremento de los riesgos, e insistir en la necesidad de adoptar, cuando la situación lo exija, medidas de adaptación y/o adecuación de las condiciones, del tiempo o el puesto de trabajo, entre otras³¹⁶, a las que prestaremos mayor atención en otro apartado del trabajo. Actuaciones que deberían venir marcadas por un importante grado de flexibilidad que permita su ajuste a las necesidades y exigencias derivadas del supuesto concreto. Aun cuando seguramente deberían emprenderse actuaciones legislativas concretas o el tema debiera ser también abordado por la negociación colectiva, el planteamiento aquí esbozado en el caso español tiene perfecta cabida, pese a sus dificultades

³¹⁴ Así en el RDL 5/2013, de 15 de marzo y en la Estrategia 55 y más. También, González Sánchez, E., *Estudio de las condiciones de Seguridad y Salud Laboral en el colectivo de trabajadores de edad avanzada. "Mayores de 55 años"*, Junta de Castilla y León, 2013. Sin embargo, a efectos de medidas o incentivos al empleo, éstos empiezan en nuestro ordenamiento en los 45 años; pero hay bonificaciones específicas para contratos indefinidos con trabajadores con 60 o más; a efectos de despidos colectivos, encontramos determinadas medidas de protección previstas para trabajadores a partir de los 50 años de edad.

³¹⁵ En Italia, por ejemplo, el umbral suele situarse en los trabajadores mayores de 50 años, puesto que esta es la edad que fija la única referencia normativa específica en el ámbito de la protección de la Seguridad y Salud frente a los riesgos de las pantallas de visualización (art. 176 Testo Unico per la Sicurezza sul Lavoro, D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) y las medidas laborales introducidas en las últimas reformas, por ejemplo, en la L. 92/2012, 28 giugno. No obstante, también se introduce una distinción entre los trabajadores maduros (+50) y los ancianos (62-66), puede verse www.hyperedizioni.com/news/safetysnack/3322/la-valutazione-dei-rischi-lavorativi-in.html; también, Rey, V., Sozi, G. y Castriotta, M., *Lavorare negli anni della maturità-Invecchiamento attivo, salute e sicurezza dei lavoratori ultracinquantenni*, INAIL, Roma, 2013, p.8.

³¹⁶ Puede verse la *Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*, Foment de Treball Nacional y Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2013.

prácticas, en el texto de la LPRL.

3. Recuperación, rehabilitación y reinserción al trabajo *versus* tutela efectiva del derecho a la salud

Si volvemos la vista al texto del Marco Estratégico citado, atención específica se presta a las medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado de trabajo. Aun a pesar de la loable intención perseguida por la medida, seguramente debe prestarse especial atención a que en la práctica esta vuelta al trabajo venga marcada por la plena recuperación de la salud, basada en criterios médicos, sin premuras ni presiones. No hay que ignorar que este criterio aplicado de forma intensiva y guiado por la premura puede dar lugar a situaciones abusivas por parte del empresario, restrictivas de la libertad del trabajador y contrarias a su plena recuperación y a la tutela integral y efectiva de su derecho a la salud. Así, a título meramente ejemplificativo cabe señalar que en el orden interno este asunto ha ocupado la atención del Tribunal Supremo³¹⁷ que declaró nulo el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal producido tras la advertencia de ser despedido si no se daba de alta y se reincorporaba al trabajo, por entenderlo atentatorio contra su derecho a la integridad física. Estamos, por tanto, ante una cuestión delicada que seguramente debería recibir cierta atención en un futuro próximo. Se trataría de buscar cierto equilibrio que evite situaciones como la descrita pero también la que pretende evitarse, en especial actuaciones, amparadas en la baja del trabajador, que contribuyan a una exclusión prematura del mercado de trabajo³¹⁸.

Tampoco en esta cuestión la Comisión opera en un campo totalmente inexplorado con anterioridad, pues es cierto que un objetivo parcialmente coincidente aparecía en la Estrategia anterior, que en términos más generales hacía especial hincapié en la necesidad de actuar a favor de la rehabilitación y la reintegración de los trabajadores que hayan padecido un accidente de trabajo, una enfermedad profesional o una discapacidad, pero de nuevo aquí el planteamiento, al menos sobre el papel, parecía esgrimir

³¹⁷ STS de 31 de enero de 2011 (n. rec. 1532/2010).

³¹⁸ Vid. Fernández Enguita, M. y Las Heras Pérez, S., “Los trabajadores maduros ante la salida anticipada del mercado de trabajo” y “La caída de actividad en los trabajadores de 50-65 años”, *Universidad de Salamanca, Departamento de Sociología, Materiales de trabajo, Serie Análisis*, Documentos A/10 97-PB 94/1382 y A/13 97-PB94/1382 respectivamente.

una mayor preocupación por la tutela de la Seguridad y Salud de los trabajadores que por las consecuencias económicas de la situación comentada. Por tanto, hay que buscar un justo equilibrio entre la pronta vuelta al trabajo y la seguridad de la misma. Para ello resultan esenciales las facilidades para un retorno al trabajo en condiciones de seguridad, la rehabilitación y la adaptación de las condiciones de trabajo a las capacidades reales del trabajador y a su paulatino proceso de recuperación y a sus posibles problemas de salud. A tal fin, debe garantizarse la evitación de daños a los trabajadores, la ausencia de presión mental o emocional o un reingreso sometido a unas exigencias no adaptadas a las capacidades psico-físicas de los trabajadores. El objetivo no puede ser, por encima de todo, la vuelta rápida al trabajo sino la garantía plena del derecho a la salud y el bienestar en el trabajo, apoyado en los necesarios ajustes en las condiciones y tiempo de trabajo. En este sentido, con carácter general, la regulación existente a nivel interno en esta materia necesita de una profunda revisión y actualización, a fin de garantizar la adaptación de las condiciones y el tiempo de trabajo a las capacidades reales del trabajador.

4. Envejecimiento activo y mejora de la “empleabilidad”

4.1. Envejecimiento activo y promoción de estilos de vida saludables

El reto perseguido, aparte de ser sumamente ambicioso, se presenta en unos términos bastante claros, ahora bien, no resulta tan fácil averiguar el tipo de medidas específicas que hayan de ponerse en marcha para un logro efectivo y eficiente de la prolongación en condiciones saludables de la vida activa. En consecuencia, se echan en falta en el Marco Estratégico o en otras iniciativas de la Unión, aspectos más concretos, inclusión de actuaciones efectivas y datos clarificadores en relación al significado y alcance de aspectos como la accesibilidad del puesto. Obviamente, el objetivo buscado solamente puede lograrse a través de entornos de trabajo seguros y saludables, basados en la calidad, la promoción y la mejora continua.

La prolongación de la vida activa en condiciones saludables se enmarca dentro de una tendencia hacia el envejecimiento activo (*active ageing*) que viene siendo definido por parte de la OMS (Organización Mundial de la Salud) como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida

que las personas envejecen. Planteamiento que también avala la OIT que considera necesario adoptar políticas y prácticas sólidas en materia de Seguridad y Salud en el trabajo que inviertan en la seguridad, la salud y el bienestar de los trabajadores durante su vida laboral, para mantenerlos empleados más tiempo y mejorar su bienestar³¹⁹. Se trata de implantar una nueva concepción de envejecimiento activo que viene a significar una madurez vivida en un contexto vital y digno dentro de una sociedad solidaria³²⁰. La mejora de las condiciones de trabajo y, de modo particular, del medioambiente de trabajo y la garantía de la Seguridad y Salud en el trabajo pueden actuar como un desincentivo a la salida temprana del mercado de trabajo y como un revulsivo para un envejecimiento activo y saludable.

Sentado lo anterior, basta ahora con señalar que seguramente el Marco Estratégico piensa también en otro tipo de medidas, que en ningún caso explícita, que comiencen a implementarse con anterioridad durante la relación laboral y que permitan esa prolongación con garantías de la vida activa. Es verdad que hay empresas, también en nuestro país, que empiezan a centrar la atención en aspectos relativos a los estilos de vida saludables, a través de formación específica relativa a los hábitos de alimentación³²¹ o la promoción del ejercicio físico, entre otros. A buen seguro, la prolongación de la vida activa únicamente va a lograrse a través de la promoción del bienestar en el trabajo y la mejora permanente de la calidad del medioambiente de trabajo, aspecto que parece ha quedado un poco relegado en los retos de la Unión frente a los planteamientos de textos anteriores. Cuestiones que, aunque también algo invisibles en la LPRL, engarzan con su propio objeto (art. 2) de promover la seguridad y la salud de los trabajadores y con el concepto de salud manejado ya desde la década de los 50 del siglo pasado por la OMS, en términos de estado

³¹⁹ “Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación”, Ginebra, Día Mundial de la Seguridad y Salud, 28 de abril de 2010, p. 8. Puede verse Ilmarinen, J., “Promoción del envejecimiento activo...”, *óp. cit.* Giró Miranda, J. (Coord.), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de la Rioja, 2006. Sánchez-Urán Azaña, Y., “Envejecimiento activo: política social y derecho”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160, 2013, pp. 63 ss. El INSHT también está en la actualidad poniendo en marcha el proyecto enACTIVO centrado de forma especial en los riesgos psicosociales y el favorecimiento de las condiciones de trabajo óptimas para posibilitarlo, vid. Otero Aparicio, M.J., *Envejecimiento: políticas y estrategias desde la seguridad y salud en el trabajo*, INSHT, Madrid, 2015, consultada en www.imserso.es (presentación ppt).

³²⁰ Rey, V., Sozi, G. y Castriotta, M., *Lavorare negli anni della maturità...*, *óp. cit.*, p. 16.

³²¹ Tendencia que también se constata en el documento OIT “Riesgos emergentes...”, *óp. cit.*, p. 14.

completo de bienestar físico, mental y social y no solamente ausencia de enfermedad.

En esta línea se mueve también la Estrategia Española 2015-2020 que considera que determinados hábitos de vida pueden poner en riesgo la Seguridad y Salud del propio trabajador y la de terceros. Para ello, viene a considerar que resulta preciso el desarrollo de políticas públicas que incidan en el bienestar de la población en general y que fomenten hábitos de vida saludables y preventivos, tanto laborales como extra-laborales. A fin de conseguir este objetivo de fomentar hábitos saludables y preventivos, se propone impulsar la creación de una Red Española de Empresas Saludables que, de forma voluntaria, promueva programas de salud integrales en las empresas, tanto en las grandes empresas como en las pymes. De nuevo, nos movemos en el terreno de la voluntariedad y las buenas prácticas, de loables intenciones y óptimos resultados, pero aún poco extendidas y limitadas a las grandes empresas, fuera del funcionamiento diario de las empresas pequeñas y micro-empresas. En este terreno, a título de meras recomendaciones, la Estrategia 55 y más, considera que las Administraciones Públicas deberían desarrollar campañas de información y sensibilización que promuevan el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad, precisando los valores positivos del trabajo desarrollado por los mismos desde una perspectiva económica y social y combatiendo todos aquellos estereotipos y prejuicios que impiden su plena participación en el mercado de trabajo. Dirección a la que también apunta el art. 33.2 g) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública³²², que establece dentro de las actuaciones sanitarias en el ámbito de la salud laboral, que la autoridad sanitaria, de forma coordinada con la autoridad laboral, “Fomentará la promoción de la salud en el lugar de trabajo, a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables”.

4.2. Prolongación de la vida activa y “empleabilidad”

En otro orden de consideraciones, resulta preciso en este momento destacar que cabe apreciar en las políticas europeas de nuevo un emparejamiento, seguramente bastante interesado, del tema de la Seguridad y Salud en el trabajo, con aspectos esenciales de otros marcos estratégicos, en concreto con el desarrollo de la empleabilidad a lo largo de toda la vida laboral. Si bien este concepto hasta la fecha aparecía más

³²² BOE de 5 de octubre.

centrado en el potencial y las capacidades profesionales del sujeto para incrementar sus posibilidades de acceso al empleo que en la mejora de sus condiciones de vida y trabajo, como es obvio. Ello viene a confirmar, a nuestro modo de entender la cuestión, que el de empleabilidad se ha convertido, sin dudas, en un concepto recurrente, en un comodín, incluido en distintos movimientos de reforma en los últimos tiempos, que en nuestro país viene utilizándose como excusa para justificar normas que implican una clara precarización laboral y para la descausalización de la contratación temporal. Medidas que, en consecuencia, caminan en una dirección absolutamente contraria a la mejora de la calidad del trabajo y el incremento del bienestar que serían clave para una prolongación efectiva y saludable de la vida activa.

La única forma de abordar con cierta lógica este recurso a la empleabilidad procede de imaginar que el Marco Estratégico sitúa a la empleabilidad (entendida como potencial o adaptación de las capacidades) o más bien a su carencia, en la base de muchos de los frecuentes abandonos prematuros de la vida laboral. A juicio de la Comisión, la empleabilidad podría mejorarse con diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC, por ejemplo, el trabajo asistido por el entorno, del que no aporta ningún dato adicional pero que viene a conectar con programas ya puestos en marcha como el de vida cotidiana asistida por el entorno³²³.

En este sentido, también la Estrategia 55 y más insiste en aspectos como la formación a lo largo de la vida laboral, a fin de evitar las situaciones de ineptitud sobrevenida así como la necesidad de sensibilización de la sociedad acerca de los valores positivos que representa el trabajo desempeñado por los trabajadores de más edad³²⁴, aspecto éste en el que aún queda un importante camino por recorrer. Asimismo, introduce importantes medidas relativas a la orientación profesional y la activación

³²³ Programa de vida cotidiana asistida por el entorno (AAL), DOUE L 201/49, de 30 de julio, para envejecer mejor en la sociedad de la información, que hace también referencia al ámbito del trabajo y la mejora de la empleabilidad de las personas mayores. vid. La Decisión n. 554/2014/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2014 relativa a la participación de la Unión en el programa de investigación y desarrollo “vida cotidiana asistida y activa”, emprendido conjuntamente por varios Estados miembros (DOUE L 169/14, de 7 de junio).

³²⁴ Propuesta que también avanza el Informe CES sobre la situación sociolaboral..., pp. 179-180, ya citado, en especial eliminando los estereotipos negativos y poniendo en valor sus competencias adquiridas mediante la experiencia y las vías informales de información, entre otras. Puede verse “I lavoratori Over50 come risorsa. Gli strumenti di Age Management per valorizzarli”. Osservatorio Active Ageing, https://www.randstad.it/knowledge360/archives/osservatorio-active-ageing-i-lavoratori-over50-come-risorsa_82/.

hacia el empleo, la formación para el empleo, la recualificación profesional y la acreditación de competencias profesionales, en especial para las mujeres. A ello se añaden acciones encaminadas a desarrollar nuevas competencias y destrezas en el trabajo, bien sea mediante la rotación de las tareas o del enriquecimiento del puesto o bien por medio de la implantación de programas complementarios dirigidos a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional. No obstante, como hemos concluido en otros apartados, estas medidas no se han plasmado en efectivos cambios normativos ni en medidas directamente aplicables y exigibles. En las políticas formativas, es bien sabido que se da prioridad a los colectivos con mayores dificultades de inserción entre los que se incluyen los mayores de 45 años en la formación profesional para el empleo, aunque, en puridad, éstos no serían todavía considerados como trabajadores maduros propiamente dichos.

No hay que perder de vista que, en la práctica, dada la concurrencia de diversas circunstancias y factores de distinto tipo, tanto el trabajador como el empresario encuentran muchos incentivos en el abandono temprano del mercado de trabajo, fomentado de forma especial por las empresas en determinados sectores productivos. En este sentido, falta una especial sensibilización social de los valores positivos del trabajo de los trabajadores y trabajadoras de más edad³²⁵. Algo que intenta remediar la estrategia 55 y más, en especial situándola en el ámbito de la Responsabilidad Social de las Empresas y en la difusión de mejores prácticas en este terreno. Por otra parte, valora la inclusión entre las recomendaciones del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, como premisa para que una empresa sea reconocida como socialmente responsable de la adopción de medidas dirigidas a garantizar una adecuada gestión del empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad. Sin lugar a dudas, aunque éste es un ámbito de creciente relevancia, todavía su alcance es reducido, por tanto, para el logro de estas metas deben articularse medidas de todo orden, más incisivas y con un mayor carácter imperativo para las empresas.

³²⁵ vid. Amageur Lattes, M.C., *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A.M., “La edad en la extinción del contrato de trabajo: la ductibilidad de la garantía del estado al trabajador maduro”, en *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 161 ss.; Sánchez-Urán Azaña, y., “Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 33, 2001, pp. 215 ss.

5. Prolongación de la vida activa y mejora de la organización del trabajo: entre la obligación y las buenas prácticas

Como hemos señalado con anterioridad, la OIT había manifestado su preocupación por la cuestión que nos atañe en la Recomendación n. 162 sobre los trabajadores de edad, cuyo contenido, escasamente vinculante y bastante ignorado en ordenamientos como el español, aporta disposiciones concretas centradas en los aspectos preventivos. A tal fin, para combatir dificultades de adaptación ligadas al envejecimiento, propone medidas encaminadas a corregir las condiciones de trabajo y de medio ambiente de trabajo que puedan acelerar el proceso de envejecimiento; modificar las formas de organización del trabajo y la ordenación de los horarios de trabajo que entrañen exigencias y ritmos excesivos en relación con las posibilidades de los trabajadores interesados; en especial limitando las horas extraordinarias; adaptar el puesto de trabajo y las tareas que éste exige al trabajador que ocupa dicho puesto, utilizando todos los medios técnicos disponibles.

A ello se suman una serie de medidas para modificar los horarios y la organización del trabajo (punto 14), flexibilizándolos a favor del trabajador, limitando la duración de la jornada e incrementando los tiempos de descanso, incluidas las vacaciones, así como la exoneración de los trabajos a turnos³²⁶ o nocturnos. Considera que se debe permitir que los trabajadores de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles. También facilitar la asignación de los trabajadores de edad a empleos de horario normal diurno, tras cierto número de años de actividad en un sistema de trabajo por turnos en régimen continuo o semi-continuo. Asimismo, refleja la incidencia de los sistemas de remuneración a rendimiento en los ritmos de trabajo y propone la introducción de nuevos criterios para estos trabajadores, buscando sistemas de remuneración más adaptados, sustituyéndolos por otros en función al tiempo. A juicio de la OIT esta ordenación flexible reporta también beneficios a los empresarios, en particular los derivados de mantener la experiencia y cualificaciones de estos empleados, como de la transmisión de sus conocimientos de la organización a los trabajadores más jóvenes.

Por su parte, resulta conveniente destacar que el objetivo de mejora de las

³²⁶ En algunos sectores específicos se están llevando a cabo investigaciones y proyectos importantes en este terreno, vid. Ferreras Remesal, A. *et altri*, "Buenas prácticas de la industria química para prevenir riesgos en el trabajo a turnos de los trabajadores mayores", <http://quimicas.ibv.org>.

condiciones de trabajo de los mayores de 55 años, con particular consideración a la mejora en el ámbito de su Seguridad y Salud en el trabajo, está incluido entre los generales de la Estrategia 55 y más ya citada, que centra la atención en la flexibilización de la organización del trabajo, en especial en relación con la jornada, incluyendo una posible regulación de un nuevo supuesto de reducción de jornada para trabajadores de una determinada edad. Asimismo, se busca el impulso de medidas dirigidas al desarrollo de nuevas competencias y destrezas en el trabajo, a través de la rotación de tareas o enriquecimiento del puesto; estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador o de la trabajadora mayor y medidas que aborden cambios de la actividad de los trabajadores y de las trabajadoras.

Ahora bien, hemos de tener presente que la mayoría de estas medidas necesitarían de una actuación legislativa concreta que reconociera determinados derechos a los trabajadores de más edad en orden a la flexibilidad en la organización del tiempo del trabajo, descansos y ritmos de desarrollo de la prestación, así como facilidades para el tránsito a reducciones de jornada acompañadas o no de jubilaciones parciales y un acceso progresivo a esta situación, para evitar ceses totales. La propia Estrategia pone de manifiesto la existencia de una serie de rigideces y cierta dificultad jurídica para la jubilación parcial, en particular, la suscripción de un contrato de relevo (innecesaria, como es sabido, siempre que se haya cumplido la edad de jubilación prevista en el art. 161.1 a) y DT 20ª LGSS y se cumplan los otros requisitos exigidos legalmente). Aun cuando todavía insuficientes, se han dado ciertos pasos en orden al fomento de la prolongación de la vida activa, en la medida en que se permite que los trabajadores que hayan accedido a la jubilación una vez alcanzada la edad legal, puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50% de la pensión (con los requisitos contenidos en el RDL 5/2013). Esta sentida necesidad y la insuficiencia normativa, llevan a la Estrategia a proponer el estudio de la viabilidad jurídica, económica y social de fijar en la legislación un derecho a la reducción de jornada para estos trabajadores, con la correspondiente reducción salarial, estudiando las posibles medidas de protección social que habrían de acompañarla. Asimismo, se aboga por el impulso de estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador, así como las posibilidades de cambio en la actividad desempeñada.

Como es sabido, el Estatuto de los Trabajadores no se detiene en modo alguno en este colectivo específico de trabajadores al regular el tiempo de

trabajo, a diferencia de lo que ocurre en relación a los menores. Lógicamente, resultados similares pueden lograrse a través de otras fórmulas organizativas más flexibles como el teletrabajo. Estas medidas no son excesivamente frecuentes en la negociación colectiva, y además, conectan con otras dificultades como la necesidad de actualización, adaptación y formación permanente de este grupo de trabajadores, en especial en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Todos estos aspectos, de particular importancia, lógicamente no son absolutamente novedosos y también preocupan a nivel comunitario. Ya la Comunicación de la Comisión “Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo”, COM (2004) 146 final, reconocía el papel imprescindible de las condiciones de higiene y seguridad en las posibilidades de estos trabajadores de continuar en el mercado de trabajo, pero poniendo de modo particular el acento en las formas flexibles de organización del trabajo para mantenerlos en activo. Afirma la Comisión que los trabajadores, a medida que tienen una mayor edad, deben tener la oportunidad de ocupar los puestos más acordes con sus aptitudes intelectuales y físicas y debe dárseles la opción de elegir un trabajo a tiempo parcial o, al menos, una reducción de su horario de trabajo. En esta línea, se insta a los Estados Miembros a fomentar condiciones de trabajo que estimulen la conservación del empleo, reconociendo la importancia de la higiene y seguridad en el trabajo y las formas innovadoras y flexibles de organización del trabajo a lo largo de toda la vida laboral, que incluyan períodos de actividad a tiempo parcial o interrupciones de la actividad. Asimismo, sería importante tener en cuenta el factor de la edad en relación a medidas como la distribución irregular de la jornada, el trabajo nocturno o a turnos, con importante incidencia en la salud de los trabajadores, que a buen seguro resulta mayor si a ello añadimos el factor edad.

Las reflexiones anteriores han conducido a que en la actualidad se sitúe la necesidad de mejorar la organización del trabajo y, en especial, de los tiempos de trabajo y descanso en el terreno de las buenas prácticas, también incentivadas desde el Marco Estratégico en materia de Seguridad y Salud. Aun cuando el interés por este tipo de medidas no normativas es notable y creciente en el ámbito europeo, como es sabido, las buenas prácticas no tienen carácter vinculante y, en la actualidad, solamente encuentran un referente adecuado en empresas muy comprometidas con la Seguridad y Salud, que huyen de un cumplimiento meramente formal y poco eficaz de la normativa preventiva, para poner el punto de mira en la mejora continua del medioambiente de trabajo y del bienestar del

trabajador, contando también con una fuerte implicación y un importante papel participativo por parte del conjunto de la plantilla. Estas características hacen que su relevancia sea más que relativa en las pequeñas empresas y micro-empresas. De todo lo anterior cabe extraer una relevante conclusión: mientras no sea una realidad la implantación de un nuevo enfoque preventivo centrado no tanto o no sólo en instrumentos legislativos sino en el intercambio y extensión de las buenas prácticas, habrá que apostar por avances en el terreno normativo o interpretativo, en la medida en que nuestra normativa permite una exégesis capaz de tutelar, aún de modo todavía insuficiente, los intereses de los trabajadores mayores. Qué duda cabe que incluir la garantía de la Seguridad y Salud de estos trabajadores en el campo de las recomendaciones, la responsabilidad social o las buenas prácticas puede reportar ventajas innegables, que se ven sin embargo ensombrecidas por su todavía reducido espectro.

De esta forma, en el terreno legislativo y con efectos plenamente obligatorios, un planteamiento centrado en la adaptación y la adecuación y medidas de organización del trabajo, aunque previamente habría que reducir los riesgos ligados al envejecimiento y promover ambientes de trabajo saludables, puede extraerse de la aplicación de la correosa regulación contenida en el art. 25 LPRL³²⁷ dedicado a los trabajadores especialmente sensibles, en cuya formulación genérica y referida a características personales o estado biológico conocido, podría venir incluida sin demasiadas dificultades la edad o los efectos propios del envejecimiento³²⁸. Resulta evidente que la mayor incidencia de

³²⁷ Sobre esta cuestión, *in extenso* Agra Viforcós, B., “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunias* n. 7, 2008, pp. 1 ss.; Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Aranzadi Social Revista doctrinal*, n. 12, 2010, pp. 79 ss.; López Ahumada, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2010; Moreno Solana, A., “Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista de Información Laboral*, n. 7, 2014, pp. 107 ss.; Toscani Giménez, D., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 38, 2007, pp. 46 ss.

³²⁸ Para Meléndez Morillo-Velarde, L., “Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 406, los trabajadores de más edad quedarían incluidos en el precepto legal, debido al posible deterioro físico y mental vinculado a aquélla. También incluye la edad entre las características personales que pueden determinar la especial sensibilidad, Fernández Bernat, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Comares, Granada, 2014, p. 53. Posición contraria parece derivarse de la STSJ Madrid de 13 de julio de 2011 (n. rec. 3160/2011)

enfermedades crónicas, la frecuente disminución de determinadas capacidades de respuesta o los cambios físicos y psicológicos y otros análogos, los hacen especialmente vulnerables a determinados riesgos laborales y exigen la adopción de medidas preventivas específicas. Ahora bien, como es sobradamente conocido, la norma es genérica en demasía, imprecisa en su delimitación conceptual y parca en el establecimiento de medidas específicas encaminadas a la tutela de este tipo de trabajadores. Tampoco debe ignorarse que entre los principios de la acción preventiva se encuentra expresamente recogido el de adaptación del trabajo a la persona (art. 15 LPRL), que obliga a considerar las especiales condiciones psicofísicas y aptitudes de los trabajadores de más edad a la hora de la concepción y diseño de los puestos de trabajo o en la elección de los equipos y métodos de trabajo y de producción. Ámbito donde tiene un importante papel que jugar la ergonomía, que permite adaptar los puestos de trabajo a las nuevas condiciones físicas del trabajador, a la previsible disminución de la fuerza física y agilidad de movimientos o a los cambios en los ritmos de trabajo.

6. Medidas preventivas específicas en relación con los trabajadores de más edad

Si dirigimos la vista a la Estrategia 55 y más, aparte de los aspectos relativos a la organización del trabajo y de la flexibilización de las condiciones en que el mismo se presta, destaca la especial trascendencia de la evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud de los trabajadores y las trabajadoras de más edad. Es cierto que, hasta la fecha, dichas medidas no se han plasmado en disposiciones específicas ni se ha procedido a una reforma de la LPRL. Ahora bien, también resulta innegable que el carácter genérico de esta norma, su vocación universal y su formulación amplia y general de las obligaciones empresariales hacen posible, aun cuando con notorias dificultades, extraer estas obligaciones del marco normativo vigente en materia de Seguridad y Salud en el trabajo.

que afirma que aun no teniendo el carácter de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en los términos previstos en la LPRL, se mantendrá la mejora social prevista para las personas de mayor edad. También Gómez-Millán Herencia, M.J., "Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención", *Aranzadi Social*, n. 7/2011, BIB 2011/1463, p. 7

6.1. Evaluación de riesgos, adaptación y cambio de puesto de trabajo

En primer lugar, es preciso resaltar cómo la Estrategia 55 y más destaca de forma específica la relevancia de contemplar en las evaluaciones de riesgos los factores inherentes a la edad y la antigüedad del trabajador, que permita una adecuada planificación de la actividad preventiva a desarrollar, prestando atención especial a los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad.

Aunque seguramente sería deseable que la legislación española se refiriera expresamente a la edad como uno de los parámetros a tener en consideración a la hora de realizar la evaluación de riesgos, como hacen específicamente otras normas de países de nuestro entorno³²⁹, y se impulsaran guías específicas de evaluación para los trabajadores de una determinada edad, tampoco cabe ignorar que una evaluación de riesgos adaptada a la amplia regulación legal y a su interpretación finalista, difícilmente puede prescindir de factores como éste con clara incidencia en los riesgos laborales.

Si nos atenemos al texto de la LPRL, aun en una formulación genérica en demasía, el art. 16.2 a) obliga al empresario a tener en cuenta en la evaluación la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Características dentro de las que cabe incluir de modo natural la edad del trabajador, tanto si éste es joven como si está en la edad madura. En la misma línea, el art. 4 RSP (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención) considera que en la evaluación inicial de riesgos debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones (de trabajo previstas o existentes). Asimismo, según dispone la letra c) del aptdo 2 del mismo precepto legal, deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto, entre los que quedan de forma natural incluidos los trabajadores

³²⁹ Así, por ejemplo, en el ordenamiento italiano ha sido muy comentada la introducción en el art. 28, Comma 1 del D. Lgs. 81/2008 de la edad entre los parámetros a tener en cuenta en la realización de la evaluación de riesgos. Aun cuando también se echan en falta disposiciones específicas sobre este colectivo, al margen de la referencia específica a los mayores de 50 años al tratar las condiciones mínimas de Seguridad y Salud en el trabajo con pantallas de visualización (art. 176).

de edad. A esta generalización contribuiría, en especial en el ámbito de las pequeñas empresas, que en las herramientas de asesoramiento, apoyo y ejecución del plan de prevención puestas en marcha por los poderes públicos apareciera la edad como un factor de riesgo a tomar en especial consideración.

Según el art. 25 LPRL, el empresario viene obligado a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Del precepto se extrae, en primer lugar, la obligación de adoptar medidas específicas de prevención y protección necesarias, en especial de adecuación, que comienzan con su toma en consideración a la hora de realizar la evaluación de riesgos. Adecuación que podría afectar tanto a las condiciones del puesto como a la jornada, horario o distribución del tiempo de trabajo. Este precepto legal, como hemos señalado, conecta también con el principio de adaptación del trabajo a la persona³³⁰ (art. 15.1 d) LPRL) perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. En segundo lugar, una interpretación teleológica del art. 25 LPRL permite extraer del mismo la obligación de cambio de puesto, que tiene cabida en la genérica formulación referida a que estos trabajadores “no serán empleados” en aquellos puestos en los que por su especial sensibilidad pudieran ponerse en peligro ellos, a los demás trabajadores o a otras personas relacionadas con la empresa o cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Exégesis admitida, aun con matices, por algunos de nuestros tribunales de justicia³³¹. Del mismo modo,

³³⁰ Para la STSJ Navarra 22 de enero de 2010 (n. rec. 241/2009) del artículo se desprende una obligación de “adaptación” que afecta a todas las obligaciones empresariales y una obligación disyuntiva entre adecuar/adaptar o cambiar de puesto de trabajo, cuando sea posible.

³³¹ Para la STSJ Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2001 (AS 1636) en el caso de especial sensibilidad en el transcurso de la prestación de servicios, siendo lógico que ello comporte la necesidad de una movilidad funcional, el precepto ni lo establece ni por consiguiente regula su alcance y límites, lo único claro es que si se trata de una situación o estado transitorio, desaparecida la transitoriedad, el trabajador debe tener derecho a recuperar su puesto de trabajo habitual. El problema se plantea cuando en la empresa “no exista puesto adecuado a la situación del trabajador afectado”. La STSJ Aragón de 12 de diciembre de 2012, RL n. 11, 2003, TSJ-1724 exoneró al empresario del pago del recargo de prestaciones en tanto ofreció al trabajador un cambio de puesto rechazado por éste. Puede verse también STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2008, n. rec. 885/2005 o la STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2007 (n. rec. 4548) que estima que no procede la extinción por ineptitud sobrevenida derivada de una dolencia previa a la prestación de

tampoco cabe ignorar que con carácter bastante más general el art. 15.2 LPRL señala que el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de Seguridad y de Salud en el momento de encomendarles las tareas.

Ahora bien, sentado lo anterior, y pese a la posibilidad de extraer la obligación legal de cambio de puesto, el precepto legal presenta numerosas dudas interpretativas, en particular la de delimitar su alcance y la imposibilidad de cumplimiento. Uno de los puntos de mayor fricción sería el relativo al carácter transitorio o no de la situación que da origen a la sensibilidad que, a juzgar por lo sostenido en algunos pronunciamientos judiciales, deviene de todo punto esencial³³². Siendo así, esta exigencia dificultaría enormemente la aplicación de la norma, puesto que la situación que ahora nos ocupa suele ser progresiva y más bien irreversible. Por otra parte y, salvado en su caso este primer escollo, la regulación legal es difícil de aplicar pues carece de la suficiente concreción, en particular en relación a su alcance y límites, el cambio a un puesto de inferior categoría o el órgano encargado de constatar la necesidad de la medida, entre otros; materias que podrían ser lógicamente objeto de negociación, pero escasamente plasmadas en los textos convencionales³³³. A nuestro entender, con carácter general y no sólo en relación con este grupo específico de trabajadores, falta una regulación que aclare los supuestos en que procede el cambio de puesto, antes de llegar a la consideración de una ineptitud sobrevenida, en especial para aquellos trabajadores que sufren problemas de salud o de inadaptación que deriva de las propias condiciones en que se presta el servicio, a fin de vetar “expulsiones” injustas y evitables del mercado de trabajo.

servicios, que implica la aplicación del art. 25 LPRL y el principio de adaptación del trabajo a la persona. Vid. también STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (n. rec. 149/2006).

³³² Entre otras, consideran que el cambio solamente procede en situaciones transitorias, sin que exista derecho a la adscripción definitiva a otro puesto de trabajo las SSTSJ País Vasco de 9 de julio de 2002 (AS 2003/2185) y de Castilla y León de 24 de abril de 2011 (AS 2119). Sobre cambio provisional por factor estresante, STSJ Cantabria 2 de noviembre de 2007 (n. rec., 1984/2007).

³³³ Los convenios colectivos que abordan esta cuestión suelen limitarse a reiterar lo previsto en el art. 25 LPRL en cuanto a la protección específica de este tipo de trabajadores; así, entre otros, II Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resolución 13 de noviembre de 2012 de la DGE (BOE 27 de noviembre); I Convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural, Resolución 22 febrero de 2011 de la DGE (BOE 8 marzo); I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, Resolución 8 de mayo de 2013 de la DGE (BOE 23 mayo); Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, Resolución 20 de septiembre de 2012 de la DGE (BOE 8 octubre); XXI Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias, Resolución 7 de febrero de 2014 de la DGE (BOE 24 de febrero).

A todo lo anterior se suma, obviamente, el problema añadido de la inexistencia en la empresa de puesto de trabajo adecuado a la edad, las circunstancias o las capacidades psicofísicas del trabajador, que se verá agravado desde el momento en que el colectivo vaya creciendo en número y vayan surgiendo necesidades de adaptación o cambio. Además, este planteamiento exigirá buscar nuevos equilibrios en las asignaciones de puestos y en el reparto de las tareas, puesto que si estas medidas conllevan sobre-esfuerzos de los trabajadores más jóvenes o que estos asuman las tareas más gravosas y exigentes físicamente o con un alto grado de carga mental, pueden provocarse efectos colaterales indeseados, en especial, el envejecimiento prematuro, que también se trata de evitar si lo que se persigue es prolongar la vida activa.

En la misma línea, no puede decirse que se muestre excesivamente tajante en los términos de la obligación la Estrategia 55 y más ya citada, que se limita a establecer (punto 2.3) que “Si de la evaluación de riesgos se concluyera, a pesar de llevar a cabo todas las medidas conforme a lo dispuesto en el apartado 2.2, que la edad pudiera comenzar a ser un *handicap* para que el trabajador o la trabajadora desempeñen determinados puestos de trabajo, deberán plantearse todas las opciones posibles, antes de su salida del mercado de trabajo. Entre ellas, como medida preventiva, podría ser objeto de análisis la posibilidad de aplicar medidas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo con el fin de garantizar la Seguridad y Salud del trabajador o de la trabajadora mayor”. Como hemos ya criticado con anterioridad este tipo de actuaciones, de sumo interés en el campo que nos ocupa, no ha recibido hasta el momento el adecuado tratamiento legislativo que implique para los empresarios obligaciones en esta materia.

6.2. Vigilancia de la salud

En otro orden de consideraciones, la doctrina³³⁴ al igual que la OIT, el INSHT en su NTP 367 (Envejecimiento y trabajo. La gestión de la edad)³³⁵ y la Estrategia 55 y más, centran de modo especial la atención en

³³⁴ Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención...”, *óp. cit.*, p. 47.

³³⁵ No es éste el único documento que el INSHT dedica a esta materia, pueden verse también las NTP 348: Envejecimiento y trabajo: la visión; NTP 366: Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad y NTP 466: Actitudes frente al cambio de los trabajadores de edad avanzada.

la necesidad de intensificar la vigilancia de la salud a partir de una determinada edad. En este último documento se ponen de manifiesto una serie de factores vinculados al envejecimiento y las patologías derivadas del mismo que, sin lugar a dudas, pueden suponer mayores riesgos para la Seguridad y Salud del trabajador de más edad, entre los que se citan la movilidad limitada de las articulaciones, la disminución de la fuerza, reducción de la capacidad funcional física, reducción de la percepción y de la capacidad para tomar decisiones, reducción de la capacidad visual, reducción de la capacidad auditiva, capacidad de reacción ralentizada.

Por otra parte, la Estrategia española 2015-2020 propone la promoción de una vigilancia de la salud más eficiente y, entre otras medidas, la de impulsar la realización de protocolos sectoriales por perfiles de riesgo laboral y actualizar los existentes teniendo en cuenta las desigualdades y diferencias de sexo y edad, escasamente reflejadas en los mismos³³⁶.

Esta acentuación y diferenciación en la realización de la vigilancia de la salud, entendida como una herramienta preventiva, encaminada de modo especial a la detección de dificultades o inadaptaciones y centrada en la mejora paulatina de las condiciones de trabajo y de adaptación de las prestaciones a las aptitudes psicofísicas de los trabajadores, tiene perfecta cabida en la genérica formulación contenida en el art. 22 LPRL (en función a los riesgos inherentes al trabajo – deriven éstos de sus condiciones o de la persona que lo preste –) y no debería plantear problemas si se respetan las garantías contenidas en la normativa aplicable. En especial, debe atenderse al carácter esencialmente voluntario de los reconocimientos, con las conocidas salvedades legales. De esta forma, lo que quedaría excluido, a nuestro juicio, sería la realización impuesta de forma indiscriminada y obligatoria de pruebas médicas cuya única y exclusiva justificación radique en el cumplimiento de una determinada

³³⁶ No obstante, cabe encontrar alguna referencia aislada a este factor. Así, a título ejemplificativo, en el protocolo en relación con la silicosis y otras neumoconiosis (aprobado en 2001) se recomienda realizar determinadas pruebas a partir del cumplimiento de una cierta edad (50 años); en los protocolos sobre posturas forzadas (año 2000) y pantallas de visualización (año 1999), se considera conveniente realizar concretas pruebas o revisiones periódicas a partir de los 40 años; también se destaca la incidencia de la edad en el protocolo específico de riesgo de exposición al ruido; consulta en

www.msssi.com/ciudadanos/saldAmbLaboral/SaludLaboral/vigiTrabajadores/protocolos.htm. También se toma en consideración el parámetro de la edad como condición personal de riesgo en la Guía para la vigilancia de la salud de los trabajadores del sector agrario, elaborada por el Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad; Madrid, 2013.

edad, como se ha destacado por algún pronunciamiento judicial³³⁷, salvo excepciones debidamente motivadas.

Riesgos que pueden conjurarse teniendo en cuenta que en numerosas ocasiones la vigilancia de la salud no solamente es útil a título individual, dado que también es una valiosísima fuente de información en relación a problemas de salud colectivos ligados a la prolongación de la vida activa o a las dolencias y disminución de capacidades propias de la edad o a fin de realizar estudios epidemiológicos y extraer conclusiones sobre situaciones de mayor riesgo, a partir de datos que pueden ser obtenidos con pleno respeto a los derechos fundamentales individuales de los trabajadores.

Los resultados de los controles periódicos de la salud, las variaciones detectadas o los cambios de las capacidades habitualmente darán lugar a actuaciones preventivas centradas de manera primordial en la adaptación de los tiempos y la carga de trabajo o el rediseño de los puestos de trabajo, aspectos ya tratados. Ahora bien, a la postre, la necesidad de acometer este tipo de medidas puede suponer un lastre para estos trabajadores debido a las reticencias del empresario, en la medida en que se insertan en el propio ámbito de sus poderes organizativos, o llevar a soluciones más drásticas e indeseadas, como el despido por ineptitud, como hemos señalado con anterioridad y también ha manifestado algún autor³³⁸. Preocupación que se refleja también en la previsión de específicas medidas, seguramente insuficientes, que intentan evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos en el RDL 5/2013. Situaciones que en la práctica se están viendo encubiertas por salidas incentivadas de las empresas para trabajadores de mayor edad, que en ocasiones no son tan voluntarias como reflejan los datos ofrecidos por aquéllas.

6.3. Formación e información preventivas

La estrategia 55 y más también considera que a fin de garantizar la Seguridad y Salud de los trabajadores de más edad y promover la mejora de sus condiciones de trabajo, sería importante la puesta en marcha de actividades formativas e informativas específicas, entre otras, la formación

³³⁷ La STSJ Comunidad Valenciana 25 de enero de 2013 (n. rec. 3092/2012) considera que vulnera el derecho a la intimidad la previsión de reconocimiento médico indiscriminado y obligatorio para todos los conductores de autobús a partir de los 45 años, pues no estamos ante un supuesto del art. 22.1 LPRL, no es proporcional y además ya existen determinados controles de aptitud regulados legalmente.

³³⁸ Así, entre otros, Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención...”, *óp. cit.*, p. 50.

de los trabajadores sobre el mantenimiento y la promoción de su propio rendimiento físico y psicológico (gestión del estrés y prevención del agotamiento físico) o la información sobre el logro de un buen mantenimiento físico. De nuevo aquí la generalidad de la LPRL y su amplia formulación, permitiría exigir al empresario una formación suficiente y adecuada, como indica el art. 19 LPRL, en relación a sus contenidos pero también a las especiales características y circunstancias del trabajador y a las posibles repercusiones de la edad en el aprendizaje³³⁹. Los resultados arrojados por la evaluación de riesgos, realizada atendido el parámetro de la edad y las condiciones personales del trabajador y de la actividad desarrollada, debería orientar el plan formativo específico para los trabajadores maduros.

Pero en este terreno, como hemos apuntado, no sólo resulta fundamental la formación específica en materia preventiva sino también la formación permanente y actualización de sus competencias, mecanismo capaz de incrementar sus oportunidades de permanencia en el mercado de trabajo. En esta línea se mueve también el Informe del CES sobre la situación socio-laboral de los trabajadores de 55 a 64 años ya citado que pone de manifiesto la necesidad de programas e itinerarios personalizados de formación y reciclaje profesional, así como el reconocimiento y acreditación de la formación adquirida de modo informal o debido a la experiencia, a fin de intensificar su empleabilidad. En este terreno resulta de especial importancia la colaboración de los poderes públicos.

7. Bibliografía

Agra Viforcós, B., “La tutela de los trabajadores especialmente sensibles en el desarrollo de su relación laboral”, *Pecunias*, n. 7, 2008.

Amageur Lattes, M.C., *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A.M., “La edad en la extinción del contrato de trabajo: la ductibilidad de la garantía del Estado al trabajador maduro”, en *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.

Carrero Domínguez, C. y Moreno Márquez, A., “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en Mercader Uguina, J.R., *Trabajadores maduros. Un*

³³⁹ Sobre estos cambios, en los que no hemos de entrar, entre otros, Ilmarinen, J., “Promoción del envejecimiento activo en el trabajo”, *óp. cit.*, p. 5.

- análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- CES, *Informe 02/2014 sobre la situación socio-aboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2014.
- Collantes Ibáñez, M.P., “Prevención de riesgos psicosociales y salud mental”, en Collantes, M.P. y Marcos, J.I., *La salud mental de los trabajadores*, La Ley, Madrid, 2012.
- Cos Egea, M. “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Aranzadi Social Revista doctrinal*, n. 12, 2010.
- Doménech, R. y García, J.R., *Sobre la necesidad de prolongar la vida laboral en España*, Observatorio-Económico, BBVA, Madrid, 20 de noviembre de 2012.
- Fernández Bernat, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Comares, Granada, 2014.
- Fernández Enguita, M. y Las Heras Pérez, S., “Los trabajadores maduros ante la salida anticipada del mercado de trabajo”, *Universidad de Salamanca, Departamento de Sociología, Materiales de trabajo, Serie Análisis*, Documento A/10 97-PB 94/1382.
- Fernández García, R., “El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 98, 2012.
- Foment de Treball Nacional y Fundación para la PRL, *Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*, 2013.
- García Barreiro, A., Gallego, I. y Maqueda, J., “Siniestralidad laboral y envejecimiento de la población trabajadora (España 1997-2002)”, *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo*, vol. 1, n. 1, 2005.
- García Murcia, J., “Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad”, en *Mujer, trabajo y seguridad social*, La Ley, 2010.
- Giró Miranda, J. (Coord.), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de la Rioja, 2006.
- Gómez-Millán Herencia, M.J., “Recolocación por razones de enfermedad como deber empresarial en materia de prevención”, *Aranzadi Social*, n. 7/2011, BIB 2011/1463.
- López Ahumada, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- López Cumbre, L., “La Reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 29-30, 2012.

- Llano Sánchez, M., “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en AA.VV. (Dir. Valdés Dal-Re, F. y Quintanilla Navarro, B.), *Igualdad de género y relaciones laborales*, MTIN-Fundación largo caballero, Madrid, 2008.
- Meléndez Morillo-Velarde, L., “Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., “La Reforma de la jubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 29-30, 2012.
- Moreno Solana, A., “Las diversas controversias que se plantean en torno a los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista de Información Laboral*, n. 7, 2014.
- Morschhäuser, M. y Söchert, R., *Trabajo saludable en una Europa que envejece. Estrategias e instrumentos para prolongar la vida laboral*, European Network for Workplace Health Promotion (ENWHP), Essen, Alemania, 2006.
- OTT, *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo del trabajo en transformación*, Ginebra, Día Mundial de la Seguridad y Salud, 28 de abril de 2010.
- OSHA, *Mainstreaming gender into occupational safety and health practice*, European Agency for safety and Health at Work, Luxemburgo, 2014.
- Ramón García, B., y Olivar de Julián, J.M., *Guía de la edad. Buenas prácticas en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, Confederación de Empresarios de Navarra, 2013.
- Rey, V., Sozi, G. y Castriotta, M., *Lavorare negli anni della maturità-Invecchiamento attivo, salute e sicurezza dei lavoratori ultracinquantenni*, INAIL, Roma, 2013.
- Rivas Vallejo, R., “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 74 (extra), 2008.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., “Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 33, 2001.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 53, 2004.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., “Envejecimiento activo: política social y derecho”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160, 2013.
- Toscani Giménez, D., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 38, 2007.

- Universidad de Salamanca, Departamento de Sociología, Materiales de trabajo, “La caída de actividad en los trabajadores de 50-65 años”, *Serie Análisis*, A/13 97-PB94/1382.
- Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, n. 24, 2011.
- Valladares, J.C. y Llamas Muñoz, M.J., “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, n. 197, 2011.

Web sites

- Ferrerías Remesal, A. *et al*ri, “Buenas prácticas de la industria química para prevenir riesgos en el trabajo a turnos de los trabajadores mayores”, <http://quimicas.ibv.org>
- Ilmarinen, J., “Promoción del envejecimiento activo en el trabajo”, Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo, 2012, Año Europeo del envejecimiento activo, <http://osha.europa.eu> y www.envejecimientoactivo2012.net
- Marín, B., “¿Es posible detener, si no invertir, la reducción de la vida activa o la "exclusión por edad"? Algunas hipótesis de trabajo para su debate”. *Conclusiones del grupo de trabajo 2. La prolongación de la vida activa. Las medidas activas y la eliminación de las trampas de la pobreza. La creación de empleo y otras formas de participación activa*, en <http://imserso.es/InterPresent1>
- Ysás Molinero, H., “La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad en el contexto de la prolongación de la vida laboral: la estrategia 55 y más”, *Comunicación a la Ponencia "Jubilación y políticas de empleo"*, www.iuslabor.org/jornades e *seminaris*.

La jubilación forzosa como medida de reparto del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema de seguridad social*

Manuel GARCÍA MUÑOZ**

RESUMEN: La anulación por imposición legal de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas por la negociación colectiva, en el ámbito laboral, constituye una medida anticíclica en el ámbito financiero y presupuestario de la Seguridad Social dirigida a garantizar su sostenibilidad económica. Sin embargo, produce también un efecto directo procíclico en el mercado de trabajo de consecuencias negativas, puesto que favorece el incremento de la demanda de empleo al no facilitar el recambio intergeneracional, y al mismo tiempo reduce la igualdad de oportunidades y aumenta las desigualdades. Pero, además, en el largo plazo, provoca un efecto procíclico en el ámbito de la Seguridad Social, ya que el sistema financiero de reparto en el que se sustenta requiere, sobre todo, una elevada ocupación de la población activa, que se dificulta y no se promociona con medidas que retrasan la sustitución en el empleo de los trabajadores en edad de jubilación por los trabajadores jóvenes y desempleados.

Palabras clave: Jubilación forzosa; convenio colectivo; demanda de empleo; mercado de trabajo, sostenibilidad de la Seguridad Social.

SUMARIO: 1. Sucinta evolución normativa de la jubilación forzosa en el ordenamiento jurídico español. 2. Prohibición de la jubilación forzosa como contenido lícito y normativo del convenio colectivo en la normativa española. 3. Coincidencia o contraste de la jubilación forzosa en la normativa de los países del entorno geográfico más próximo. 4. Jubilación forzosa como medida indirecta de regulación de la demanda de empleo en el mercado de trabajo español. 5. Incidencia de la jubilación forzosa en la futura sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en España. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2011-28907: “El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación”.

** Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

1. Sucinta evolución normativa de la jubilación forzosa en el ordenamiento jurídico español

La expresión “jubilación forzosa” designa en el ordenamiento jurídico español una medida extinción de la relación laboral o funcionarial a instancia del empleador, basada en el cumplimiento del trabajador o del funcionario de la edad de acceso a la pensión de jubilación prevista en la normativa que regula el Sistema de Seguridad Social o de Protección Social en el que esté incorporado. Así pues, la jubilación forzosa constituye, directamente, una causa – cumplimiento de la edad de acceso a la pensión de jubilación – de extinción de la relación de trabajo y, al mismo tiempo, indirectamente, un medio para regular la demanda interior de empleo, ya que, en principio, esa edad determina el tránsito de la situación de activo a la de inactivo y, por tanto, delimita, mediante la fijación de su cota final, la dimensión de la población activa, que se expandirá o contraerá, en función de que se eleve o reduzca dicha edad. En consecuencia, constituye también un elemento de modulación del coste económico de la protección social, dispensada en pensiones de jubilación, en tanto que éste será mayor o menor, en atención al número de personas que las causen al cesar en su prestación de servicios profesionales por cumplir la edad de acceso a la pensión de jubilación.

Por ello, la evolución de la normativa de la jubilación forzosa, en el ámbito laboral – no así en el ámbito funcionarial – está marcada, de forma importante, por la política legislativa sobre la demanda interior de empleo y sobre la financiación del Sistema de Seguridad Social, así como su régimen jurídico por las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y del Tribunal Supremo (en adelante TS) en su aplicación en cada momento, diferenciándose, sucesivamente, las siguientes etapas: instauración, modificación, supresión, reincorporación y anulación.

Desde el inicio de la década de los años ochenta hasta la mitad de la década de los años 90, “*etapa de instauración*”, la tasa de desempleo media en España se situó en torno al 20 por ciento. Concretamente, en 1980, año en el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), el desempleo afectaba al 12,6 por ciento de la población activa (datos EPA). Por ello no es de extrañar que la Disposición Adicional 5ª de esta norma, por una parte, dispusiera que la edad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite edad máximo a los 69 años, estableciendo así como causa de extinción de la relación laboral el cumplimiento por el trabajador de la edad de 69 años; por otra, que

habilitara al Gobierno para pudiera fijar otras edades de extinción, sin superar los 69 años, según las disponibilidades – seguramente financieras – del Sistema de Seguridad Social y del mercado de trabajo – población activa y tasa de ocupación por edades –; finalmente, facultaba a la negociación colectiva para pudiera acordar libremente edades de jubilación – esto es, edades de extinción de la relación laboral – sin ningún límite máximo y con el límite mínimo de la edad de acceso de la pensión de jubilación prevista entonces por la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) a los 65 años.

Sin embargo, un año después, el TC, en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaraba, en principio, que la Disposición Adicional 5ª del ET era inconstitucional en esos términos, ya que, básicamente, introducía legalmente un supuesto de ineptitud para el trabajo por cuenta ajena – no para el trabajo por cuenta propia – consistente en el cumplimiento de una determinada edad, y anulaba de hecho el contenido esencial del derecho al trabajo (art 35 de la Constitución Española), sin que pudiera justificarse por comportar un beneficio para el trabajador afectado, en tanto que la jubilación forzosa se caracteriza *“por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad”* y no por la voluntariedad y progresividad que configuran las acciones positivas en favor de las personas de más edad de la población activa. Pero, a continuación, declaraba también que esta norma tendría adecuación constitucional si se conecta con la política de empleo, puesto que *“la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo”*. Esta limitación, con base en el Derecho Universal que proclama el reconocimiento y el derecho de los demás, *“se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en el vida económica del país (art. 9 de la CE)”* y se justifica *“por su contribución al bienestar social – otros de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Social de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil”*. Así pues, solamente sería constitucional si proporciona oportunidad de trabajo a la población en paro, de modo que la jubilación forzosa no puede suponer una amortización de puesto de trabajo, y si el trabajador al que se le limita el derecho al trabajo acredita los requisitos, fundamentalmente el período de cotización, para acceder a la pensión de jubilación.

En consecuencia, la jubilación forzosa, según el TC, en atención a la citada Disposición Adicional 5ª, solamente podría ser constitucional si se establece por el legislador (legal o reglamentario) o por la negociación

colectiva como política de empleo (fomento de la ocupación) y se garantiza que el trabajador afectado puede acceder a la pensión de jubilación (compensación a la limitación al derecho al trabajo que supone la jubilación forzosa), por reunir los requisitos exigidos por la normativa del Sistema de Seguridad Social.

Asimismo, el TC, en su sentencia 58/1985, de 30 de abril, reiteraba la capacidad de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa, siempre que cumpla las dos condiciones anteriores – política de empleo y garantía de acceso a la pensión de jubilación – ya que es la ley la que determina la extensión de los derechos individuales y el ámbito de actuación de la negociación colectiva. Así pues, en estos términos, es conforme a la Constitución Española (en adelante CE) que los convenios colectivos puedan establecer un límite temporal al derecho individual al trabajo, si va acompañando con la compensación que supone poder acceder la pensión de jubilación, como de hecho han venido haciendo desde que se aprobó el ET.

Posteriormente, *“la etapa de modificación”* se extiende desde que se refundió el ET en 1995 hasta que se derogó en 2001 la disposición que regulaba la jubilación forzosa. Ciertamente, la modificación operada por el Texto Refundido del ET, de 24 de marzo de 1995, fue más formal que sustantiva, en tanto que se limitó a adecuar la redacción de la original Disposición Adicional 5ª a la interpretación del TC sobre la constitucionalidad de la jubilación forzosa, mediante la eliminación de los 69 años como edad máxima para trabajar, la reproducción del resto de su texto y la incorporación de la referencia de que podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. Así pues, la Disposición Adicional 10ª, antes 5ª, del citado Texto Refundido disponía literalmente que *“dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”*. Los convenios colectivos continuaron, por tanto, recogiendo en sus textos la jubilación forzosa, como causa de extinción de la relación de trabajo.

A continuación, coincidiendo con la reducción de la tasa de desempleo experimentada a partir de los dos últimos años de la década de los noventa – 1998: 18,6 %; 1999: 15,6 %; 2000: 13,9 %; 2001: 10,6 % (datos EPA) – *“la etapa de supresión”*, delimitada por la entrada en vigor del Real

Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio, que derogó la Disposición Adicional 10ª hasta que la Ley 14/2005, de 1 de julio, nuevamente la introdujo en el ET, se caracterizó por la incertidumbre sobre la posibilidad de que, a pesar de la expresa derogación de la Disposición Adicional 10ª, la negociación colectiva pudiera continuar estableciendo la jubilación forzosa en los convenios colectivos suscritos desde la citada derogación. Ante esta cuestión, surgieron posiciones doctrinales y judiciales de sentido contrario, puesto que, por una parte, se argumentaba que esta derogación solamente conllevaba una deslegalización de la materia que no impedía que los convenios colectivos pudieran pactar, como causa de extinción de la relación laboral, el cumplimiento de una determinada edad que permitiera al trabajador acceder a la pensión jubilación, como venían haciendo hasta entonces. Por otra parte, en cambio, se mantenía que la mencionada derogación prohibía a la negociación colectiva establecer edades de jubilación forzosa, en tanto que su contenido tenía carácter constitutivo y no meramente declarativo. Finalmente, el TS, en dos sentencias de 9 de marzo de 2004, consideró correcta la interpretación que negaba la capacidad de la negociación colectiva para establecer edades de jubilación forzosa, tras la derogación, ya que, junto con otros argumentos, si esa capacidad se mantuviera y se continuaran pactando esas edades se incurriría en discriminación por motivo de edad y se estaría limitando un derecho reservado a ley por mandato constitucional, como es el derecho al trabajo.

Sin embargo, un año después a la publicación de esas sentencias del TS y, pese a que la tasa de desempleo continuaba decreciendo, alcanzado las cifras más bajas desde el inicio la década de los años ochenta – 2005: 9,2 %; 2006: 8,5 % y 2007: 8,3 % (datos EPA) – la Ley 14/2005, de 1 de julio, reincorporó la Disposición Adicional 10ª, aunque no idéntica en todos sus términos con la versión anterior, hasta que, finalmente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, declaró la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa, “*etapa de reincorporación*”. La nueva redacción de la Disposición Adicional 10ª, continuó, por tanto, reconociendo la facultad de la negociación colectiva para que pudiera establecer la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, fijada en aquel momento en los 65 años, – expresión más descriptiva que la utilizada en las versiones anteriores, esto es, “*pactarse libremente edades de jubilación*” –. En cambio, eliminó la habilitación al Gobierno para que pudiera establecerla, seguramente por no haber sido utilizada en ningún momento desde su instauración y por considerar que es una materia que corresponde mejor su regulación a la negociación

colectiva, adaptada a cada sector o actividad, que a una norma heterónoma aplicable a todos los sectores y actividades sin diferenciación alguna. Asimismo, matizó de forma ampliadora, y particularmente en el ámbito del propio convenio colectivo, la vinculación de la jubilación forzosa con la política de empleo, señalando orientativamente que sus objetivos podían ser *“la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”*. De ese modo, la Disposición Adicional 10^o ya no se centraba únicamente en el mantenimiento cuantitativo del empleo, mediante la ocupación por otro trabajador desempleado del puesto de trabajo liberado por el trabajador afectado por la jubilación forzosa, sino que legalmente era suficiente que se pretendiera el aumento, la estabilidad o la calidad del empleo con esa medida extintiva, probablemente, debido a que, en esos momentos, la tasa de desempleo era bastante menor a la registrada en fechas anteriores. Igualmente que la versión anterior, exigía que para que la relación laboral se extinguiera por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, el trabajador acreditara, en ese momento, los requisitos para causar la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, concretamente, el período de cotización mínimo exigido por la LGSS o, a diferencia de la redacción precedente, uno más elevado establecido en el convenio colectivo, intensificándose así la posición y protección jurídica del trabajador afectado.

Asimismo, diferenciándose también de la tesis sostenida respecto a la redacción anterior de la Disposición Adicional 10^a, el TS, en sentencias, entre otras, de 22 de diciembre de 2008 y de 20 de noviembre de 2012, realizó una interpretación restrictiva en la aplicación de la norma reincorporada, probablemente, como se ha expuesto anteriormente, en atención a la reducción de la tasa de desempleo. Así pues, en estas sentencias, el TS señaló, básicamente, que la extinción de la relación laboral por el cumplimiento de la jubilación es un instrumento de empleo justificativo del equilibrio entre la vertiente individual y la vertiente colectiva del derecho al trabajo y no un instrumento de saneamiento empresarial y de amortización de puestos de trabajo sin coste para la empresa y con coste para el Sistema de Seguridad Social. Por ello, según esta interpretación jurisprudencial, la política de empleo, ejercida a través de la jubilación forzosa, no puede limitarse a la ocupación del puesto vacante surgido de la extinción del trabajador afectado por esa media, sino que debe conllevar estabilidad, sostenimiento y calidad del empleo. En consecuencia, el convenio colectivo tiene que especificar el perjuicio individual y el beneficio colectivo que se persigue con la política de

empleo prevista en su texto.

Finalmente, la crisis financiera global surgida a partir de 2008 genera, junto con otros efectos, un cambio en la tendencia del empleo experimentada desde finales de los años noventa, produciendo un aumento paulatino y muy significativo de la tasa de desempleo, particularmente en España, y, consecuentemente, un descenso de los ingresos y un aumento del gasto del Sistema de Seguridad Social. Así pues, con objeto, de reducir, fundamentalmente, el desequilibrio presupuestario del Sistema de Seguridad Social que pudiera generarse por la diferencia entre ingresos y gastos, el legislador adopta diversas medidas atinentes a esta materia. Entre ellas, de un lado, la ampliación progresiva y general de la edad ordinaria de jubilación, elevándose de 65 a 70 años por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. De otro, la eliminación de la jubilación forzosa, mediante la declaración de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que la hubieran pactado, iniciándose hasta la fecha la “*etapa de anulación*”. Efectivamente, la ley 3/2012, de 6 de julio, efectúa una nueva redacción de la Disposición Adicional 10ª del ET, declarando expresamente que “*se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y el alcance de dichas cláusulas*”, pese a que la tasa de desempleo en ese año había alcanzado el 26,6 por ciento, esto es, más del doble de la existente en el año en el que instauró (1980) y más del triple en el año que se reincorporó (2005) la jubilación forzosa como medida de política de empleo, situándose actualmente en el 22,3 por ciento (datos EPA). Por tanto, la iniciativa del legislador se ha decantado por preservar de forma inmediata posibles ingresos por cotizaciones y evitar el gasto en determinadas pensiones del Sistema de Seguridad Social, mediante la eliminación de la jubilación forzosa, antes que intentar reducir la tasa de desempleo, en contraste con la acción que venía efectuando hasta ese momento, a través de la medida de política de empleo que supone la jubilación forzosa, como si ambos objetivos fueran necesariamente contradictorios.

2. Prohibición de la jubilación forzosa como contenido lícito y normativo del convenio colectivo en la normativa española

Ciertamente, la jurisprudencia citada del TC y del TS sobre la capacidad de la negociación colectiva para pactar la jubilación forzosa parece exigir la necesaria habilitación legal, en tanto que el derecho al trabajo es

constitucionalmente objeto de reserva de ley, particularmente los aspectos relacionados con la extinción de la relación laboral. Por tanto, la redacción de la nueva Disposición Adicional 10ª del ET, introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, que declara expresamente nulas las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa, probablemente, en comparación Ley 12/2001, de 9 de julio, que se limitó a derogarla, suscite menos interrogantes, en esta etapa de anulación que en aquella de supresión, sin que pueda reproducirse el argumento de que solamente se había establecido un deslegalización de la materia que no conlleva la prohibición de que la negociación colectiva pueda pactar como causa de extinción del contrato de trabajo el cumplimiento por el trabajador de la edad de jubilación. Ni siquiera, seguramente, pueda sostenerse la posición doctrinal, basada en que el convenio colectivo puede actuar siempre que la ley le deje algún espacio y siempre dentro de los límites legales, que defiende que la extinción del contrato por jubilación del trabajador, enunciada en el art. 49.1 f del ET, se remite al contrato de trabajo o la norma legal o al convenio colectivo para que determinen los términos de la extinción contractual.

Efectivamente, el art. 49.1 f del ET incluye la jubilación como causa de extinción de la relación laboral, aunque el término jubilación, en sentido técnico jurídico, define una contingencia del Sistema de Seguridad Social que se genera, precisamente, tras cesar el trabajador en su puesto de trabajo y haber cumplido la edad y los demás requisitos exigidos por la LGSS para causar la correspondiente pensión. Así pues, en nuestra opinión, la jubilación no constituye una causa de extinción del contrato de trabajo, al menos, directa, sino solo indirecta, si se considera que el trabajador, al cumplir la edad de jubilación dispuesta por la normativa de la Seguridad Social y a fin de obtener la prestación prevista, extingue su relación laboral para acreditar el presupuesto configurador de esta contingencia, esto es, el cese en la realización de sus servicios laborales.

Ahora bien, si la intención del legislador es establecer, mediante el sustantivo jubilación, una causa de extinción del contrato de trabajo en la fecha en que el trabajador alcance la edad fijada por la normativa de la Seguridad Social para causar la prestación de jubilación, independientemente de que a continuación el trabajador solicite o no esta prestación, se estaría refiriendo a la Jubilación forzosa. Así pues, de conformidad con la versión actual de la Disposición Adicional 10ª, en nuestra opinión, tampoco sería posible que la negociación colectiva, pudiera pactarla, en atención al citado art. 49.1 f del ET, ya que una norma posterior, la Ley 3/2012, de 6 de julio, expresamente declara la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa e

implícitamente supone una derogación tácita de ese precepto, en el sentido mencionado de establecer la jubilación forzosa como causa de extinción de la relación laboral. En cambio, sí mantendría su vigencia, si se entiende que se refiere al acuerdo que pueden suscribir el trabajador y el empresario de extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad prevista por la LGSS para causar la prestación de jubilación, configurándose, de este modo, como una causa extintiva sometida a condición final – cumplimiento por el trabajador de la citada edad – o como una causa extintiva por mutuo acuerdo de las partes, si éste se celebra, sin estar previsto, en el momento en el que trabajador alcance la edad de jubilación. No obstante, en ambos casos, supondría una jubilación forzosa pactada por las partes del contrato de trabajo y, por tanto, entendemos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre esta medida extintiva, que sería necesario que trabajador, al cumplir la edad prevista, reuniera los requisitos legales exigidos para causar la pensión de jubilación, así como que con ello se estuviera realizando una política de empleo, al menos, implícitamente, si no conlleva la amortización de puesto de trabajo. Igualmente, conservaría su vigencia, si se considera como una causa de extinción por voluntad del trabajador – “jubilación voluntaria” –, en cuyo caso sería innecesaria, ya que el trabajador generalmente puede extinguir su relación laboral sin que sea precisa jurídicamente la alegación de causa alguna.

En consecuencia, se puede concluir que actualmente la legislación laboral española no sólo no dispone que la jubilación forzosa pueda formar parte del contenido lícito y normativo del convenio colectivo, sino que incluso parece imponer su prohibición, mediante la declaración de nulidad de las cláusulas convencionales que, de un modo u otro, puedan regularla y disponer su aplicación.

3. Coincidencia o contraste de la jubilación forzosa en la normativa de los países del entorno geográfico más próximo

Descartada la posibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer la jubilación forzosa, no es de extrañar que tampoco la normativa laboral la prevea en estos momentos. De hecho, desde que el TC, en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró que el legislador no podía fijar un límite de edad para trabajar, puesto que supondría una causa de ineptitud para el trabajo, salvo que se justificara por proporcionar una oportunidad de trabajo a los trabajadores desempleados, la ley nunca la ha regulado ni tampoco la norma reglamentaria, pese a contar con la necesaria

habilitación legal para ello. Sin embargo, la normativa reguladora de la función pública tradicionalmente ha previsto la jubilación forzosa como causa de extinción de la condición de funcionario, sin que nunca se haya cuestionado la constitucionalidad de esta medida. Concretamente, la Ley 7/2007, de 12 de abril, en su art. 63 c), recoge, entre las causas de pérdida de la condición de funcionario, la jubilación total, que se producirá, según su art. 67.1 b), al cumplir la edad legal de jubilación, declarándose de oficio al cumplir el funcionario 65 años de edad, de acuerdo con lo dispuesto y en los términos previstos en el apartado 3 del citado precepto.

Esta acción legislativa diferenciada en el ámbito laboral y en el ámbito funcionarial podría encontrar alguna explicación por diversos motivos. Entre ellos, que los fundamentos constitucionales de la relación funcionarial son distintos a los de la relación laboral – derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; inmovilidad del funcionario, etc. –, igual que la actuación de la Administración pública es distinta a la empresa privada, estando impuesta por el ordenamiento jurídico para garantizar la consecución de los intereses generales, para cuyo cumplimiento necesita estar provista de un volumen de plantilla concreto y, en cierta medida, ajeno a una política de empleo determinada. Asimismo, por las características del acceso a la función pública, con carácter general y en la mayoría de los supuestos es probable que el funcionario al cumplir la edad de jubilación reúna los requisitos, fundamentalmente período de cotización, para causar la correspondiente pensión e, incluso, si no reuniera este período de cotización la normativa excepcionalmente prevé la prolongación de la prestación de servicios hasta la fecha en que lo reúna. Sin embargo, en nuestra opinión, esos motivos no son suficientes para que ambas normativas, en esta materia, no sean sustancialmente coincidentes, si, además, se tiene en cuenta que la regulación de la jubilación forzosa por la normativa laboral es aplicable, en sus mismos términos, al personal laboral que presta sus servicios en el sector público, como ha señalado el TS, entre otras, en su sentencia de 22 de diciembre de 2008.

Asimismo, sucede en el ordenamiento jurídico italiano, ya que, en el sector privado, no se prevé que el cumplimiento de la edad de jubilación, con la acreditación simultánea de los requisitos para causar la pensión por esta contingencia, sea causa de extinción de la relación laboral, como si se prevé, en el sector público para determinadas categorías de trabajadores, en el que el cumplimiento de la edad que permite el acceso a la prestación por jubilación es causa de resolución automática de la relación de trabajo. Igualmente, en el derecho francés y respecto al ámbito privado no se

contempla que la edad del asalariado pueda constituir una causa de extinción del contrato de trabajo, desde que en 1987 se prohibió por ley, al considerarse que comportaba un motivo discriminatorio. En cambio, en el ámbito de la Administración pública, la relación jurídica no es contractual y, por tanto, es posible su extinción al alcanzar la edad para causar la prestación por jubilación.

En Portugal, tampoco dispone la normativa que el cumplimiento de la edad que posibilita el reconocimiento de la prestación por jubilación facilite la extinción de la relación laboral, debido al carácter voluntario de la prestación, salvo para los trabajadores que prestan sus servicios para el Estado, en su sentido amplio, en cuyo caso la edad si es relevante a estos efectos.

En consecuencia, actualmente, se observa una cierta similitud y aproximación entre la legislación española sobre la jubilación forzosa y las legislaciones de los países de su entorno geográfico más cercano, particularmente, las legislaciones italiana, francesa y portuguesa, en tanto que prevén que el cumplimiento la edad que permite el acceso a la prestación de jubilación no constituye una causa de extinción de la relación de trabajo, en el ámbito privado, y, en cambio, si la constituye en el sector público.

4. Jubilación forzosa como medida indirecta de regulación de la demanda de empleo en el mercado de trabajo español

En las economías capitalistas, sobre todo de los países occidentales, por ejemplo España – calificado como cuarto país de la zona euro – el mantenimiento de elevadas tasas de desempleo, solo reducidas en los períodos de auge económico, aunque sin ni siquiera alcanzar en ellos el pleno empleo o cifras muy aproximadas, evidencian permanentemente que el empleo es un bien escaso e inaccesible para toda la población que lo demanda y, en consecuencia, un elemento generador de desigualdades, de exclusión y pobreza sociales, toda vez que los recursos de la gran mayoría de los ciudadanos proviene del trabajo personal, principalmente por cuenta ajena. Este elemento, además, en ocasiones, no sólo puede poner en cuestión los principios democráticos que sustentan el Estado Social y de Derecho, sino que, cuando se intensifica, puede incluso perturbar la paz social y provocar el resurgir de ideologías o movimientos autoritarios que pongan en riesgo, pese a todo, el bienestar alcanzado y la convivencia pacífica durante amplios lapsos temporales, poco conocidos en otros momentos históricos.

Así pues, el reparto del empleo y las técnicas para su ejecución constituyen, en nuestra opinión, una acción y, al mismo tiempo, un principio irrenunciable para la política legislativa económica y social que, como proclama la CE, en su art. 40, debe estar orientada al Pleno Empleo. La clásica expresión *“laborare meno per laborare tutti”*, defendida fervientemente por los trabajadores y sus organizaciones sindicales para combatir la crisis económica de los años setenta, mantiene complemente su vigencia en la actualidad, en la que la crisis financiera global que padece la mayoría de países desde 2008, entre ellos España, exige la adopción de medidas de todo tipo para reducir la tasa de desempleo. Especialmente, las medidas dirigidas a procurar el reparto del empleo, tanto horizontal – ocupación de un puesto de trabajo simultáneamente por varios trabajadores, mediante el trabajo a tiempo parcial, aunque reforzada la posición, sobre todo económica de los trabajadores que lo desarrollan – como vertical – sustitución de los trabajadores de más edad, que en todo caso, puedan causar la pensión de jubilación, por trabajadores jóvenes o desempleados que no puedan acceder a esta pensión –.

Por ello, pese a la limitación al derecho constitucional al trabajo que supone la jubilación forzosa, así como los efectos que pueda generar en la financiación del Sistema de Seguridad Social, no necesariamente negativos en todo caso, como se argumenta posteriormente, en nuestra opinión, no sólo debe recuperarse para su regulación por la negociación colectiva, sino también por la norma heterónoma. En ambos casos, lógicamente, con los condicionamientos establecidos por el TC, esto es, de una lado, la compensación del trabajador que extingue su relación laboral por cumplir la edad fijada para el reconocimiento de la pensión de jubilación, siempre que acredite el período de carencia mínimo o uno más amplio, si se estima, para garantizarle una determinada capacidad económica, en el supuesto de que desee solicitarla, y, de otro lado, el fomento del empleo, mediante su mantenimiento, estabilidad, aumento, calidad o cualquier otro aspecto que redunde en beneficio del empleo y la ocupación.

Además, aunque, en principio, la jubilación forzosa puede comportar una medida regresiva para los derechos de los trabajadores, en tanto que puede disminuir la protección de los trabajadores de más edad, no debe descartarse el hecho de que el exceso de protección puede provocar desprotección por exclusión, como históricamente evidencia algunos ejemplos de la legislación social. En efecto, en nuestra opinión, no necesariamente la jubilación forzosa supone un perjuicio para los derechos de los trabajadores de edad avanzada – más o menos próxima a la edad de acceso a la pensión de jubilación que, no en pocas ocasiones, se considera próxima con una antelación entre 10 y 15 años –, por los

siguientes motivos. En primer lugar, al menos en hipótesis, los empleadores pueden considerar más atractiva la contratación de trabajadores, así como su mantenimiento en sus puestos de trabajo, ya que tendrían la seguridad jurídica, actualmente inexistente, de que si lo consideran oportuno pueden extinguir la relación laboral al perfeccionarse un término final, desapareciendo así la incertidumbre que genera que el trabajador decida o no resolver voluntariamente su relación laboral al alcanzar la edad de acceso a la jubilación. En segundo lugar, igualmente, los empleadores podrían estar más interesados en contratar a trabajadores de edades avanzadas o próximas a la jubilación, opción hoy casi inexistente, al tener la certeza, si lo estiman necesario, de poder extinguir el contrato de trabajo en una fecha concreta. En tercer lugar, pese a que nos resistamos a reconocerlo, realmente las facultades físicas, psíquicas y sensoriales disminuyen progresivamente con el transcurso del tiempo, así como el agotamiento y el vértigo vital que paulatinamente aparece con la edad, y, aunque no todas las personas experimenten estas consecuencias en los mismo momentos y con las mismas intensidades, redundan, no siempre positivamente en la eficacia, eficiencia, organización y otros factores del trabajo dirigidos a conseguir una productividad adecuada, cada vez más exigente en una economía y una sociedad globalizadas, así como en la seguridad exigida en todas las prestaciones de servicios profesionales, fundamentalmente en los que afectan a la integridad física y a la salud de las personas. En fin, contribuye a la adecuada relación entre el interés individual y el interés general y su equilibrio, en tanto que lo que beneficia a la colectividad acaba beneficiando al individuo, así como exterioriza la solidaridad intergeneracional tan precisa en las sociedades modernas – presente en una de sus instituciones más importante como es la Seguridad Social – para su adecuado desarrollo y consecución de los fines democráticos, sociales y de derecho que las caracterizan, mediante el reparto de un bien escaso, como se viene revelando que es el empleo.

5. Incidencia de la jubilación forzosa en la futura sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en España

La eliminación de la jubilación forzosa, a través de la declaración de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que la hubieran pactado, establecida por la ley 3/2012, de 6 de julio, se enmarca en un conjunto de medidas legislativas tendentes a garantizar el sostenimiento económico del Sistema de Seguridad Social. Con la adopción de esta medida económica, el legislador renuncia a la finalidad de fomento de

empleo que venía realizando la jubilación forzosa, pese a que la tasa de desempleo en ese momento triplicaba la existente en la fecha de su implantación en 1980, puesto que es razonable pensar que los empresarios cesarán a los trabajadores que alcancen la edad para causar la prestación de jubilación y que éstos la solicitarán, al ser bastante improbable que por su edad pueden encontrar, con carácter general, un nuevo empleo o se constituyan en trabajadores por cuenta propia, aumentando, consecuentemente, el gasto por pensiones de Seguridad Social y disminuyendo los ingresos por cotizaciones sociales. Sin embargo, en nuestra opinión, consideramos que ese efecto y estas consecuencias no tienen que desplegarse directa ni necesariamente, ya que, por una parte, normalmente son los trabajadores los que ponen fin a su relación laboral con objeto de causar la prestación de jubilación y, en numerosas ocasiones, con edades inferiores a la ordinaria, incentivados, a veces, por sus empresarios que no tienen certeza sobre el momento concreto en el que pueden resolver la relación laboral, al no ser causa extintiva el cumplimiento de la edad para acceder a la prestación de jubilación. Por otra parte, la mayoría de los Sistemas de Seguridad Social, entre ellos, el español, se sustentan financieramente en el principio de reparto que exige para su funcionamiento un equilibrio entre el número de pensionistas y el número de cotizantes, de modo que, sobre todo, se debe procurar que si aquél aumenta éste no disminuya y para ello es imprescindible que la tasa de desempleo se sitúe en cifras que permitan el mantenimiento adecuado de esta ecuación. Ciertamente, la aplicación de la jubilación forzosa genera normalmente un aumento de pensionistas, aunque no en exacta proporción al de los trabajadores que extinguen sus contratos de trabajo, como consecuencia de esta medida, puesto que nada impide que comiencen a prestar servicios para otro empleador o autónomamente, pero también mantiene el número de cotizantes, al no poder amortizarse el puesto de trabajo liberado por el trabajador cesado o, en cualquier caso, al no poder reducirse el volumen de trabajadores existente.

En cambio, el resto de medidas adoptadas para garantizar el sostenimiento económico del Sistema de Seguridad Social, pensamos que están mejor orientadas al cumplimiento de su finalidad, aunque tampoco favorezcan la política de fomento de empleo, como supone, en primer lugar, la elevación progresiva de la edad ordinaria de jubilación. Efectivamente, esta medida, implantada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, retrasa la salida de recursos económicos del Sistema por pensiones de jubilación y reduce el coste total de estas prestaciones, al dispensarse durante un número menor de años, pero al mismo tiempo retrasa la rotación en el empleo por razón de edad, demorando las legítimas expectativas de los

jóvenes de encontrar ocupación. Por ello, entendemos que tiene aún más sentido el mantenimiento de la jubilación forzosa por la negociación colectiva y su incorporación por la normativa legal o reglamentaria, en el ámbito laboral, a fin de que pueda desplegar los efectos señalados en el empleo y en el Sistema de Seguridad Social. En segundo lugar, la ampliación progresiva del período de cotización para calcular la base reguladora y la deflación también progresiva del valor de los períodos cotizados aplicables a dicha base reguladora para determinar el importe de la pensión de jubilación y que, en cierta medida, pueden incentivar que los trabajadores permanezcan en sus puestos de trabajo con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación, a fin de obtener una pensión de mayor cuantía, con la consiguiente demora en la rotación del empleo. En tercer lugar, los incentivos económicos directos para empresarios – exención de determinadas cotizaciones – y trabajadores – porcentajes adicionales para determinar el importe de la prestación – para que éstos retrasen el acceso a la pensión de jubilación, produciendo, igualmente, la demora de la rotación en el empleo. En cuarto lugar, el reforzamiento de los requisitos legales para causar la jubilación con una edad inferior a la ordinaria.

Finalmente, la supresión de las exenciones de cotización por las percepciones económicas recibidas por el trabajador con ocasión de su prestación de servicios profesionales y que, en la mayoría de los supuestos, son consideradas de naturaleza no salarial por la normativa laboral, implantadas sucesivamente por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, y por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 26 de diciembre. No obstante, en este caso, su repercusión negativa en el empleo puede ser remota y mucho menor, en tanto que solo encarecen el coste social del trabajo, por un cierto aumento de las cuotas sociales.

6. Conclusiones

- La jubilación forzosa, como causa de extinción de la relación laboral, según el TC, está condicionada, en tanto que supone una limitación del derecho constitucional al trabajo, a que el trabajador afectado reúna los requisitos legales para acceder a la prestación de jubilación y a que su aplicación esté dirigida al fomento del empleo. Por ello, su evolución normativa en el ordenamiento jurídico español ha estado vinculada a la tasa de desempleo, en sus sucesivas etapas – instauración, modificación, supresión, reincorporación y anulación – salvo en ésta última – anulación – que ha dependido exclusivamente de la política legislativa orientada a

garantizar la sostenibilidad económica del Sistema de Seguridad Social.

- El establecimiento de la jubilación forzosa por la negociación colectiva, según la jurisprudencia del TC y del TS, exige por mandato constitucional la correspondiente habilitación legal.

- La normativa legal española sobre jubilación forzosa es similar a la normativa de los países de su entorno geográfico más próximo y que se caracteriza por estar prevista en el ámbito de la función pública y no, en cambio, en el ámbito laboral.

- La jubilación forzosa, como medida de reparto de empleo, es adecuada para regular la demanda interior de empleo, que no constituye, necesariamente ni en todo caso, una regresión o perjuicio en los derechos de los trabajadores, sino que incluso puede llegar a suponer una medida de protección y de fomento de los derechos de los trabajadores de edad avanzada.

- La jubilación forzosa puede comportar, en cierto modo, una medida para garantizar la sostenibilidad económica del Sistema de Seguridad Social, al procurar, al menos, que no disminuya el número de cotizantes al aumentar el número de pensionistas por jubilación.

7. Bibliografía

AA.VV., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2009.

AA.VV., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar la edad en el ámbito social*, Lex Nova, 2009.

AA.VV., *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada*, Marcial Pons, 2012.

AA.VV., *Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social*, Laborum, 2014.

Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A.M., *La edad como factor de tratamiento desiguales en el trabajo*, Bomarzo, 2007.

Camas Rodas, F., *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*, Bosch, 2009.

García Murcia, J., "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa", *REDT*, n. 19, 1984.

Mella Méndez, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación*, Lex Nova, 2002.

Sempere Navarro, A.V. y Melendez Morillo-Velarde, L., *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Aranzadi, 2006.

Tortuero Plazo, J.L., *“La reforma de la Jubilación (Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social)”*, Aranzadi, 2011.

Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo

Esther CARRIZOSA PRIETO*

RESUMEN: El estudio tiene por objeto analizar las diversas instituciones que en el ordenamiento jurídico español tutelan directa o indirectamente al trabajador enfermo para valorar la existencia o inexistencia de un verdadero sistema de protección y, en base a ello, realizar propuestas de solución que puedan enmendar los desajustes más importantes que existen en este concreto ordenamiento jurídico. Con objeto de resolver esos desajustes se realizará una atenta consideración de las distintas vías de tutela que se han ido planteando, tanto en el ordenamiento jurídico español como en otros ordenamientos, acogiendo aquellas que sean más respetuosas con la finalidad y función de las distintas instituciones implicadas.

Palabras clave: Enfermedad, discriminación, discapacidad, integridad, indemnidad.

SUMARIO: 1. El punto de partida: un somero recorrido por las instituciones que protegen al trabajador enfermo. 1.1. La dimensión reparadora. El sistema de protección social. 1.2. La dimensión preventiva. La política de prevención de riesgos laborales. 1.3. La indemnidad de la relación de trabajo. La regulación estatutaria. 2. Nuevos mecanismos de tutela (I). La protección a través de la prohibición de discriminación. 2.1. La enfermedad como una manifestación de la discapacidad. 2.2. La enfermedad como causa de discriminación autónoma e independiente. 3. Nuevos mecanismos de tutela (II). La protección a través del derecho a la salud y del derecho a la integridad física. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, ecarpri@upo.es

1. El punto de partida: un somero recorrido por las instituciones que protegen al trabajador enfermo

Cada cierto tiempo se plantean en el ámbito de las relaciones laborales cuestiones de cierta envergadura, cuestiones complejas que son capaces de conectar las distintas materias que conforman la disciplina del Derecho Social (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales, etc.), y de poner de manifiesto incoherencias o regulaciones contradictorias que evitan el tratamiento integral de una determinada realidad, cuando no la insuficiencia de una regulación parcial que, precisamente por serlo, termina por carecer de efectividad.

Es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español con el trabajador enfermo, contingencia que activa con carácter inmediato la aplicación de una serie de instituciones, tan efectivas como inconexas, que terminan dando al traste con la tutela del enfermo como trabajador. Realizaremos en los párrafos que siguen una somera consideración sobre las diversas instituciones que en el ordenamiento jurídico español protegen esta contingencia para valorar la existencia o inexistencia de un verdadero sistema de protección y, en base a ello, realizar propuestas de solución que puedan enmendar los desajustes más importantes que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. La dimensión reparadora. El sistema de protección social

El primer ámbito que debemos tener en cuenta para determinar el nivel de protección que se dispensa a los trabajadores frente a la enfermedad es el relativo a la protección social. En el ordenamiento jurídico español, el sistema de Seguridad Social articula dos conjuntos o tipos de medidas para hacer frente a la pérdida de la salud. La primera consiste en un conjunto de servicios y prestaciones que, través de la asistencia sanitaria, se dirigen a restablecerla; la segunda, en la regulación de una serie de prestaciones económicas enfocadas a paliar el defecto de ingresos que se produce en los supuestos en que la enfermedad, el riesgo de padecerla o la simple necesidad de descanso impiden que el trabajador realice la prestación de servicios y acceda al salario.

En el derecho español, la inclusión en el sistema de Seguridad Social constituye la principal vía de acceso a la prestación de asistencia sanitaria,

pues tal prestación forma parte de la acción protectora del sistema. De conformidad con ello, el art. 38 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)³⁴⁰ establece, centrándose únicamente en el colectivo de trabajadores y en la incidencia que la enfermedad puede provocar en el trabajo, que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo, y la recuperación profesional, cuando esta se aprecie en cualquiera de los casos mencionados.

En consecuencia, la regulación de la dimensión reparadora de la asistencia sanitaria deriva tanto de las normas de Seguridad Social como de las normas que regulan el Sistema Nacional de Salud, si bien estas últimas parecen atender a un concepto de salud más amplio. A estos efectos, se ha de tener en cuenta que el derecho a la protección a la salud tiene por objeto la atención integral de las personas en caso de necesidad de asistencia de tipo sanitario, y que, en cuanto derecho de configuración legal, su desarrollo se articula a través de diversas disposiciones normativas que se dirigen a tutelar la salud de la generalidad de los ciudadanos.

La norma fundamental es la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que se refiere a la salud laboral en sus arts. 32 y 33. El primero fija como objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo. El segundo alude a la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, respecto de la que se exige que se desarrolle de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y que comprenda: a) la promoción de la salud; b) la vigilancia de la salud; c) el desarrollo y actuación en los aspectos sanitarios de la prevención de los riesgos laborales; y d) la promoción de la información, formación, consulta y participación de los profesionales sanitarios, de los trabajadores y sus representantes legales y de los empresarios en los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral. El contenido concreto del derecho a la salud de los ciudadanos y de los trabajadores vendrá determinado por el catálogo de servicios que legalmente se asignen al sistema nacional de salud. En la legislación vigente tal catálogo comprende servicios y prestaciones de muy diversa

³⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29 junio 1994, n. 15).

índole: servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud de la población; prestaciones de salud pública y atención sociosanitaria, prestaciones médicas (atención primaria, atención especializada, atención de urgencias), prestaciones farmacéuticas, y prestaciones complementarias o especiales (recuperación, ortoprotésicas, productos dietéticos, transporte sanitario)³⁴¹.

Además de estas disposiciones de carácter general, se han de tener en cuenta aquellas que estructuran la protección de los trabajadores a través de distintas prestaciones de seguridad social que se otorgan como consecuencia del acaecimiento de determinadas contingencias relacionadas con la pérdida o el restablecimiento de la salud, supuesto en que la legislación de seguridad social garantiza rentas sustitutivas del salario en los casos en que los trabajadores no puedan continuar su prestación de servicios. A estos efectos, el art. 38, ap. c) de la LGSS regula prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

La consideración general de este tipo de prestaciones (y especialmente la finalidad que se persigue con cada una de ellas) evidencia que se trata de instituciones centradas en la dimensión reparadora, incidiendo en la salud en la medida en que esta se ha deteriorado como consecuencia de la

³⁴¹ Son muy numerosas las normas que se destinan a desarrollar estos aspectos. Sobre asistencia sanitaria, encontramos: RD 1030/2006, de 15 septiembre, sobre cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y procedimiento para su actualización; RD 1192/2012, de 3 agosto, regulador de la condición de asegurado y de beneficiario de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En cuanto a los servicios médicos: RD 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria; RD 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada; RD 605/2003, de 23 de mayo, sobre tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera; RD 1039/2011, de 15 de julio, sobre criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias. En cuanto a los medicamentos: RD 83/1993, de 22 de enero, sobre financiación de medicamentos; RD 9/1996, de 15 de enero, sobre selección de los efectos y accesorios con cargo a los fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad y régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados; RD 1663/1998, de 24 de julio, sobre ampliación de la financiación de medicamentos; RD 823/2008, de 16 de mayo, sobre distribución y dispensación de medicamentos de uso humano; RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. También de interés resulta el RD 81/2014, de 7 de febrero, de transposición de la Directiva 2011/24/UE, sobre derechos de los pacientes a asistencia sanitaria transfronteriza.

prestación de servicios, en el caso de la asistencia sanitaria, y considerando la conveniencia de no continuar realizando dicha prestación cuando las alteraciones en la salud de los trabajadores les impiden o dificultan la realización del trabajo, en la generalidad del resto de los supuestos. Efectivamente, a efectos de devengar las prestaciones económicas, la existencia de una enfermedad se considera única y exclusivamente si produce incapacidad laboral, supuesto que dará lugar a la incapacidad temporal (IT) y a la consiguiente suspensión del contrato si efectivamente dicha circunstancia es temporal (arts. 128 LGSS y 45, c) ET)³⁴², y a distintos supuestos de incapacidad permanente (IP) y, con carácter general, a la extinción de la relación laboral, si la incapacidad laboral se prevé definitiva (especialmente si es una incapacidad total o absoluta, art. 49.1, g) ET)³⁴³.

Obviamente, ello significa que, si bien la asistencia sanitaria se otorga al trabajador simplemente por estar enfermo, las distintas prestaciones económicas de incapacidad (y, con ellas, la suspensión o extinción de la relación laboral) solo corresponderán cuando las alteraciones de salud provoquen incapacidad laboral y esta haya sido declarada por los organismos competentes.

³⁴² El art. 128. 1 de la LGSS considera incapacidad temporal la que se deba a “*enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación*”. Constituyen, asimismo, supuestos de incapacidad temporal “*los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad*”.

³⁴³ La propia definición de cada una de estas contingencias prevé la imposibilidad (en algunos casos, inconveniencia) de realizar la prestación de servicios con objeto de preservar la salud de los trabajadores. Así ocurre con el art. 128 LGSS cuando requiere de la situación de IT que el trabajador esté impedido para el trabajo; con los arts. 134 y 135 bis LGSS con respecto a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, al definir la situación protegida como el periodo de suspensión que procede en los casos en que no es posible el cambio en el puesto de trabajo, tal como exige la legislación sobre prevención de riesgos laborales; con el art. 136 LGSS cuando exige de la IP que las reducciones anatómicas o funcionales disminuyan o anulen su capacidad laboral. Razones distintas a la salud, aunque la tutela por este motivo no desaparece totalmente, encontramos en los casos de las prestaciones por maternidad (arts. 133 bis y 133 sexies LGSS), paternidad (art. 133 octies LGSS) y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 135 quarter LGSS), etc.

1.2. La dimensión preventiva. La política de prevención de riesgos laborales

Conectado con el derecho a la salud, aunque centrandolo en el ámbito específicamente laboral, la Constitución Española (en adelante, CE) establece también como principio rector de la política económica y social un compromiso de los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)³⁴⁴ instauro, de acuerdo con la normativa internacional en la materia, un conjunto de garantías y mecanismos dirigidos a establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo. En consecuencia, su principal línea de actuación es el establecimiento de obligaciones dirigidas a preservar la salud y bienestar de los trabajadores cuando desempeñan sus servicios dentro de las organizaciones productivas, siendo el empresario el sujeto principalmente obligado en este ámbito. El conjunto de obligaciones que impone el marco legal se justifican en la preservación de una serie de derechos constitucionales de los trabajadores, destacadamente el derecho a la salud plasmado en el art. 43 CE, y, como manifestación de este último y en consonancia con las conexiones efectuadas por la doctrina constitucional (STC n. 62/2007, de 27 marzo, F. J. 4º y 5º), el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

En consonancia con estas previsiones constitucionales, la legislación sobre prevención de riesgos laborales reconoce el derecho de los trabajadores a la protección eficaz frente a los riesgos laborales y, en consecuencia, el deber del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos profesionales (art. 14 LPRL), deber que implica múltiples obligaciones, entre otras: ofrecer información a los trabajadores, establecer y respetar los cauces de consulta y participación en materia de prevención, facilitar formación en materia preventiva, paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente y, en un plano más general, vigilar el estado de salud de los trabajadores. Se configura, por tanto en la regulación legal, un genérico deber de protección, que exige garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, objetivo que debe conseguirse mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de todas las medidas necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

La norma se centra, de un lado, en la necesidad de establecer una política preventiva de daños a la salud y a la integridad física; de otro, en regular

³⁴⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre, n. 269).

profusamente las limitaciones (y, sobre todo, las obligaciones) que dicha política impone a la libertad de empresa (art. 38 CE). Y aunque en el conjunto de obligaciones positivas para el empresario prevalecen ostensiblemente las medidas destinadas a la prevención, no se puede decir que la regulación descuide las medidas de adaptación del puesto de trabajo a las características anatómicas y funcionales del trabajador, circunstancia que deriva claramente del principio de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1.d LPRL) y de la consiguiente protección de los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 y ss. de la LPRL)³⁴⁵.

No obstante, antes de examinar dicha obligación, debemos advertir que existen otras medidas puntuales que, al menos en parte, responden a estos parámetros aunque, como se comprobará a continuación, se aplican a un ámbito restringido, el de las enfermedades profesionales. Efectivamente, de obligada mención es el conjunto de obligaciones empresariales que impone el concepto de enfermedad profesional en diversas materias con objeto de evitar su acaecimiento y el agravamiento de las ya diagnosticadas: a) obligatoriedad y vinculatoriedad de los reconocimientos médicos, supuesto en que, dependiendo del resultado, puede derivar la obligación de adaptar el puesto de trabajo (arts. 196 y 197 LGSS); b) obligación empresarial de cambiar de puesto de trabajo al trabajador que, en virtud de los reconocimientos efectuados, presente síntomas de enfermedad profesional que no den lugar a la incapacidad temporal, pero respecto de la que se prevea una progresión futura; obligación que, si es de ejecución imposible por no existir puestos alternativos, debe dar paso a la baja en la empresa o a la adopción de otras medidas análogas [art. 131.2 LGSS, art. 42 de la OM de 9 de mayo de 1962 por la que se regula el Reglamento de Enfermedades Profesionales y STS de 11 de junio (RJ 5915/2001)]³⁴⁶.

Sin embargo, el contexto más importante en el que surgen las obligaciones de adaptación del puesto de trabajo, ahora ya en un ámbito mucho más genérico en el que cabría la enfermedad del trabajador con independencia de su origen, es el de los trabajadores especialmente sensibles ante determinados riesgos profesionales³⁴⁷. En este sentido, el art.

³⁴⁵ Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.

³⁴⁶ Un análisis detallado en De Soto Rioja, S. y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional desde la perspectiva laboral”, AA.VV., *La enfermedad profesional* (en prensa).

³⁴⁷ La enfermedad que padece el trabajador en estos supuestos no ha de estar relacionada con el trabajo [STS] de Castilla y León de 3 de enero de 2001 (AS 2001, 1213); [STS] de Canarias de 30 de abril de 2001 (AS 2001, 3594); [STS] de Galicia de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 59574)].

25 LPRL establece la obligación empresarial de garantizar específicamente la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo³⁴⁸. Las obligaciones empresariales, así lo establece la regulación legal, consisten en: a) tener en cuenta las características personales o estado biológico de los trabajadores en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias; b) no asignar puestos de trabajo que puedan entrañar una situación de peligro para el trabajador, sus compañeros o terceros, por no adecuarse a las características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida.

Es claro, en consecuencia, que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, existe la obligación empresarial de tener en cuenta las características personales y el estado biológico de los trabajadores, esto es, su estado de salud, con objeto de asignarles un trabajo acorde, pues como reconoce directamente la legislación dichas características personales o estados biológicos determinarán medidas preventivas y de protección. A efectos de concretar el tipo de medidas, constituye un buen ejemplo el tratamiento dado a la mujer embarazada o en periodo de lactancia natural, supuestos en los que, si la evaluación concluye la existencia de riesgos o una posible repercusión sobre la salud, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, de la asignación de un puesto de trabajo distinto compatible con su estado y, cuando ello no sea posible, a través de la suspensión del contrato de trabajo por el tiempo que resulte necesario para preservar la salud (art. 26 LPRL).

1.3. La indemnidad de la relación de trabajo. La regulación Estatutaria

Un sentido distinto parecen tener las previsiones estatutarias que complementan las disposiciones relativas a la protección social y a la prevención de riesgos laborales, pues, como ya hemos avanzado, la

³⁴⁸ La referencia al “estado biológico” de los trabajadores se refiere a la existencia de cualquier enfermedad o síntoma que, sin ser invalidante, provoca la especial sensibilidad del trabajador frente a los riesgos (Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles...”, *óp. cit.*).

dimensión reparadora que otorga el sistema de Seguridad Social a través de la asistencia sanitaria y del reconocimiento de prestaciones económicas y la dimensión preventiva que aporta las políticas de prevención se ven complementadas con una serie de instituciones laborales propias del Derecho del Trabajo, como la suspensión del contrato de trabajo que el art. 45 ET regula para los supuestos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia artificial, etc.; el establecimiento de una serie de causas para el despido que en una u otra forma se relacionan con la enfermedad del trabajador; la propia regulación de la calificación que conlleva el despido injustificado, etc.; en definitiva, múltiples aspectos que, por haber sido objeto de otros trabajos de investigación, no se analizarán en profundidad en este momento³⁴⁹, lo que no nos impide afirmar que muchos de ellos, especialmente la suspensión del contrato durante la situación de incapacidad temporal, tiene como objetivo fundamental evitar que la situación de enfermedad en la que se encuentra el trabajador produzca efectos negativos en la relación laboral. Efectivamente, la suspensión de la relación laboral consiste en la cesación temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo, interrupción que, aun respondiendo a circunstancias muy variadas, se origina, en todos los casos regulados, en la imposibilidad o inconveniencia de realizar la prestación de servicios³⁵⁰. Frente a estos supuestos de imposibilidad, especialmente respecto a aquellos en que la salud de los trabajadores se encuentra en juego (incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia artificial), el ordenamiento jurídico reacciona protegiendo la estabilidad en el empleo al determinar que los hechos impeditivos mencionados no extinguen la relación laboral y reservar el puesto de trabajo durante todo el tiempo que dure la causa impeditiva³⁵¹. Esta finalidad, indiscutible en la

³⁴⁹ El análisis de las instituciones laborales puede verse en Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 157, 2013, pp. 135 y ss. El mismo trabajo puede consultarse en *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2/2015. Sobre el mismo asunto, De Soto Rioja, S. y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional...”, *óp. cit.*

³⁵⁰ Vida Soria, J., “La configuración jurídica general de la suspensión del contrato”, *Revista de Política Social*, n. 70, 1966, p. 251; Botana López, J. M., “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, 2002, p. 276. En el ámbito jurisprudencial, especialmente, STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º); STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º).

³⁵¹ Vida Soria, J., “La configuración jurídica...”, *óp. cit.*, pp. 261 y ss.; STC 207/1989 de 14 diciembre, RTC 1989\207 (F. J. 2º); STS de 25 de junio de 2001, RJ 2001/7079 (F. J. 3º); STC 207/1989 de 14 diciembre, RTC 1989\207 (F. J. 2º); STS de 25 de junio de

suspensión por incapacidad temporal, se torna evidente en el supuesto especial de reserva del puesto de trabajo en los casos en que la declaración de incapacidad permanente contemple una previsible revisión por mejoría que permita la incorporación al trabajo (art. 48.2 ET)³⁵².

En lo que se refiere a la institución de la extinción por voluntad unilateral del empresario o despido, la pervivencia del vínculo contractual durante el periodo de suspensión provoca, con carácter general, que permanezcan vigentes y se puedan ejercitar las distintas facultades extintivas que la regulación estatutaria encomienda al empresario, aunque hay que realizar importantes matizaciones. El ejercicio de la potestad disciplinaria sólo procedería por incumplimientos previos y siempre que la falta cometida no hubiese prescrito, salvo que se trate de infracción del deber de buena fe contractual; circunstancia que tiene especial trascendencia en la suspensión por incapacidad temporal³⁵³.

Por lo que respecta al despido objetivo, no consideramos que la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación de las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo puedan justificar un despido objetivo en

2001, RJ 2001/7079 (F. J. 3º).

³⁵² De acuerdo con esta última previsión, existirían dos tipos de declaración de incapacidad permanente (IP), la declaración previsiblemente definitiva [y, por ello, extintiva de la relación laboral (art. 143 LGSS)] y la declaración de incapacidad con probable revisión por mejoría y, por ello, suspensiva de la relación laboral (art. 48.2 ET), que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la declaración especial de IP, que es como se conoce este supuesto, únicamente es admisible cuando: a) a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo; b) así se haga constar esta circunstancia en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; c) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la IP; y d) debe notificarse al empresario (STS de 28 de enero de 2013, RJ. 2013/4116).

³⁵³ STS 12 de julio de 1990, RJ 1990/6102 (F. J. 2º); STS de 23 de julio de 1990, RJ 1990/6455 (F. J. 3º). La jurisprudencia considera que la realización de trabajos durante la situación de IT implica, de un lado, un riesgo para la salud de los trabajadores afectados y, en consecuencia, la posible prolongación de la incapacidad temporal; de otro, la posible evidencia de que el trabajador realmente está capacitado para desempeñar la actividad profesional contratada. En ambos casos la conducta del trabajador supone una defraudación tanto para la empresa como para el sistema de Seguridad Social, puesto que, aun estando capacitado para trabajar, no realiza la prestación y se beneficia de las obligaciones empresariales de abonar las cotizaciones y las mejoras voluntarias del subsidio y de la obligación de la Seguridad Social de abonar la prestación, lo que en términos contractuales y jurídicos supone transgresión de la buena fe contractual [STS de 18 de diciembre de 1990, RJ 1990/9805 (F. J. 6º); STSJ Galicia n. 1758/2012 de 20 marzo, AS 2012\1405].

cuanto no pueden manifestarse durante el periodo de suspensión, aunque sí que se podrían alegar si traen causa en momentos anteriores a la suspensión de la relación laboral (art. 52 a y b del ET). Distinta debe ser la interpretación respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, al ser causas objetivas que no se relacionan (o lo hacen indirectamente) con la prestación que realiza el trabajador. En estos supuestos se puede producir la extinción de la relación laboral durante el periodo de suspensión afectando a los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal, pues, a pesar de no estar realizando la prestación de servicios, el puesto de trabajo sigue existiendo³⁵⁴.

Por último, entendemos que las faltas de asistencia al trabajo sólo podrían justificar un despido objetivo (no un despido disciplinario) siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el precepto legal³⁵⁵, puesto que la regulación computa este tipo de faltas, aun justificadas, en las cifras de absentismo que requiere el art. 52.1 d) ET (20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses)³⁵⁶.

Hasta el momento, la interpretación de las instituciones laborales consideradas constituyen un sistema, aunque imperfecto y parcial, de protección del trabajador enfermo. El problema va a estar en la calificación del despido injustificado que se produzca durante el periodo de suspensión del contrato por incapacidad temporal³⁵⁷, supuesto en el

³⁵⁴ García-Trevijano Garnica, E., “La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100/2000 (Edición Especial: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*), pp. 1010 y ss. El supuesto se plantea en la STS de 25 de octubre de 2000, RJ 2000/9676 (F. J. 3º).

³⁵⁵ La regulación exige que las faltas de asistencia sean de carácter intermitente, que se deban a enfermedad común o accidente no laboral (no se computan las debidas a accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, tampoco las debidas a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia), que se trate de periodos de baja de duración inferior a veinte días consecutivos (o tratarse de periodos de baja no acordados por los servicios sanitarios oficiales, independientemente de su periodo de duración) y no tratarse, en ningún caso, de ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, Jover Ramírez, C., “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, n. 106, 2010, p. 51.

³⁵⁶ Sobre la nueva redacción y su legitimidad, Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, n. 59, 2014.

³⁵⁷ El art. 55. 5 ET establece la nulidad para el despido injustificado de trabajadoras durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo,

que la jurisprudencia se ha inclinado, ante la falta de una previsión legal expresa, por considerar el despido como improcedente.

Efectivamente, la legislación laboral no contempla como supuesto de nulidad el despido injustificado que se produce durante el periodo de IT, lo que no significa que su calificación, cuando se producen estas circunstancias, deba ser la de improcedente. Ante la falta de regulación normativa expresa, se debiera analizar si el supuesto controvertido encuentra cabida en algunas de las causas de nulidad que, con carácter general, regulan los preceptos aplicables: discriminación por alguno de los motivos prohibidos en la CE y en ET, o lesión de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador (arts. 53.4 y 55.5 ET); máxime si consideramos que en un supuesto de despido por IT se pueden encontrar implicados varios derechos constitucionales: el derecho a la no discriminación, el derecho al trabajo, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud³⁵⁸.

Desafortunadamente no éste el camino que durante años ha seguido la jurisprudencia del TS, que en la mayoría de los pronunciamientos ha considerado la improcedencia de los despidos por motivo de enfermedad basándose en que el art. 108.2 LPL (actualmente, LJS) enumera con carácter exhaustivo los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin mencionar el despido durante la suspensión del contrato cuando el motivo real no coincide con la causa formal alegada en la comunicación del cese³⁵⁹. Y es esta línea jurisprudencial, contundentemente asentada en el ordenamiento jurídico español, la que desdibuja la función y finalidad de la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, función que no era otra que descartar la extinción de la relación laboral por razón de enfermedad o accidente y que queda completamente anulada por una interpretación que permite extinguir la relación de trabajo alegando la falta de productividad del trabajador³⁶⁰.

parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere el art. 45.1 d), o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período, y el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de, entre otros derechos, la suspensión de la relación laboral.

³⁵⁸ STS de 31 enero 2011. RJ\2011\922 (F. J. 3).

³⁵⁹ SSTs de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069; STS de 23 de septiembre, RJ 2006/1923; 12 de julio de 2004, RJ 2004/7075. Más recientemente, STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008\800 (F. J. 3º); STS, de 27 enero 2009, RJ 2009\1048 (F. J. 4º); STS de 12 julio 2012. RJ 2012\9598 (F. J. 4º).

³⁶⁰ Análisis sobre la calificación del despido en estas circunstancias en Gualda Alcalá, F.J., "La calificación del despido por razón de enfermedad del trabajador", *Revista de Derecho Social*, n. 42, 2008, pp. 125 y ss.; Carrizosa Prieto, E., "Despido por incapacidad temporal ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho

En consecuencia, el análisis efectuado evidencia que, aunque la suspensión cumple con su papel de tutelar al trabajador que padece alteraciones en su estado de salud, dicha tutela no es completa a no ser que se complemente con otro tipo de medidas adicionales, y ello porque, si bien es verdad que, por sí misma, limita considerablemente los efectos perjudiciales que puede producir la enfermedad del trabajador sobre la relación laboral (imposibilidad de extinguir el contrato, prohibición de ejercitar el poder sancionador por faltas de asistencia, por disminución del rendimiento pactado, etc.), la conjunción con la regulación de las causas y efectos del despido no garantiza suficientemente que la extinción de la relación laboral se produzca única y exclusivamente por las causas que menciona la regulación estatutaria. En definitiva, la consideración conjunta de la regulación de estas instituciones (suspensión y despido) no excluye que la extinción de la relación laboral se produzca precisamente por el deterioro del estado de salud que padece el trabajador o, en definitiva, por ser un trabajador enfermo.

Desde una perspectiva general se debe considerar que las medidas articuladas en el ámbito estrictamente laboral no garantizan una protección eficaz frente a las múltiples conductas o actuaciones empresariales que puede provocar la enfermedad del trabajador. Hemos constatado como la suspensión del contrato, conectada necesariamente con la incapacidad temporal, no agota todos los supuestos de enfermedad, circunstancia que trasciende de las situaciones de suspensión, pudiendo desencadenar conductas empresariales perjudiciales una vez culminada dicha situación. Frente a las distintas actuaciones empresariales que puede desencadenar la enfermedad del trabajador, tanto doctrina como jurisprudencia han intentado articular la tutela de los intereses profesionales a través de distintas vías de protección: bien acudiendo al derecho a la integridad física del trabajador (en conexión o no con el derecho a la salud laboral), bien al derecho a no sufrir discriminación por razón de enfermedad.

fundamental?”, *Temas Laborales*, n. 96, 2008; Moreno Márquez, A., “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Aranzadi Social*, n. 11, 2010, pp. 117 y ss.; Ginés i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Aranzadi Social*, n. 18, 2010; Arenas Viruez, M., “La incapacidad temporal como causa de despido. Nulidad e improcedencia”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2011, pp. 157 y ss. En el ordenamiento jurídico italiano, Novella, M., “Il licenziamento del lavoratore malato”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2012, pp. 514 y ss. Un estudio de la cuestión en el derecho comparado, Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.

2. Nuevos mecanismos de tutela (I). La protección a través de la prohibición de discriminación

El análisis de la enfermedad como causa de discriminación que pudiera resultar prohibida por el ordenamiento jurídico español debe partir de una premisa fundamental: no existe disposición normativa que recoja específicamente dicha prohibición. A estos efectos, la Constitución Española reconoce en su art. 14, a modo de cláusula genérica, la prohibición de que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, por lo que, en principio, y salvando esta última alusión genérica, no existe base suficiente para considerar que dicha causa de diferenciación se encuentra expresamente prohibida. Más específicamente, el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 17, reconoce dicha prohibición en el ámbito laboral al considerar nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que ocasionen en el empleo o en las condiciones de trabajo situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad, o situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen (incluido el racial o étnico), estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a/o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

La consideración de ambas disposiciones nos obliga a descartar que la enfermedad sea un factor vedado expresamente en el ordenamiento jurídico español para realizar diferenciaciones. Siendo así, y de forma similar a como viene sucediendo en el derecho comunitario, habrá que plantearse, puesto que la discapacidad sí constituye un factor de discriminación prohibido, si la enfermedad o el estado de salud del trabajador podría incluirse o asimilarse a ella y, en caso contrario, si de forma independiente y autónoma pudiera considerarse una causa de discriminación prohibida con carácter implícito en la normativa antidiscriminatoria española. A analizar ambas cuestiones dedicaremos los siguientes apartados.

2.1. La enfermedad como una manifestación de la discapacidad

La posibilidad de asimilar la enfermedad a la discapacidad con objeto de considerarla una de las causas de discriminación prohibida se ha planteado y rechazado en el ámbito del derecho comunitario. Efectivamente, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico español, el derecho derivado de la Unión Europea tampoco hace alusión expresa a la enfermedad como causa prohibida para establecer diferencias de trato. Ninguna de las Directivas Comunitarias sobre las que se articula la lucha contra la discriminación acoge la enfermedad como factor de diferenciación y el concepto más próximo o más relacionado con ella sería el de discapacidad³⁶¹. La cuestión se complica si tenemos en cuenta que la Directiva 2000/78/CE ni ofrece un concepto de discapacidad ni remite su determinación a la legislación de los Estados miembros³⁶², por lo que ha sido necesario, y así lo demuestra la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), determinar si la discapacidad puede acoger a la enfermedad como causa de discriminación prohibida.

Inicialmente el TJCE salió al paso de esta interpretación mediante la STJCE de 11 de julio de 2006, TJCE 2006/192 (Caso Chacón Navas), en la que entendió que el concepto de discapacidad manejado por la Directiva 2000/78/CE requería de la concatenación de circunstancias distintas: a) que exista una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas; b) que esta suponga un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional durante periodos amplios o duraderos. En consecuencia, para que la limitación pueda incluirse en el

³⁶¹ Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DO L 180 de 19/07/2000*), Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación con independencia de la religión o de las convicciones, de la discapacidad, de la edad y de la orientación sexual (*DO L 303 de 02/12/2000*). *Un análisis de estas normas y su potencial en* Fernández López, M.F., y Calvo Gallego, F.J., “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Un ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales*, n. 59, 2001, pp. 125 y ss. En el ámbito más específico de la discriminación por razón de género: Directiva 2006/54, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*DO L 204/23 de 26/07/2006*) y Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro (*DO L 373 de 21/12/2004*).

³⁶² Ruiz Castillo, M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010, pp. 100.

concepto de «discapacidad» se requiere, necesariamente, la probabilidad de que sea de larga duración, por lo que el despido de un trabajador por una simple enfermedad no constituye *per se* una discriminación por razón de discapacidad.

No obstante, la posición del TJUE parece haber variado en los últimos pronunciamientos. Así, en la STJUE de 11 de abril de 2013, TJCE 2013/122 (Caso Ring) ha admitido que si una enfermedad (curable o incurable) acarrea una limitación de larga duración, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, e impide la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, esta puede estar incluida en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE y, en consecuencia, quedar protegida por la prohibición de discriminación, sin que pueda ser obstáculo el hecho de que la enfermedad permita realizar el trabajo de forma limitada. Interpretación que no sólo se aplica a los supuestos de enfermedad en sentido estricto, también a otras circunstancias como la obesidad siempre que esta impida la participación plena y efectiva en la vida profesional a causa de una movilidad reducida, de la concurrencia de patologías que no permitan realizar el trabajo o que supongan ciertas dificultades en el ejercicio de la actividad profesional [STJUE de 18 diciembre 2014, TJCE 2014/367 (Caso FAO)]³⁶³.

Reticencias similares a las expresadas por el TJCE en sus primeros pronunciamientos se advierten en el ordenamiento jurídico español, aunque el planteamiento de la cuestión ha sido bastante más tortuoso, entre otras razones porque hasta hace relativamente poco tiempo la atención a la discapacidad se ha realizado a través de un importante y variado cúmulo de disposiciones normativas que tenían por objeto hacer frente al fenómeno desde distintos ángulos y perspectivas³⁶⁴. Desde diciembre de 2013, sin embargo, resulta aplicable la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, de 29 de noviembre (LPDIS, BOE n. 289, de 3 de diciembre de 2013) que, en cuanto texto refundido, acoge y deroga la regulación de las disposiciones anteriores.

Con respecto a la noción de discapacidad, la nueva regulación, en su art. 4,

³⁶³ Un comentario a este pronunciamiento en Pérez Anaya, R. M., “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1/2015.

³⁶⁴ Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI) y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LPD), que es precisamente la norma de transposición de la Directiva 2000/78/CE.

define a las personas con discapacidad como “*aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”. Además, también tendrán esta consideración aquellas personas “*a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*”. Y al igual que sucedía con la regulación anterior, la norma establece que “*se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”.

No existen, en consecuencia, diferencias sustanciales con la definición de discapacidad que acogía la LPD. Únicamente se podría señalar que la nueva concepción incide, más claramente si cabe, en que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que conlleva la situación de discapacidad deben ser «*previsiblemente permanentes*», expresión que se utiliza también en el art. 2 ap. a, al definir la situación de discapacidad como “*situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Siendo así, hemos de concluir que la definición en el ordenamiento jurídico español no permite establecer una vinculación expresa entre enfermedad y discapacidad, al menos no la suficiente para incluir en la discriminación por razón de discapacidad las diferencias realizadas atendiendo al estado de salud, inclusión que quedaría absolutamente descartada al identificarse la discapacidad con una situación de incapacidad laboral permanente y no temporal.

De hecho, la identificación ha sido expresa y claramente rechazada por la jurisprudencia, al negar que la incapacidad funcional temporal que genera una enfermedad, al menos, una enfermedad no definitivamente inhabilitante, pueda asimilarse a la situación que padecen las personas discapacitadas, puesto que frente al carácter temporal y transitorio de la primera, la discapacidad se presenta como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que requiere de medidas para satisfacer las necesidades particulares que presenta el colectivo afectado³⁶⁵; interpretación que sin lugar a dudas ha dejado de ser acorde con el derecho comunitario en la medida en que este sí que permite, de acuerdo

³⁶⁵ SSTs de 22 de noviembre de 2007, RJ 2008/1183; de 22 de enero de 2008, RJ 2008/1621 (F. J. 5º); de 27 de enero de 2009, RJ 2009/1048 (F. J. 5º).

con los últimos pronunciamiento del TJCE, vincular enfermedad y discapacidad³⁶⁶.

2.2. La enfermedad como causa de discriminación autónoma e independiente

Más prometedora que la anterior se presenta la otra línea de evolución que nos hemos planteado, esto es, considerar que la enfermedad constituye una causa de discriminación independiente y autónoma y que, en cuanto tal, puede resultar reconocida en el ordenamiento jurídico español. La base para mantener tal hipótesis no es otra que la consideración de que el listado de motivos o razones prohibidas por la regulación positiva no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo, por lo que, en último término, la enfermedad o el estado de salud del trabajador podría considerarse una de esas circunstancias personales mencionadas con carácter genérico por el propio art. 14 CE. Precisamente es esa posibilidad, la de poder considerar otros factores no mencionados expresamente en la legislación, lo que nos obliga a aplicar la concepción doctrinal y jurisprudencial de la discriminación con objeto de determinar si efectivamente estamos ante una causa prohibida o no.

En primer lugar, la discriminación, aunque conlleva una diferencia de trato que tiene repercusiones en el ámbito jurídico, toma como referencia un criterio o circunstancia personal que, por ser inherente a la propia naturaleza humana, o bien por constituir el resultado de las legítimas opciones que se despliegan ante los sujetos, se convierte en lesiva para la dignidad humana³⁶⁷. En segundo lugar, la medida discriminatoria tiene como consecuencia la creación de una situación de desigualdad, por lo que, más que a la diferencia de trato propiamente dicha, hay que atender al resultado, lo que implica, que no se tienen en cuenta el elemento intencional y que se debe considerar lesiva la discriminación indirecta³⁶⁸. En tercer y último lugar, toda discriminación tiene carácter unilateral, porque se produce contra determinados individuos o grupos que, por las circunstancias vedadas, son tratados de forma diferente respecto a los

³⁶⁶ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 6. Esta circunstancia se reconoce en los últimos pronunciamientos del TS, aunque a día de hoy no ha tenido ocasión de rectificar su doctrina [STS de 25 noviembre 2014, RJ 2015/27 (F. J. 3º)].

³⁶⁷ Fernández López, M.F., “La discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, n. 3-4, 1993, p. 154; SSTC 153/1994, de 23 de mayo (F. J. 6º); 173/1994, de 7 de junio (F. J. 3º).

³⁶⁸ SSTC 145/1991, de 1 de julio (F. J. 2º); 203/2000, de 24 de julio (F. J. 6º).

demás³⁶⁹, circunstancia que exige de la tutela antidiscriminatoria la adopción de medidas de acción positiva como acciones necesarias para proteger a los individuos o grupos de las discriminaciones jurídicas y sociales que les han ubicado en una situación de inferioridad³⁷⁰.

La consideración de estas características ha provocado ciertas reticencias a contemplar la enfermedad como una de las causas de diferenciación prohibidas. Así, el TS considera que la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE exige la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. De conformidad con estos planteamientos, para que se dé una situación de discriminación es necesario, en primer lugar, que los criterios de diferenciación se basen en circunstancias utilizadas históricamente para segregar grupos de personas y, en segundo lugar, que como miembros de estos grupos segregados (de constitución estable y no efímera), las personas discriminadas tengan necesidades particulares de integración laboral y social. Partiendo de estas consideraciones, el TS estima que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no constituye uno de los supuestos de discriminación prohibidos, puesto que, a pesar de que se trata de una contingencia inherente a la condición humana, no es específica de un grupo o colectivo de personas (de composición permanente), como ocurre, por ejemplo, con la discapacidad³⁷¹.

No obstante, la doctrina comentada realiza una matización importante, pues considera que aunque la enfermedad “*desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo [...], no es un factor discriminatorio en el sentido estricto [...], pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*”³⁷². Estas manifestaciones han permitido sostener (así lo ha hecho parte de la doctrina científica) que existe “*algún resquicio para considerar que el estado de salud del trabajador pueda constituir un factor de discriminación*”³⁷³. Efectivamente, las consideraciones destacadas admiten, aunque con tintes de cierta excepcionalidad, que el estado de salud de los

³⁶⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 111; Fernández López, M.F., “La discriminación en la jurisprudencia...”, *óp. cit.* p. 155.

³⁷⁰ SSTC 17/2003, de 30 de enero (F. J. 3º).

³⁷¹ STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008/800 (F. J. 3º); STSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 2010 (F. J. 2º).

³⁷² STS de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069 (F. J. 2º); STS de 31 de enero de 2011, RJ 2011/922 (F. J. 3º).

³⁷³ Baylos Grau A. y Pérez Rey, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 102 y ss.

trabajadores puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación prohibido al encontrarse implícitamente encuadrado en la cláusula genérica del art. 14 CE, circunstancia que ha aceptado expresamente el Tribunal Constitucional³⁷⁴.

Esta posición se aleja considerablemente de las interpretaciones efectuadas en el ámbito comunitario, en el que la STJCE de 11 de julio de 2006, TJCE 2006/192 (Caso Chacón Navas), se planteaba si la enfermedad podía ser un factor de discriminación autónomo e independiente de la discapacidad aunque no se mencione expresamente en el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal se pronuncia en sentido negativo, pues considera que tanto el Tratado como la Directiva contienen una lista cerrada y exhaustiva de circunstancias o causas de discriminación que no puede ampliarse por analogía a otros motivos distintos, como la enfermedad. En consecuencia, para el derecho comunitario la enfermedad no constituye, por sí misma, esto es, con carácter aislado y autónomo, una causa de discriminación en el derecho comunitario, afirmación que queda refrendada al exigir que todos los Estados apliquen un concepto homogéneo y uniforme de discapacidad (que no permite ni asimilar ni incluir la enfermedad).

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la posición adoptada en el ordenamiento jurídico español es acorde a las interpretaciones efectuadas en el seno de otros organismos internacionales. Así, por ejemplo, y dada la importancia que tiene en el ámbito de las relaciones laborales, es fundamental tener en cuenta las normas de la OIT. A estos efectos, la Organización cuenta con varias disposiciones que pudieran resultar aplicables, destacando significativamente el Convenio n. 111 (1959) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que, pese a no reconocer la discapacidad ni la enfermedad como causa de discriminación expresa, en su art. 1.2 considera discriminación «*cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación*». La OIT, en contraste con lo que ocurre con las instituciones comunitarias, no sólo considera lícito sino que aplaude el hecho de que los países que han ratificado el Convenio n.

³⁷⁴ Gualda Alcalá F.J., “La calificación del despido...”, *óp. cit.* pp. 131 y ss. La STC 62/2008, de 26 de mayo (F. J. 6º), considerará que “*el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales [...]. Así ocurrirá cuando la enfermedad sea utilizada como un elemento de segregación o de estigmatización de la persona que la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato*”.

111 (1959) hayan ampliado la lista de motivos de discriminación, añadiendo la discapacidad, la edad, el estado de salud y en particular la seropositividad VIH real o presunta, la afiliación sindical y la situación familiar³⁷⁵. En otros documentos, la Organización ha considerado que la salud (o más bien la carencia de ella, la enfermedad), aun siendo un factor emergente, constituye un causa de discriminación que puede ser considerada como distinta y autónoma de la discapacidad, puesto que, no toda enfermedad ocasiona discapacidad y no por ello ha de considerarse que los personas segregadas por padecerla no sufren discriminación³⁷⁶.

3. Nuevos mecanismos de tutela (II). La protección a través del derecho a la salud y del derecho a la integridad física

La última posibilidad de abordar la protección integral del trabajador enfermo es a través de algunos de los derechos fundamentales sustantivos que reconoce nuestro texto constitucional. Sin duda, el derecho más adecuado a estos efectos es el derecho a la salud (art. 42 CE) y, en su defecto, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). Es evidente, y así lo hemos puesto de manifiesto en el primer apartado de este análisis, que gran parte de las medidas o instituciones arbitradas tienen como finalidad última proteger la salud del trabajador, por lo que resulta más que sorprendente que cuando es necesario acudir a un derecho fundamental para articular la tutela al margen de la regulación legal, los jueces y tribunales obvien y se olviden del derecho a la salud y del derecho a la integridad física.

El problema fundamental que encuentra esta línea de protección es que el derecho a la salud es un derecho prestacional, catalogado por la CE como un principio rector de las políticas públicas, clasificación que, aun siendo eminentemente formal, ha impedido, al menos en el ordenamiento jurídico español, que jueces y tribunales le doten de un contenido constitucional más amplio que el expresamente plasmado en la regulación legal. Además, también hay que tener en cuenta que, de todos los derechos que plasma el texto constitucional, el TC sólo puede conocer a

³⁷⁵ OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2003, pp. 16; 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*, Ginebra, 2007, p. 9.

³⁷⁶ OIT, *Equality et non discrimination at work in China. Discrimination, health and disability*, Ginebra, 2010, pp. 8 y ss.

través del recurso de amparo (lo que no excluye el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) de aquellos que se califican como “*derechos fundamentales*”, que son los ubicados en la Sección Primera del Título II y que vienen a coincidir, con algunas excepciones, con las libertades liberales; de esta forma, cuando se alega en amparo uno de los derechos constitucionales que no se ubican en la mencionada Sección, tanto el demandante, como el TC a la hora de efectuar su interpretación, se ven en la necesidad de vincular el derecho constitucional excluido de este mecanismo de tutela con algún otro que sí goce de su protección³⁷⁷.

Aunque parezca sorprendente, ambas circunstancias, la clasificación de los derechos eminentemente prestacionales como principios rectores de la política económica y social y la imposibilidad de conocer directamente a través del recurso de amparo las lesiones que padecen, han provocado que durante años estos derechos se hayan considerado de segunda categoría, olvidando que todos ellos, independientemente de la sección constitucional en la que se ubiquen y de las garantías que se les apliquen, tienen la misma naturaleza: la de derechos constitucionales de los ciudadanos. Esta es la razón de que en el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia (aunque también la doctrina científica) se haya inclinado por estructurar la tutela del trabajador enfermo a través de la prohibición de discriminación, obviando o marginando el análisis desde la perspectiva del derecho a la salud, y ello a pesar de que esta ha sido siempre una de las alegaciones principales en las demandas de protección.

Efectivamente, la protección del trabajador enfermo a través del derecho a la salud se ha planteado tanto en sede constitucional como ante el TS, siendo este último el que, como veremos en seguida, ha optado por una postura más progresista en la materia. La posición del Tribunal Constitucional resulta cuanto menos sorprendente si consideramos que en muchas de las sentencias en las que ha debido pronunciarse sobre medidas de prevención de riesgos laborales ha considerado que la LPRL es “*la concreción legal que en el ámbito del derecho del trabajo tiene la protección constitucional que imponen diversos derechos constitucionales del trabajador, como el derecho a la integridad física y a la salud*”³⁷⁸. En consonancia con ello, y por las razones mencionadas, considera que el derecho a la integridad física protege tanto la inviolabilidad de la persona (incolumidad corporal), no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su

³⁷⁷ Sobre la conexión del derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, SSTC 62/2007, de 27 de marzo (F.J. 2).

³⁷⁸ SSTC 62/2007, de 27 de marzo (F.J. 5º).

titular, como el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal. Sin embargo, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE. Se precisa la concurrencia de determinados factores: la gravedad del riesgo, la inmediatez del riesgo y la certeza del riesgo, no siendo necesario que la lesión se haya consumado, sino únicamente que se acredite un riesgo relevante de que esta pueda llegar a producirse (STC n. 62/2007, de 27 marzo, F. J. 4º y 5º).

Siendo esta la doctrina constitucional sobre la vigencia del derecho a la salud y a la integridad física en el ámbito laboral, sorprende que un problema tan importante como la protección del trabajador enfermo durante el desarrollo de la relación laboral no haya recibido una respuesta más contundente por parte de la jurisprudencia. Y ello porque, a pesar de la polémica que la cuestión ha alcanzado en el ordenamiento jurídico español, el TC no se ha pronunciado sobre el asunto, alegando problemas procesales en los pocos casos en que se le han planteado la cuestión³⁷⁹.

No ha sucedido lo mismo con el TS que, como veremos en seguida, ha sufrido una considerable evolución en los últimos años. Así, de pronunciamientos en los que no consideraba lesionado el derecho a la salud en supuestos de despidos producidos durante la situación de IT, ha pasado a declarar la nulidad de estos cuando el empresario, antes de despedir al trabajador en situación de IT, lo amenaza con hacerlo provocando una compulsión para que el trabajador se reincorpore al trabajo.

Efectivamente, en la STS de 27 de enero de 2009, RJ/2009/1048 (F. J. 4º) el TS mantuvo literalmente el discurso que hemos señalado anteriormente y que desmerece la naturaleza constitucional del derecho a la salud: *“siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional”*, el derecho a la salud no está comprendido en la categoría de *“los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales sobre nulidad del despido”*, esto es, los arts. 53.4 y 55.5 del ET. La salud se regula en el art. 43 CE y *“como tal, se sitúa en el Capítulo III del Título I de la Constitución, donde se enuncian los “principios rectores del orden social y económico”, a los que se asigna una función normativa distinta a la de los derechos fundamentales, en cuanto que dichos principios, sin perjuicio de desempeñar la función de información del ordenamiento que les es propia, han de ser alegados y aplicados por medio de las normas legales de desarrollo, tal como exige el art. 53.3 CE”*. Se rechaza, en consecuencia, que el derecho a la salud, considerado de forma autónoma y desconectado de la integridad física pueda ocasionar la nulidad del despido.

³⁷⁹ STC n. 62/2008, de 26 mayo (F. J. 2º *in fine*).

Las declaraciones cambian considerablemente cuando las alegaciones de nulidad se basan en el derecho a la integridad física y antecede al despido la amenaza de efectuarlo si el trabajador no abandona la situación de incapacidad temporal. En estos casos, considerará el TS la presión o amenaza de despido para que el trabajador se reincorpore al trabajo (y el hecho de que la amenaza se convierta en realidad cuando la reincorporación no se produce) *“pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 de la CE”* [STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 2º)]. El TS se basa precisamente en la doctrina constitucional que considera que el derecho a la salud forma parte del derecho a la integridad física, de forma que la *“presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud”*³⁸⁰.

Ante la sorpresa que puede ocasionar un cambio de tal magnitud, es el propio Tribunal el que se dedica a aclarar que en los pronunciamientos anteriores el debate no se había planteado en los términos correctos, pues no se podía considerar nulo el despido de un trabajador en situación de IT por discriminatorio al no existir discriminación en el supuesto; tampoco cabía declarar la nulidad por ser lesivo del principio o derecho a la salud en cuanto la lesión de este derecho (aunque se produzca) no ocasiona la nulidad de acuerdo con la redacción de los arts. 53 y 55 del ET. Por último, en lo que hace a los supuestos en los que se alegó el derecho a la integridad física y no se estimó lesión, explica el Tribunal que en todos los casos resueltos faltaba un elemento determinante y es que *“el despido no funcionó como coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante”*. Y lo es porque, de acuerdo con la doctrina constitucional, la amenaza de despido genera que el peligro para la salud y para la integridad se convierta en grave y cierto a través de *“una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral”*³⁸¹. En consecuencia, lo determinante para la jurisprudencia del TS no es tanto que exista efectivamente un despido, sino que exista una amenaza de despido, de forma que el trabajador adquiera consciencia del peligro que conlleva su falta de incorporación al trabajo.

³⁸⁰ STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 3º)

³⁸¹ STS de 31 enero 2011, RJ/2011/922 (F. J. 3); STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013, AS. 2013/1715.

Ciertamente, el pronunciamiento supone un avance importante al declarar la nulidad del despido por lesión del derecho a la integridad física del trabajador, derecho que efectivamente se ve comprometido si se abandona una situación de baja necesaria para restablecer la salud; el problema es que la declaración de nulidad se ocasiona, no tanto por el hecho de que se produzca el despido como por la existencia de una amenaza de despido previa que, a nuestro juicio, el único papel que puede jugar es el de exteriorizar la intencionalidad de empresario. Si esto es así, convendría recordar que “*la intencionalidad del empresario es irrelevante en los supuestos en los que, de facto, se discrimina*”³⁸², también lo es en los supuestos en que se lesionan derechos fundamentales del trabajador.

De hecho, la nulidad del despido no funcionaría de forma automática en estos supuestos, que es lo que parecen considerar los pronunciamientos jurisprudenciales que la rechazan, fundándose quizá en que la regulación estatutaria anterior a 1994 la establecía con este carácter. Producido un despido durante la IT alegando causa o sin ella, el trabajador, si sospecha que el despido lesiona alguno de sus derechos constitucionales, habrá de impugnar la decisión empresarial alegando todos aquellos indicios que considere necesarios para provocar la sospecha en el juzgador de que dicho acto es contrario o constituye una represalia por el ejercicio de su derecho a restablecer la salud, y hecho esto con solvencia, el juzgador dará traslado al empresario para que pruebe la existencia de una causa real para el despido y que dicha causa además de ser legal es suficiente (adecuada, necesaria y proporcionada) para justificar la decisión extintiva.

4. Conclusiones

El análisis efectuado pone de manifiesto que son múltiples las instituciones que inciden en la protección del trabajador enfermo, aunque la mayoría de ellas ofrecen una tutela tangencial. La parcialidad de la protección es evidente en el caso de la prestación económica por incapacidad temporal y la suspensión de la relación laboral que conlleva, mecanismos que sólo se activan cuando queda constado que la enfermedad incapacita para el trabajo y, con carácter general, no siempre durante todo el proceso en que esta se desarrolla. En aquellos casos en que la enfermedad no incapacita totalmente (ya sea con carácter temporal o definitivo) para realizar el trabajo entra en juego la normativa sobre prevención de riesgos laborales que, como manifestación de su función

³⁸² Ginés i Fabrellas, A., “La nulidad del despido...”, *óp. cit.* p. 14.

eminentemente preventiva, consagra la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo a las características y al estado biológico del trabajador.

Una consideración conjunta de estas instituciones nos podría llevar a afirmar que, en el ordenamiento jurídico español, el nivel de protección al trabajador enfermo es medianamente aceptable. No obstante, y a pesar de lo dicho, existen determinadas instituciones que desvirtúan ese sistema de tutela, al debilitar o anular por completo la dimensión de indemnidad que debe ofrecer el ámbito laboral frente al padecimiento de una enfermedad incapacitante. Es lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico español con la calificación jurisprudencial del despido producido en estas circunstancias, calificación que, al permitir el despido indemnizado durante la situación de IT, declarando su improcedencia en vez de la nulidad, priva de efectos a la principal función que cumplen las normas laborales en la protección del trabajador enfermo: garantizar la indemnidad de la relación laboral durante la situación de enfermedad.

La controversia en torno a la calificación que ha de darse al despido acausal realizado durante la IT y la falta de criterios claros en la regulación estatutaria han provocado la necesidad de justificar constitucionalmente la protección de estos trabajadores y dar una solución al problema desde parámetros constitucionales, esto es, ponderando los derechos constitucionales del trabajador respecto de los intereses empresariales. Tanto doctrina científica como jurisprudencia llevan años ofreciendo posibilidades específicas para articular un sistema de protección efectivo, si bien, como hemos puesto de manifiesto en el estudio realizado, todas ellas han encontrado reticencias que, afortunadamente, se van desmoronando con cada nuevo caso que se presenta ante la jurisdicción social. Tan es así que en la actualidad (y después de muchos años de litigiosidad) podemos afirmar que son tres las vías que se están aplicando para resolver esta cuestión: la discapacidad, la discriminación y la salud del trabajador como manifestación del derecho a la integridad física y moral.

La protección a través de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad es una de las vías que más se ha desarrollado en los últimos tiempos, especialmente como consecuencia de los pronunciamientos del TJCE y de la nueva concepción de discapacidad que maneja. Esta concepción, más amplia que la anterior, permite considerar discapacitados, y como consecuencia de ello aplicar los mecanismos de la tutela antidiscriminatoria en caso de conductas lesivas, a aquellos trabajadores que padezcan enfermedades crónicas o de larga duración que limiten u obstaculicen su capacidad para realizar la prestación de servicios, aunque y sobre todo, cuando dicha limitación no les incapacite para realizar

totalmente la prestación de servicios. La nueva orientación va a ocasionar, sin ninguna duda, cambios importantes en el ordenamiento jurídico español en cuanto exige un giro considerable en la jurisprudencia sobre la materia y una reconsideración de ciertas instituciones laborales, como por ejemplo la improcedencia del despido injustificado del enfermo crónico (ahora debe ser nulo por discriminatorio)³⁸³, el cómputo de determinadas faltas de asistencias, aún justificadas, como causa del despido objetivo (circunstancia que podría dar lugar a una discriminación indirecta por razón de discapacidad)³⁸⁴ y la obligación de adaptar el puesto de trabajo a las características del trabajador (obligación que ya no nace de la LPRL sino de la propia tutela antidiscriminatoria y, en consecuencia, de la Constitución, del derecho de la UE y del derecho internacional)³⁸⁵.

Consecuencias muy parecidas conllevaría la opción de considerar la enfermedad como una causa autónoma de discriminación, aunque esta opción se torna “*más amigable*” en el ordenamiento jurídico español por dos circunstancias distintas. Primero porque el TC no ha efectuado un rechazo tajante o rotundo a que la enfermedad sea una causa de discriminación autónoma y diferenciada de la discapacidad; segundo, porque esta opción, en la medida en que no es la acogida por el derecho comunitario, permitiría la construcción jurisprudencial de una nueva causa de discriminación que, salvando los supuestos de discapacidad y de enfermedad de larga duración, podría tener una configuración propia, distinta a la que caracteriza a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. Ciertamente su construcción no estaría exenta de complejidad, pues sería necesario aplicar a cada uno de los supuestos

³⁸³ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 7.

³⁸⁴ La hipótesis la plantea Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales...”, con ocasión del análisis a la SJS n. 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013, en la que se declara nulo el despido por faltas de asistencia de una trabajadora con enfermedad crónica. Argumenta el autor, en consonancia con el juzgador que la regulación del art. 52. ap. d), especialmente después de la reforma efectuada en 2012 y al eliminar la vinculación de la facultades extintivas del empresario del absentismo colectivo, hace recaer toda la regulación en sancionar la faltas de asistencia por razón de enfermedad, circunstancia que puede lesionar el derecho a la salud de los trabajadores y constituir un supuesto de discriminación indirecta (por razón de discapacidad) para los trabajadores que padezcan enfermedades de larga duración que limiten su vida profesional.

³⁸⁵ Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica...”, *óp. cit.*, p. 8. Sobre la configuración jurídica de la adaptación como obligación que deriva de la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad, véase el excelente trabajo de Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en E.E.U.U y España: Una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015.

concretos que se vayan presentado las características típicas de la discriminación, con objeto de constatar que la diferenciación utiliza criterios lesivos de la dignidad humana, que produce resultados adversos para un grupo de personas independientemente de la intencionalidad del sujeto que la provoca y, por último, que presenta carácter unilateral en cuanto el colectivo afectado requiere de medidas de acción positiva para salir de esa situación.

Por último, y por lo que respecta al derecho a la salud como parte integrante del derecho a la integridad física, tesis acogida en los últimos años por el TS, conllevaría (más temprano que tarde) una reconstrucción del derecho a la salud en la relación de trabajo, reconstrucción que no se podrá limitar a acoger el aspecto colectivo desarrollado a través de la prevención de riesgos laborales, sino que deberá centrarse en el derecho constitucional (individual) a la salud de los trabajadores en el ámbito laboral, determinando aspectos tan importantes como si incluye o no el derecho a suspender el contrato de trabajo para recuperar la salud, el derecho a la adaptación del puesto de trabajo o al cambio del puesto de trabajo cuando la enfermedad no sea totalmente incapacitante, el de acceder a una prestación económica del sistema de protección social en caso de que si lo sea y, como no, el derecho a que se declare nulo un despido adoptado como represalia por haber ejercitado el derecho a restablecer la salud, referencia que nos indica que muy bien podemos haber abandonado el ámbito de la integridad física para aventurarnos en terrenos inexplorados: la indemnidad por el ejercicio del derecho a la salud.

5. Bibliografía

Arenas Viruez, M., “La incapacidad temporal como causa de despido. Nulidad e improcedencia”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 2011.

Baylos Grau A. y Pérez Rey, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2012.

Botana López, J. M., “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, 2002.

Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, n. 96, 2008.

- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 157, 2013.
- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del lavoratore malato nella normativa spagnola”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2015.
- Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 12, 2010.
- De Soto Rioja, S., y Fuentes Fernández, F., “La enfermedad profesional desde la perspectiva laboral”, AA.VV., *La enfermedad profesional* (en prensa).
- Fernández López, M. F., “La discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, n. 3-4, 1993.
- Fernández López, M.F., y Calvo Gallego, F. J. , “La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas. Un ampliación del marco material comunitario”, *Temas Laborales*, n. 59, 2001.
- Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.
- García-Trevijano Garnica, E., “La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2000 (Edición Especial: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*).
- Gualda Alcalá F.J., *La calificación del despido por razón de enfermedad del trabajador*, en *Revista de Derecho Social*, n. 42/2008.
- Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en E.E.U.U y España: Una visión comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015.
- Jover Ramírez, C., “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, n. 106/2010.
- Moreno Gené, J., “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Aranzadi Social*, n. 59, 2014.
- Moreno Márquez, A., “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Aranzadi Social*, n. 11, 2010.
- Novella, M., “Il licenziamento del lavoratore malato”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2012.
- Pérez Anaya, R.M., “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 1, 2015.

- Ruiz Castillo, M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Albacete, Bomarzo, 2010.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, Ginebra, 2003.
- OIT, *La igualdad en el trabajo. Afrontar los restos 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*, Ginebra, 2007.
- OIT, *Equality et non discrimination at work in China. Discrimination, health and disability*, Ginebra, 2010.
- Vida Soria, J., “La configuración jurídica general de la suspensión del contrato”, *Revista de Política Social*, n. 70, 1966.

La transformación del trabajo. El teletrabajo en Colombia

Martha Elisa MONSALVE CUÉLLAR*

RESUMEN: El artículo trata de la situación del teletrabajo en Colombia, de las novedades aportadas por razón de las recientes reglamentaciones adoptadas en este país, y de las perspectivas futuras. Se examinará, por lo tanto, la regulación jurídica sobre el teletrabajo en Colombia, en concreto, la Ley 1221, de 2008, cuyo objetivo es promover y regular el teletrabajo y el autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones; y el Decreto 884, de 2012, mediante el cual finalmente se efectuó dicha reglamentación, de la cual se puede rescatar la fijación de sanciones para quienes desconozcan los derechos de los teletrabajadores e ignoren la protección de la cual son objeto.

Palabras clave: Teletrabajo, tecnología, empresa, futuro del trabajo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. El teletrabajo en Colombia. 3. Reglamentación. 4. El futuro del teletrabajo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora de la Universidad la Gran Colombia, Bogotá.

1. Antecedentes

Sobre el contrato de trabajo a domicilio podemos encontrar un antecedente, toda vez que el artículo 89 de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, que data de 1965, lo consagró como el contrato que celebra una persona que presta servicios remunerados en su propio domicilio, con subordinación a un patrono. Fue precisamente esta subordinación lo que pudo llevar a encontrar, en esta forma de trabajo, la flexibilidad en la contratación, tan ligada a la nueva globalización.

Anticipándose a lo que el futurista, Jack Nilles, estadounidense, previó hacia los años setenta, y a raíz de la crisis del petróleo en el mundo, esta forma de trabajo surgió como alternativa para economizar combustible. Su proceder se encuentra fundamentado en tres principios: a) realizar una labor a cambio de un pago; b) hacer uso de las nuevas tecnologías y del auge de las comunicaciones; c) evitar la necesidad de la presencialidad.

Su propuesta se basaba en la idea de llevar el trabajo al trabajador, y no este al trabajo. No obstante, en ese entonces, el incipiente desarrollo de las comunicaciones no permitió su cabal desarrollo, por lo que se tornó al previo escenario del mercado laboral.

No todos los teletrabajadores se desempeñan bajo las mismas condiciones. Se diferencian tres grupos a saber: a) autónomos independientes o por cuenta propia b) móviles y c) suplementarios.

Son autónomos independientes o por cuenta propia aquellos que son subcontratados por una empresa para el desempeño de una labor específica por un tiempo determinado. Esta forma se conoce, igualmente, con el anglicismo, tan socorrido en el mundo de la gestión humana, del 'freelance'. Las personas en esta modalidad atienden responsabilidades específicas de carácter temporal.

Por otra parte, los teletrabajadores móviles no cuentan con un espacio específico, pero realizan una función permanente para una organización y hacen uso de todos los equipos y elementos tecnológicos, que a la vez les permiten interactuar con los compañeros de trabajo.

Por su lado, los llamados suplementarios laboran durante dos o tres días en la semana, desde su casa, y, al igual que los móviles, hacen uso de altas tecnologías de la comunicación.

2. El teletrabajo en Colombia

Se tiene por objeto promover y regular este tipo de trabajo como medio de generación de empleo.

Contestar cualquiera de estos interrogantes aparecidos en la *Revista Hombre y Trabajo*:

- ¿Ha deseado que los lunes no sean lunes, que las mañanas se inicien a la hora en que usted prefiere salir de la cama?
- ¿Ha deseado trabajar desde su casa, una biblioteca, quizás un parque, y cumplir responsabilidades sin importar el lugar donde se encuentre?
- ¿Le gustaría no tener que pasar las interminables horas sufriendo los enormes “trancones” de la casi totalidad de nuestras ciudades?
- ¿Es usted de los que piensa que en su casa le “rinde” más que en la oficina?

Déjeme decirle entonces que usted es un excelente candidato para el teletrabajo.

Además de las razones derivadas de las anteriores preguntas, escuchamos constantemente la urgente necesidad de hacer compatible la vida familiar con la laboral. Posiblemente, es por todas estas razones, por lo que usted ha contestado de manera asertiva a las preguntas formuladas, y lo que ha llevado al auge de esta forma de trabajo en el mundo entero.

Los avances cada vez mayores de la tecnología que nos permiten asistir a video conferencias desde el hogar, y, por ejemplo, a participar de reuniones por *Skype*, han hecho que la economía de tiempo que logramos sin esas demoradas movilizaciones nos convierta en seres más productivos, que a la vez pueden estar más cerca del hogar y de sus familias.

Pero no todo resulta favorable. Hay quienes manifiestan que las jornadas laborales son agotadoras por tener que responder a un resultado, que se invade la privacidad familiar, que se termina el diálogo porque la persona que se concentra en un computador a duras penas responde con monosílabos y, además, altera el ciclo de comidas y descanso.

Son todas esas consideraciones las que probablemente dieron paso a las reglamentaciones surgidas en Colombia, que hacen manifestar su materialización en un contrato; no obstante, dejando a un lado la posibilidad de flexibilización laboral usualmente pretendida.

3. Reglamentación

La Ley 1221 de 2008 (Congreso de Colombia, 2008), cuyo objetivo es promover y regular el teletrabajo y autoempleo mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, consagró la definición de teletrabajo con las formas que adopta y definió al

teletrabajador. Igualmente, definió la prestación de servicios a terceros en el caso que involucra las tecnologías informáticas y de comunicación, y determinó que no se requiere la presencia física del trabajador.

Se define como teletrabajador a aquella persona que ejecuta actividades laborales fuera de la empresa con tecnologías de la información o comunicación. Esta modalidad se considera como una política pública de fomento del teletrabajo y tiene en cuenta los siguientes requisitos:

- infraestructura de telecomunicaciones;
- acceso a equipos de computación, aplicaciones y contenidos;
- divulgación y mercadeo;
- capacitación e incentivos;
- evaluación permanente y formulación de correctivos;
- se considera a esta como una opción para población vulnerable sujeta a una red de fomento al teletrabajo que se integrará por entidades públicas, empresas privadas, operadores de telefonía pública básica, cafés internet, organismos y/o asociaciones profesionales;
- la implementación se hará mediante el fomento, por parte del Gobierno nacional, a través de asociaciones, fundaciones y demás organizaciones públicas y privadas;
- a los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores, no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada laboral, horas extraordinarias y trabajo nocturno;
- el salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor en la misma localidad y con el mismo rendimiento de los trabajadores que presten sus servicios en el local del empleador;
- la Inspección del Trabajo debe vigilar que el Teletrabajador no sea sometido a cargas de trabajo excesivas que no le permitan disfrutar de descansos;
- lo dispuesto será aplicado para promover la igualdad de trato con los demás trabajadores;
- además, estos trabajadores contarán con la protección al derecho de asociación, a no ser discriminados y a la protección en materia de seguridad social, conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993;
- igualmente, tendrán protección a la remuneración, al acceso a la formación, a lo relativo a la edad mínima de acceso al trabajo, a la protección a la maternidad – en cuanto al retorno al puesto de trabajo o a uno equivalente al término de la licencia de maternidad –;
- se establece respeto a la intimidad y privacidad del trabajador, la cual podría verse vulnerada cuando ejecuta su trabajo en el hogar;
- está a cargo del empleador la provisión y mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía y de los

desplazamientos cuando sean ordenados por él;

- los elementos de que se ha dado cuenta no podrán ser utilizados por personas distinta al teletrabajador, quien, a la finalización del contrato, deberá restituirlos en buen estado, salvo el deterioro natural;

- si el teletrabajador realiza las labores en las instalaciones del empleador, le serán suministrados el puesto de trabajo así como los implementos, conexiones y programas. Igualmente, estará protegido por las normas de salud ocupacional;

- la vinculación al teletrabajo es voluntaria para ambas partes y el empleador debe llevar un registro de este tipo de trabajadores e informarlo al Ministerio de Trabajo;

- la reglamentación de esta ley deberá hacerse en seis meses. A pesar de lo anterior, solamente, mediante el Decreto 884 de 2012³⁸⁶, se efectuó dicha reglamentación, de la cual se puede rescatar la fijación de sanciones para quienes desconozcan los derechos de los teletrabajadores e ignoren la protección de la cual son objeto.

De todas maneras, resulta satisfactorio presentar los avances legislativos y reglamentarios en Colombia.

La *Revista Hombre & Trabajo*, en el No. 25 de 2009, en el título “Tendencias Laborales, implemente el teletrabajo en su empresa” afirma que esta modalidad beneficia en gran parte a la población discapacitada, y que puede ser aplicada en áreas de consultoría comercial, edición gráfica y estudios de mercado, entre otras.

Se afirma que, para crear el teletrabajo en la organización, es necesario tener en cuenta factores como el grupo de personas que pueden ejecutarlo, las herramientas con las que pueden desempeñarse y los costos que se ahorran bajo esta modalidad. Al mencionar el ahorro en costos, encontramos congruente la búsqueda de una nueva forma de trabajo para cumplir con el objetivo de reducción de costos al cual nos referimos al inicio de este trabajo.

El Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC) financió un estudio en nueve países latinoamericanos y del Caribe, en el cual se revela que, de los teletrabajadores, el 39.3% terminaron carrera, el 18.1% son bachilleres, el 12.1% no ha finalizado su formación universitaria y solo el 6.1% tiene la secundaria completa. Esta modalidad es estudiada como alternativa para la inclusión laboral de personas discapacitadas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, República Dominicana y Uruguay.

Carlos Machado es un teletrabajador colombiano, quien manifiesta que

³⁸⁶ Consultas Laborales Dr.César Augusto Duque Mosquera.

esta es una alternativa laboral que le permite, a personas discapacitadas como él, llevar a cabo su trabajo con celeridad y con la misma efectividad que si lo hicieran desde una oficina. Esto permite la inclusión laboral sin sufrir discriminación por sus limitaciones.

¿Cómo aplicar el teletrabajo?

Es preciso conocer primero qué tipo de personas aplican para esta modalidad de trabajo, además, se debe contar con un tiempo flexible, así como con la manera idónea de liderar y comunicar. Debe contarse con los medios para la capacitación, un factor muy importante para el éxito de la aplicación.

¿Qué ventajas trae para la empresa?

Desarrollar el teletrabajo en la empresa trae beneficios como el aumento de la productividad y flexibilidad del horario para el trabajador para la ejecución de sus responsabilidades.

Ernesto Nuñez, gerente de una empresa vinculada al teletrabajo, manifiesta que este le beneficia por pertenecer su compañía a un sector de tecnología. Agrega que otros campos como el de la educación, la salud, el financiero y el de los profesionales independientes usan el teletrabajo.

En cuanto a las desventajas, se puede afirmar que la inseguridad que se genera en los trabajadores bajo esta modalidad de trabajo, al no contar con un jefe presencial que guíe sus tareas, es la principal desventaja que se anota a esta modalidad de trabajo. No obstante, y para controvertir esta afirmación, es la misma tecnología la que, con sistemas de permanente asesoría y monitoreo, podría generar esa confianza añorada.

La ausencia del ambiente laboral se toma como un factor que influye en el trabajador bajo esta modalidad y, en su defensa, podemos igualmente acudir a sistemas de contacto directo como el *Skype*, extendidamente utilizados.

El teletrabajo tiene, como factor positivo determinante, la capacidad de regresar a las madres al hogar, en donde, especialmente, la proximidad a los hijos pequeños, que requieren de tanta atención, sería importante para su desarrollo armónico. Esto permite, a su vez, que las mujeres no desistan de su rol de trabajadoras y como tales puedan utilizar sus conocimientos y aptitudes.

Adicionalmente, hay un factor mucho más importante: la calidad de vida que se obtiene al eliminar esas largas travesías de horas de viaje para llegar al trabajo, al evitar la lucha contra la movilidad de nuestras congestionadas ciudades.

4. El futuro del teletrabajo

En la medida en que se mantengan las normas protectoras al trabajador – sin desconocer sus derechos y garantías fundamentales que se consagran en nuestras legislaciones –; en que exista una adecuada supervisión y vigilancia por parte de la administración del trabajo, con los inspectores respectivos, y se conserven los parámetros que marcan la posibilidad de abaratar los costos laborales; y en que sirva para la inclusión de poblaciones vulnerables, esta modalidad de trabajo tenderá a incrementarse, pues contempla, igualmente, beneficios para el teletrabajador y para el empleador que hace uso de esta contratación legal, sin asumir los riesgos de relaciones laborales encubiertas que, precisamente, han caracterizado los últimos años, y que han dado origen a formas de trabajo precarias, muy lejanas de lo especificado por el trabajo decente, según es postulado por la O.I.T.

5. Conclusiones

Sin que estemos en presencia de una figura novedosa, y a pesar de ser esta una propuesta de los años 70, debido a la necesidad de flexibilizar las relaciones laborales por la nueva globalización, y debido a la exigencia de la competitividad, el teletrabajo ha resultado ser una alternativa que se está abriendo paso.

El incremento en esta forma de trabajo ha conducido, como en el caso de mi país, a la normatividad y a su reglamentación con carácter protectorio y tendiente a evitar los excesos y abusos.

Esta modalidad resulta ser un antídoto contra el trabajo no regulado, pues puede motivar a la formalización, en especial por parte de los trabajadores autónomos.

En la medida en que se dé cumplimiento estricto, por parte del empleador, con respecto a lo que requiere el teletrabajador para llevar a cabo la realización de sus tareas bajo las especificaciones esperadas, menos probabilidades de conflictividad pueden resultar en esta relación que establece bondades para cada parte.

El simple hecho de la voluntariedad con la cual se llega a este acuerdo indica, claramente, que se anticipa a las controversias que seguramente se puedan generar, pero que son menos probables debido, precisamente, a que se establece de forma voluntaria y a que se le pone fin, también

voluntariamente, sin generar indemnizaciones o resarcimientos.

Todo lo que podamos construir en beneficio de la disminución de las inequidades en favor de las clases vulnerables, nos acerca más a la justicia social, como postulado para mantener la paz anhelada por todos los países del orbe.

6. Bibliografía

Código Sustantivo del Trabajo, 1950, en
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Congreso de Colombia, Ley 1221 de 2008, por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47052 de julio 16 de 2008 (2008) (legislado).

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, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo