

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Directores Científicos

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

Comité de Gestión Editorial

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

Comité de Redacción

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

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

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

Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

ÍNDICE

Esperanza Macarena Sierra Benítez, *Introducción al número por parte de la Coordinadora*

Artículos

Emanuele Dagnino, *Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy*.....**1**

David Gutiérrez Colominas, *La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada*.....**32**

M^a Carmen Aguilar Martín, *Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral*.....**64**

Esther Carrizosa Prieto, *Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional*.....**90**

Mariola Serrano Argüeso, *Medidas de reparto de empleo en España en un contexto de crisis económica: ¿solución contra el desempleo o vía de incremento de la precariedad laboral?*.....**120**

María Esther Guerrero Vizuete, *El compromiso de actividad como instrumento de participación activa del trabajador en la lucha contra su desempleo*.....**147**

Fernando Alonso Falcón, *El suicidio del trabajador acosado en la Europa del Sg. XXI*.....**167**

Comentarios

Djamil Tony Kahale Carrillo, *El acoso laboral en España: las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario*.....**197**

Juan Manuel Gómez Rodríguez, *El acoso laboral en la Universidad. Una perspectiva comparada entre España, México y Colombia*.....**218**

- Belén Fernández Collados**, *El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española*.....**237**
- Julio Ismael Camacho Solís**, *La informalidad del Teletrabajo en México*.....**251**
- María Isabel Ribes Moreno**, *La incorporación del Convenio de Trabajo Marítimo 2006 en España: una mirada comparada a Francia y el Reino Unido*.....**272**
- Omar Ernesto Castro Guiza, Lucas Caballero Martínez**, *La huelga como protección de los derechos colectivos del trabajo en Colombia*.....**287**

Reseñas Bibliográficas

- Angustias Benito Benítez**, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por José Fernando Lousada Arochena. Una reseña*.....**307**
- Sara Alcázar**, *El sistema universal de los derechos humanos, por José Luis Monereo Pérez (dir.). Una reseña*.....**314**
- Alejandra Fernández Durán**, *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica, por José Luis Ugarte Cataldo. Una reseña*.....**322**

Introducción al número por parte de la Coordinadora

Este número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo correspondiente al período julio-septiembre de 2015 cuenta con la presencia de investigadores pertenecientes a la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SJAEDTSS) que, mediante un llamamiento a través de su red social, fueron seleccionados por orden de solicitud a la convocatoria para la participación en esta revista promovida por ADAPT *University Press*. Igualmente, en esta revista internacional contamos con la presencia habitual de autores de Hispanoamérica (México, Colombia y Chile), así como con un joven doctorando de la *Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y Trabajo* de ADAPT. Con este número hemos intentado contribuir a uno de los objetivos de la sección Editorial de ADAPT: ser un espacio donde promover el estudio de las relaciones laborales y el empleo desde la perspectiva internacional y comparada, y un punto de partida para una mayor cooperación entre instituciones de alta formación. En concreto, hemos contado con investigadores de distintas universidades españolas: Barcelona (UAB), Cádiz (UCA), Deusto, Madrid (UDIMA), Murcia (UM), Sevilla (UPO), Tarragona (URV) y Zaragoza (UNIZAR); de universidades hispanoamericanas: Universidad Autónoma de Chiapas, México (UNACH), Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué, Universidad Adolfo Ibañez, Chile (UAI/CL); y de la Universidad de Bérgamo.

El bloque temático central es el empleo, que cuenta con un contenido variado en aportaciones y conclusiones. Junto a ello el número comprende otros temas, no por ello menos relevantes, con estudios de actualidad tratados desde la vertiente internacional y del derecho comparado, como son la transposición de la Directiva 2000/78/CE de la Unión Europea en materia de discapacidad, la protección de los derechos sindicales, y la valoración del convenio del trabajo marítimo y su implementación en

varios países europeos. Desde la vertiente nacional hispana, se trata el acoso laboral en España y el acceso a las pensiones de viudedad en los supuestos de pareja de hecho; y desde la vertiente americana, el teletrabajo en México y el derecho de huelga en Colombia.

En la sección «Artículos», E. Dagnino aborda un estudio hasta ahora inédito en Europa sobre la perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*, como fenómeno a incluir en ese marco más general de la gran transformación del trabajo. En el plano internacional, pero esta vez relacionado con la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, David Gutiérrez Colominas, investigador en formación FPU en la Universidad Autónoma de Barcelona, analiza la configuración progresiva del contenido de la obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad desde una perspectiva comparada americana y española. La profesora de la Universidad de Zaragoza, M^a del Carmen Aguilar, nos introduce en el estudio de los “Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral”, sosteniendo que las claves para mejorar la situación de los jóvenes están en apostar por la innovación, investigación y desarrollo, la formación, la calidad y la intermediación. Concretamente, en lo referente al Sistema Nacional de Garantía Juvenil entiende que puede “suponer un revulsivo para los jóvenes y, en definitiva, para la sociedad”. La incipiente precariedad laboral del mercado de trabajo actual no es el único escollo en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino también el establecimiento de estándares de protección de los derechos fundamentales y, en concreto, de los derechos de libertad sindical para evitar que en un contexto de crisis económica y de empleo estructural como el que estamos experimentando, se justifique el establecimiento de estándares de protección inferiores a los consagrados en el seno de la OIT. Este es un tema tratado por la profesora Esther Carrizosa, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, en “Los modelos de tutela del Derecho de Libertad Sindical en el ámbito internacional”. En otro orden, las reformas laborales realizadas en España con el objeto de crear empleo y reducir la dualidad del mercado de trabajo y la temporalidad, y que han supuesto un aumento de la precariedad laboral de los trabajadores y del poder empresarial, han conducido a la profesora de la Universidad de Deusto, Mariola Serrano Argüeso, a proponer en su artículo “Medidas de reparto de empleo en España en un contexto de crisis económica: ¿solución contra el desempleo o vía de incremento de la precariedad laboral?”, el «buen uso» de las medidas de reparto de empleo existentes en la legislación laboral como solución para la creación y el mantenimiento del mismo. En esta misma sección

contamos con las aportaciones realizadas en el ámbito del empleo por la profesora de la Universidad de Zaragoza, M^a Esther Guerrero Vizuite, en “El compromiso de actividad como instrumento de participación activa del trabajador en la lucha contra su desempleo”, donde analiza el papel activo que la actual regulación impone al trabajador desempleado en su proceso de reinserción profesional, y la efectividad de la condicionalidad del compromiso de actividad en el proceso de reinserción laboral. Y por último, “El suicidio del trabajador acosado en la Europa del Sg. XXI”, de Fernando Alonso Falcón, nos presenta una muestra del trabajo de investigación dirigido por el profesor Félix Salvador, de la Universidad de Sevilla, y abre la trilogía de los trabajos sobre el acoso laboral desde distintas perspectivas que se incluyen en este número.

En el apartado de los «Comentarios», el profesor Kahale Carrillo, de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), aborda la situación del acoso laboral en España, y las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario para que el trabajador acosado pueda elegir qué acción interponer ante el órgano jurisdiccional contra el empresario en defensa de sus derechos. El comentario del profesor Gómez Rodríguez trata un caso particular del acoso laboral en clave comparada en España, México y Colombia. Hay que subrayar la actualidad del comentario (en este caso dentro del campo del derecho social) que la profesora de la Universidad de Murcia, Belén Fernández Collados, realiza en el titulado “El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española”, en el que analiza los requisitos que la Ley General de la Seguridad Social establece para que las parejas de hecho puedan beneficiarse de la pensión de viudedad y cómo, tras las dificultades interpretativas generadas, han sido analizadas por la jurisprudencia. El trabajo del profesor Julio Ismael Camacho Solís titulado “La informalidad del teletrabajo en México” nos conduce a la regulación del teletrabajo en la Ley Federal del Trabajo de México para criticar la insuficiente regulación existente, que permite que esta forma de organización del trabajo quede al margen de la economía formal. A continuación, desde la perspectiva internacional y del derecho comparado, la profesora de la Universidad de Cádiz, M^a Isabel Ribes Moreno, realiza un comentario del Convenio de trabajo marítimo y su implementación en España, Francia y el Reino Unido. Y, por último, el estudio de los doctores Omar Ernesto Castro Guiza y Lucas Caballero Martínez sobre “La huelga como protección de los Derechos colectivos del trabajo en Colombia” nos acerca a su peculiar regulación, afirmando que la huelga es un derecho de difícil acceso en Colombia.

Este número cuenta también con tres reseñas realizadas por las

siguientes investigadoras: María Angustias Benito Benítez sobre el libro de J.F. Lousada, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Sara Alcázar sobre el libro dirigido por Monereo Atienza y Monereo Pérez, *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*; y la tercera recensión corresponde a Alejandra Fernández Durán sobre el libro de José Luis Ugarte, *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*.

Como dije al principio, este es un número que está participado por miembros de la Asociación Juvenil de la AEDTSS, y profesores y/o investigadores de otras universidades hispanoamericanas y una italiana, que con gran profesionalidad y seriedad han respondido a la convocatoria de este número de la revista de ADAPT. Todos nosotros queremos agradecer a ADAPT, y en particular a la doctora Lavinia Serrani, que nos permita transmitir el conocimiento “en abierto”, contribuyendo así a establecer una vía de entendimiento entre distintos investigadores de lengua hispana.

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla

Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy**

Emanuele DAGNINO**

RESUMEN: Este trabajo, después de encuadrar de manera general el fenómeno de la *on-demand economy*, ofrece una panorámica de las consecuencias del mismo en el mundo del trabajo y, en particular, sobre las debilidades y exigencias de tutela de la mano de obra que trabaja en las plataformas online.

Una vez analizadas por núcleos temáticos las debilidades - seguridad y estabilidad económica; salud y seguridad en el trabajo; sistemas de reputación y acceso al trabajo; polarización, acceso y formación; voz colectiva - en las conclusiones, el autor delinea las posibles modalidades que podría adoptar una intervención legislativa que viniese a llenar el vacío normativo en el que el fenómeno encuentra expresión, probando a sugerir aquella que para él es preferible.

Palabras clave: *Sharing economy, on-demand economy*, estatus jurídico, tutela del trabajador.

SUMARIO: 1. Problemas definitorios, la perspectiva laboral: de *sharing a on-demand*. 2. Heterogeneidad de la mano de obra: en búsqueda de un mínimo común denominador. 3. Los riesgos del trabajo de la plataforma: exigencias de tutela del trabajador *on-demand*. 3.1. Seguridad y estabilidad económica: el estatus jurídico de los trabajadores. 3.2. Condiciones de trabajo: salud y seguridad. 3.3. Sistemas de *feedback*: consecuencias indeseadas. 3.4. Polarización, acceso y formación. 3.5. Las dificultades de la acción colectiva. 4. Conclusiones. ¿Cómo fijar las reglas del juego? Un *continuum* entre centralismo y subsidiariedad. 5. Bibliografía.

* Traducción del italiano por Silvia Fernández Martínez.

** Estudiante de Doctorado de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo ADAPT-CQIA.

1. Problemas definitorios, la perspectiva laboral: de *sharing* a *on-demand*

La difusión del trabajo *on-demand* es un fenómeno de gran complejidad que se encuadra dentro del marco más general de la gran transformación del trabajo, al tratarse de uno de los elementos que la caracterizan, ya que constituye, al mismo tiempo, una de las causas y consecuencias de los importantes cambios que se están produciendo.

En la definición de trabajadores *on-demand* puede incluirse a sujetos que pertenecen a dos dinámicas diferentes: nacimiento de aplicaciones y plataformas online que actúan como punto de encuentro entre demanda y oferta de bienes y servicios; y la utilización, cada vez mayor en algunos contextos (es el caso inglés), de los contratos a cero horas¹, es decir, en general y más allá de las importantes diferencias entre los diversos ordenamientos, de formas contractuales en las que no se prevé un horario mínimo garantizado al trabajador².

El segundo caso, se trata de una forma de gestión de la mano de obra basada en la exigencia de utilizar prestaciones de carácter discontinuo e intermitente que son necesarias en algunas actividades productivas (por ejemplo el sector del turismo). La sociedad centra la atención en estas formas de trabajo desde el punto de vista de la sostenibilidad de su uso, en la medida en la que implican una sustitución de formas estables de empleo y que desde el punto de vista normativo conllevan una mayor responsabilidad, más que como una respuesta concreta a exigencias productivas.

La primera de las dinámicas presenta características más innovadoras ya que se trata de una consecuencia del desarrollo creciente de la llamada *on-*

¹ Se adopta la expresión inglesa *zero-hours contracts* que es una de las utilizadas para definir estos acuerdos contractuales (Freedland M., y Kontouris N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University press, Oxford, 2011, p. 318, señalan “*on-call*, *intermittent* or *on-demand work*”).

² En Italia la forma contractual que permite este tipo de gestión de la prestación es el trabajo intermitente, regulada por el legislador con el Decreto legislativo n. 276 de 2003 y subordinada a límites objetivos y subjetivos bien precisos (a lo largo de los años esta normativa ha sido modificada; la disciplina se recoge hoy en el Decreto legislativo n. 81 de 2015 en los artículos 13 a 18). En cambio, en Inglaterra no existe una disciplina específica y a esta forma contractual se reconducen modelos contractuales más bien heterogéneos que pertenecen tanto al trabajo subordinado como autónomo (CIPD, *Zero-hours contracts: understanding the law*, 2013, 3). Sobre este tema y sobre las cuestiones inherentes a la difusión de este tipo de contrato, véase Adams, A., Freedland, M., Prassl, J., *The “Zero-Hours Contract”: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 11/2015.

demand economy y que da lugar a la aparición de nuevos sujetos en el ámbito de las relaciones laborales.

La finalidad de este estudio, una vez se haya puesto de manifiesto la importancia del fenómeno de los contratos a cero horas, es limitar la investigación a “los trabajadores de las plataformas”. Se tratará de explicar las características y perspectivas futuras del fenómeno, para poder apreciar de la mejor manera posible las importantes implicaciones que este modelo económico en vía de expansión tiene en el ámbito del Derecho del Trabajo.

La primera cuestión que se plantea es de tipo definitorio. El término *on-demand economy* ha entrado rápidamente en el lenguaje común en los primeros meses del 2015³, en gran medida gracias al fuerte impacto mediático de las problemáticas que se han planteado en torno a Uber⁴ (por otra parte ha nacido también el neologismo “*uberisation*”⁵). Sin embargo, las pocas intervenciones doctrinales sobre el tema no permiten clarificar si se ha producido una verdadera separación del concepto de *sharing economy*, por lo que es difícil identificar las diferencias de significado

³ El boom del uso de este término se ha producido a raíz del artículo *Workers on tap* recogido en el Economist, el 3 de enero de 2015. <http://www.economist.com/news/leaders/21637393-rise-demand-economy-poses-difficult-questions-workers-companies-and>

⁴ En ámbito italiano, al igual que ha ocurrido en una primera fase en otros países, el debate se ha centrado, sobre todo, en las modalidades de competencia entre el servicio ofrecido por la plataforma y el de los taxis (cuestión que ha dado lugar a numerosas iniciativas de protesta por parte de los taxistas), y en la legitimidad del servicio en función del Código de carretera y, sobre todo, de la disciplina de la competencia. En relación con estos perfiles jurídicos es posible encontrar una primera jurisprudencia: es de particular interés la resolución de 25 de mayo de 2015 del Tribunal de Milán, sección mercantil, que ha decretado el bloqueo en Italia del servicio Uberpop. Para un análisis de la sentencia véase Loconsole, M., *Sharing economy o concorrenza sleale? Breve commento ragionato al caso Uberpop*, Bollettino Adapt n. 23, 15 de junio de 2015 <http://www.bollettinoadapt.it/sharing-economy-o-concorrenza-sleale-breve-commento-ragionato-al-caso-uber-pop/> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

⁵ En el ámbito de los comentarios laborales, de “*uberisation du marché du travail*” habla por ejemplo Pennel, D., “*Le modèle social bâti sur le salariat est en train de s’effondrer*”, entrevista publicada en trends.be el 21 de mayo de 2015, dirigida por Quoistiaux, G., (última visita 3 junio de 2015) <http://trends.levif.be/economie/entreprises/le-modele-social-bati-sur-le-salariat-est-en-train-de-s-effondrer/article-normal-396295.html> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

entre las dos expresiones⁶. La incertidumbre terminológica también se refleja en la interpretación del fenómeno en términos sustanciales a la hora de identificar la continuidad o discontinuidad respecto al sistema de mercado vigente y a su funcionamiento.

Una vez que se ha señalado la perspectiva en la que quiere basarse este análisis, se considera oportuno utilizar la expresión *on-demand economy* que parece encontrarse en mayor medida en grado de responder a los perfiles relevantes del fenómeno en la perspectiva de las temáticas del trabajo, y resulta más coherente con la extensión de las experiencias reconducibles al propio fenómeno. Esta expresión se refiere a las actividades económicas basadas en la utilización de plataformas de internet que permiten el *matching* inmediato⁷ entre el usuario que solicita un bien o un servicio y el sujeto que puede facilitárselo, “compartiendo” el patrimonio de bienes, competencias y tiempo que posee.

Desde otro punto de vista, en lo que respecta a las modalidades de asignación de la prestación, este fenómeno podría asimilarse, en cierto modo, a las dinámicas del *crowdsourcing*, es decir, a aquellas formas de gestión de la prestación que sustituyen la asignación de tareas a un trabajador (subordinado o no) elegido por la empresa, por una *open call* en las plataformas⁸. Se trata, también en este caso, de un concepto presidido

⁶ Sobre los problemas terminológicos en relación al concepto de *sharing economy*, véanse por ejemplo Maselli, I., Giuli, M., *UBER: Innovation o déjà vu*, Ceps Commentary, 25 febrero 2015. Recientemente un interesante intento de categorización ha sido propuesto por R. Botsman, *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption — And What Isn't?*, Fastcoexist.com, 27 mayo 2015 (última visita 1 junio 2015) http://www.fastcoexist.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt?utm_content=buffer510c8&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy) En términos de exclusión del “modelo Uber” del marco conceptual de la *sharing economy*, véase Pick, F., Dreher, J., *Sustaining hierarchy – Uber isn't sharing*, Kings Review, 5 mayo 2015 (última consulta 3 junio 2015) <http://kingsreview.co.uk/magazine/blog/2015/05/05/beyond-hierarchy-why-uber-isnt-part-of-the-sharing-economy/> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

⁷ Entre las diferentes expresiones utilizadas para definir este modelo económico de límites inciertos se encuentra también “*matching economy*”, utilizada por Taylor, T., *The sharing economy*, Conversable economist, 28 mayo 2015 (última visita 2 junio 2015) <http://conversableeconomist.blogspot.it/2015/05/the-sharing-economy.html> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

⁸ Es una de las más importantes y recurrentes definiciones de *crowdsourcing* (véase el

por una fuerte incertidumbre definitoria⁹, por lo que se prefiere utilizar la expresión *on-demand economy* y aquellas relacionadas con una perspectiva centrada en la figura del trabajador.

Es evidente que, en el momento en el que el intercambio que se realiza gracias a la plataforma se refiere a la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica¹⁰, surgen numerosos perfiles de interés para el mundo del trabajo en general y, en particular, respecto a la normativa destinada a regular las relaciones que se establecen y las dinámicas que nacen en el interior de la misma (Derecho del Trabajo en su concepción más amplia¹¹).

Los retos que se prevén en esta rama del Derecho se refieren tanto a la normativa de detalle como a, sobre todo, los principios fundadores y las estructuras que sirven de base para la materia. Para una mejor comprensión de estas dinámicas es necesario un análisis que, partiendo de los datos de hecho y de sus previsibles - en la medida en que puedan serlo - perspectivas de evolución, explique las características del trabajo que

estudio de la nota siguiente) que aparece en Howe, J., *Crowdsourcing: Why the power of the crowd is driving the future of business*, Crown Business, 2008.

⁹ Sobre los problemas definitorios véase, por ejemplo, Estellés-Arolas, E. y González-Ladrón-de-Guevara, F., "Towards an integrated crowdsourcing definition", *Journal of Information Science*, XX (X) 2012, 1 ss., que analiza las definiciones que hasta ahora existían de la expresión, con la finalidad de proponer una más precisa: la situación no parece haber cambiado. El artículo acaba reconociendo, y se trata de una consideración que puede extenderse a las otras expresiones analizadas, que se trata de un término que acaba de nacer y, por lo tanto, sometido a las evoluciones derivadas de sus nuevas aplicaciones. Para un análisis jurídico-laboral del trabajo de las plataformas en el mundo digital y, especialmente centrado en el *crowdsourcing*, véanse los trabajos de Tullini, P., *C'è lavoro sul web?* y Donini, A., "Il lavoro digitale su piattaforma", *Labour&Law Issues*, vol. 1 n. 1, 2015. En ámbito internacional, en los últimos años se ha prestado una mayor atención a la temática: de importancia fundamental en el posicionamiento de la misma en ámbito jurídico-laboral, siempre en relación con el trabajo digital, cfr. Felstiner, A., "Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 32:1, 2011.

¹⁰ Debe señalarse, por otro lado, que justamente en el análisis del *crowdsourcing*, se ha puesto de manifiesto la posibilidad o el riesgo de difusión de la concepción de la prestación laboral como mercancía. En ámbito internacional, véase Bergvall-Kareborn, B., Howcroft, D., "Amazon Mechanical Turk and the Commodification of Labour", *New Technology, Work and Employment*, Vol. 29, Issue 3, 2014, 213 ss.. En el contexto italiano, del riesgo de mercantilización habla Donini, A., *op. cit.*, 58, y de cosificación habla Tullini, P., *op.cit.*, 14.

¹¹ Una parte importante de la doctrina laboralista ha cuestionado en los últimos años los límites y el alcance del Derecho del Trabajo que, según una gran parte, está viviendo una importante fase de crisis. Una recopilación de trabajos sobre el tema se recoge en *The Idea of Labour Law*, a cura di Davidov, G., y Langille, B., Oxford University Press, Oxford, 2011.

crea el nuevo modelo económico y las exigencias de la mano de obra que lo presta, para poder valorar la distinción entre fenómeno socio-económico y marco normativo así como prever las intervenciones regulatorias necesarias.

2. Heterogeneidad de la mano de obra: en búsqueda de un mínimo común denominador

Una primera cuestión de extrema relevancia se refiere a la búsqueda de una identidad o, mejor dicho, del socialtipo de trabajador de la *on-demand economy* que pueda actuar de paradigma de referencia para el análisis que se quiere desarrollar.

A este respecto es necesario poner de manifiesto que la composición de la mano de obra presenta rasgos de marcada heterogeneidad, del mismo modo que son diferentes entre ellas las diversas plataformas respecto a los servicios de intermediación: de servicios de entrega y transporte a prestaciones profesionales en ámbito legal. Diversas son las variables encontradas. Entre ellas, las más importantes parecen ser:

- si el trabajador desarrolla su actividad a través de la plataforma como actividad única o principal o como secundaria;
- si el servicio que ofrece se configura como una prestación presencial (manual o no) o como una prestación intelectual o desvinculada de una ubicación física necesaria^{12,13};
- el patrimonio mínimo de competencias para prestar el servicio.

Se puede intuir que estas variables puedan configurar un mundo muy variado, difícilmente reconducible a un mínimo común denominador ya que los trabajadores implicados presentan condiciones subjetivas y objetivas diferentes.

En cuanto a la primera variable, resulta obvio que no todos los trabajadores tendrán las mismas exigencias. Por una parte se encuentran

¹² Por citar algunos ejemplos, entran en la primera categoría las plataformas que ofrecen servicios de transporte (Uber y Lyft), o de entrega, mudanza, montaje de muebles (solo algunos de los servicios ofrecidos por TaskRabbit), pero también aquellas que ofrecen servicios de asistencia médica (por ejemplo Medicast). Son plataformas del segundo tipo Amazon Mechanical Turk, Crowdfunder y Upwork.

¹³ R. Teodoro et al., *The Motivations and Experiences of the On-Demand Mobile Workforce*, en Proceedings of the 17th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing, ACM, New York, 2014, 236 ss., diferencian “*physical world tasks*” y “*virtual world tasks*” identificando en consecuencia una “*on-demand mobile workforce*” y “*on-demand virtual workforce*”.

los que ven en la actividad relacionada con la plataforma la forma exclusiva y mayoritaria de ingresos y, por otra, aquellos que, a través de la inscripción a la misma, pretenden solamente aumentar los ingresos debido a que ya desarrollan una actividad de otro tipo (subordinada o autónoma) en la economía tradicional.

Por ejemplo, ya dentro de una misma plataforma, Uber, se aprecia una división en tres grupos. Según lo señalado en un estudio de Benenson Survey Group (BNS) que se refiere a diciembre de 2014¹⁴, dentro del total de conductores inscritos, el 38% de los trabajadores no tienen otro empleo, el 31% son trabajadores a tiempo completo que colaboran también con Uber y el 30% son trabajadores a tiempo parcial que están activos también en Uber.

El mismo estudio especifica que para el 24% de los conductores, los ingresos que proceden de Uber son los únicos que perciben, mientras que para el 16% son la fuente principal de sus ganancias: el dato total alcanza un significativo 40%. Contrariamente, el 38% de los participantes en la encuesta afirma que la actividad de Uber no es una fuente significativa de ingresos. Se trata de datos que hay que analizar con atención y que hay que unir con otras variables (entre ellas: edad, estatus de estudiante o jubilado, etc.). Realizando un análisis de conjunto se crea una panorámica extremadamente compuesta en los que respecta a las exigencias y necesidades de los trabajadores.

Más allá de esta apreciación, es necesario preguntarse si en estos datos se puede leer un fenómeno de cambio de las modalidades de trabajo. En particular, un dato que hay que tener en debida consideración es el relativo a los trabajadores a tiempo parcial. Por un lado, los elevados porcentajes de trabajo a tiempo parcial involuntario muestran dinámicas de crecimiento (por ejemplo en Italia)¹⁵ o de reducción (véase el caso de EE.UU)¹⁶, que llevan a preguntarse si se está caminando hacia un mundo

¹⁴ Los datos correspondientes son tomados por Hall, J., Krueger, A., *An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the United States*, Working Papers (Princeton University. Industrial Relations Section) n. 587.

¹⁵ Como pone de manifiesto la comunicación ISTAT *Statistiche Flash*, de 3 de junio de 2015 sobre los *Occupati e disoccupati* en abril de 2015 (datos provisionales) y en el primer trimestre de 2015, el trabajo a tiempo parcial involuntario crece del 62,7% al 64,1% del total de la mano de obra ocupada a tiempo parcial, respecto al mismo periodo del año precedente (página 5).

¹⁶ En EE.UU se ha asistido a una reducción de las tasas de trabajo a tiempo parcial involuntario mucho menor que la reducción de las tasas de desempleo. En este sentido, véase el análisis de Valletta, R., van der List, C., *Involuntary Part-Time Work: Here to Stay?* en la página web de la Federal Reserve Bank of San Francisco, 8 junio 2015 (última consulta 15 junio 2015). <http://www.frbsf.org/economic->

del trabajo que se caracteriza por la presencia de sujetos que alternan varios puestos de trabajo (también a través de la inscripción a más de una plataforma de trabajo *on-demand*¹⁷) para intentar alcanzar un nivel de ingresos que les permita mantenerse. Por otra parte, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial voluntarios, la integración entre un trabajo estable a tiempo parcial y un trabajo *on-demand* que está estrechamente relacionado con la disponibilidad que se quiere proporcionar, ofrece perspectivas interesantes respecto a la gestión de las cargas familiares y, en general, la gestión del tiempo dedicado a la vida privada y el dedicado al trabajo.

La cuestión de la cantidad de tiempo que el trabajador decide emplear en la plataforma está relacionada con el tema del desarrollo de la prestación como actividad principal o secundaria. En este punto, es interesante señalar - la cuestión jurídica será profundizada más adelante¹⁸ - que, en uno de los primeros casos jurisprudenciales en los que se ha discutido sobre el estatus del trabajador de la *on-demand economy*¹⁹, el juez llega a sugerir que “tal vez los conductores de Lyft que trabajan más de un cierto número de horas deberían ser trabajadores subordinados, mientras que los demás deberían ser considerados trabajadores autónomos”²⁰ (juez Vince Chhabria). Más allá de la admisibilidad jurídica y lógica de esta posición, la afirmación demuestra que la percepción de una problemática respecto a las diversas modalidades de gestión de la actividad en la plataforma existe ya que ha sido percibida por los tribunales que por primera vez se han

research/publications/economic-letter/2015/june/involuntary-part-time-work-labor-market-slack-post-recession-unemployment/

¹⁷ Además, se tiene que señalar que esta actitud contrasta con las plataformas en competición, tal y como demuestra el hecho de que las compañías de *ride-sharing*, Uber y Lyft a la cabeza, hayan introducido sistemas dirigidos a premiar la fidelidad a la plataforma, a través de la disminución de la comisión en función del número de viaje. En este sentido, y a través de un análisis de las implicaciones destinadas al reconocimiento del estatus de trabajador subordinado, véase Sachs, B., *Uber's Take-Rate Structure and Employee Status*, Onlabor, 23 maggio 2015 (consultado el 27 mayo 2015) que cita argumentos tratados en un artículo del *Street Journal* <http://onlabor.org/2015/05/23/ubers-take-rate-structure-and-employee-status/> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

¹⁸ Véanse, en cuanto a la posibilidad de reconducción de la economía *on-demand* en el cauce de los esquemas del trabajo subordinado, las consideraciones desarrolladas en las conclusiones (sub. 4).

¹⁹ *Cotter et al. vs. Lyft Inc.*, Case No. 13-cv-04065-VC, United States District Court Northern District of California

²⁰ *Ibidem*, 19 sub. VII.

ocupado de estas cuestiones laborales.

La segunda y la tercera variable hacen referencia al tipo de actividad prestada gracias a la intermediación de la plataforma. Como se ha anticipado, en este sentido se distinguen, por una parte plataformas que ofrecen servicios que tienen que desarrollarse de manera presencial, y plataformas que se ocupan de servicios que se prestan de manera virtual o que no requieren la presencia física en un lugar determinado. Por otra parte, pueden distinguirse actividades que necesitan un elevado nivel de competencias y actividades de mera ejecución que no requieren ninguna competencia específica. Tratándose de categorizaciones que intervienen en un conjunto de fenómenos que presentan características peculiares y diferentes, resulta claro que los límites de las diversas categorías tienen que ser considerados como relativos²¹.

Estas caracterizaciones permiten dar cuenta de condiciones muy diferentes, partiendo del tipo de competencia que experimentan los operadores en las plataformas, que puede ser local o global²² o que, potencialmente, puede incluso referirse a la mayoría de *job seekers* o limitarse a sujetos que poseen determinadas competencias²³. Las condiciones de trabajo de estos trabajadores pueden ser muy diferentes y, en consecuencia también lo serán sus exigencias, por ejemplo, respecto a las condiciones de salud y seguridad en el desarrollo de la prestación. Además, también se configuran como sustancialmente diferentes los niveles de ingresos derivados de las prestaciones desarrolladas gracias a la mediación de las plataformas y el grado de autonomía en el cumplimiento de las tareas.

3. Los riesgos del trabajo de la plataforma: exigencias de tutela del trabajador *on-demand*

El cuadro resumido que se ha querido delinear sobre la heterogeneidad de las características propias de la mano de obra empleada en los servicios de

²¹ Una categorización similar ha sido propuesta en *The Motivations and Experiences of the On-Demand Mobile Workforce*, *op. cit.*, p. 237. Respecto a la misma, en la que las dimensiones sobre las que se indagaba eran la localización y la complejidad de las actividades solicitadas en las plataformas, a pesar de confirmar la importancia de la primera variable, se ha preferido centrar la atención en las competencias necesarias para el desarrollo de las tareas, más que en el esfuerzo necesario para cumplirlas.

²² Los servicios presenciales tienen un ámbito de competencia bien identificado, mientras que los que se desarrollan a través del trabajo remoto están sometidos a competencia global. Al mismo tiempo, también la oferta puede ser local o global.

²³ Por ejemplo plataformas como Medicast o Upcounsel (servicios legales).

la *on-demand economy* no debe conducir a considerar imposible la adopción de una perspectiva global del trabajo. Al contrario, debe incitar a una mayor profundización que permita identificar las dinámicas que sirven como base del fenómeno. De esta manera, sería posible una reflexión acerca de las necesidades de tutela y, consecuentemente, sobre las formas de regulación que permiten limitar las consecuencias negativas del modelo económico haciéndolo socialmente sostenible y ventajoso (la perspectiva adoptada no persigue demonizar el modelo sino entender cuáles son las necesidades y las posibilidades para la mejor estructuración de un fenómeno de características chocantes).

Los aspectos a analizar son muchos y están profundamente interrelacionados. A continuación se intenta ofrecer una panorámica sobre algunos de ellos. Subdividirlos no es una operación simple, para lograr una mayor claridad en la exposición se ha tratado de organizarlos por temáticas. Se quiere señalar desde este momento que los perfiles analizados, aunque se podrían considerar comunes a las diferentes expresiones del modelo económico delineado parcialmente con anterioridad, hacen referencia, sobre todo, al área de trabajadores en los que el modelo económico parece haber mayores consecuencias, es decir, los llamados *low wage workers*²⁴ que desarrollen una actividad en la plataforma en la que empeñan una gran cantidad de su tiempo.

3.1. Seguridad y estabilidad económica: el estatus jurídico de los trabajadores

Según una encuesta reciente de la *Requests for Startups (RFS)*²⁵, las mayores preocupaciones de los trabajadores *on-demand* – la base de referencia se limita a conductores y botones – están relacionadas con la posibilidad de encontrar un volumen suficiente de trabajo (para el 49,2% de la muestra) y con la comprensión de las obligaciones de tipo legal y fiscal derivadas de la propia prestación (para el 36,2%). No obstante el carácter limitado de la muestra, se considera que estas preocupaciones pueden ser comunes a la mayoría de los trabajadores ya que están conectadas con los perfiles en los que se basa el modelo de negocio.

El *work on tap*²⁶ se basa en un modelo en el que el gestor de la plataforma

²⁴ Para un análisis sobre el futuro de los *low wage workers* como consecuencia del éxito del modelo Uber, pero en una perspectiva relacionada con los efectos de sustitución del trabajo, véase Rogers, B., *The social cost of Uber*, 82 *U Chi L Rev Dialogue* 85, 2015, p. 85 ss.

²⁵ Los datos se recogen en el Informe 2015 *1099 Economy Workforce Report*.

²⁶ Se hace referencia a la descriptiva metáfora que se usa en el artículo del Economist

se declara como una empresa tecnológica que se encarga de la intermediación entre las dos categorías de los participantes en la misma – respectivamente clientes y proveedores del servicio – y, en consecuencia, esta empresa no se configura como empresario para los proveedores de servicios, sino que estos últimos tienen que considerarse trabajadores autónomos²⁷.

Desde este punto de vista, el fenómeno adquiere un peso creciente en el proceso de difusión fisiológica del trabajo autónomo que desde hace tiempo se ha venido produciendo, contribuyendo a la expansión del mismo. No se trata de una casualidad que una de las numerosas expresiones utilizadas para definir esta forma de economía sea “1099 economy”: el número 1099 identifica en el sistema fiscal estadounidense una serie de módulos relativos a las rentas que no proceden del trabajo subordinado, entre las que se encuentran las procedentes del trabajo autónomo. Por este motivo, las consideraciones que se harán en este y los siguientes apartados se configuran a menudo como un análisis en el ámbito de la *on-demand economy* de problemáticas que ya se apreciaban respecto a algunas categorías de trabajadores autónomos.

De este estatus, se derivan importantes consecuencias legales, siendo múltiples en el ámbito de la renta. Al ser los trabajadores de la *on-demand economy* microempresarios, les corresponde la gestión y el pago de sus impuestos; no tienen derecho al reembolso de los gastos en los que incurren en el ámbito de su actividad y a otros tratamientos económicos y retributivos propios del trabajo subordinado²⁸; y, sobre todo, en la mayoría de los ordenamientos quedan fuera del ámbito de aplicación de los sistemas de seguridad social (por lo tanto, no tienen derecho a tutela en caso de enfermedad o a otras prestaciones asistenciales).

A todo esto, se añade el perfil de la inestabilidad de las ganancias: no solo aumenta el conjunto de sujetos cuyas ganancias están profundamente sujetas a las fluctuaciones del mercado de la demanda, sino que la demanda entra en un mercado en el que el lado de la oferta está también sujeto a olas altamente variables que dependen de las condiciones

anteriormente citado.

²⁷ Se tiene que señalar la existencia de experiencias de oferta de servicios *on-demand* que no utilizan este esquema sino que prevén la contratación de los trabajadores que operan en los servicios *on-demand* por parte de una empresa (por ejemplo Managed by Q y Zirtual). Este es un modelo diferente: en este caso la empresa no actúa como intermediario, sino que ofrece un servicio a través de la mano de obra que ha contratado y formado directamente.

²⁸ Entre otras cosas, allí donde esté vigente, están fuera de la cobertura del salario mínimo legal: este es un tema que despierta grandes sensibilidades en ámbito estadounidense.

generales del mercado de trabajo. Se puede fácilmente prever que en momentos con altas tasas de desempleo o de baja ocupación se verifiquen fenómenos de superávit de oferta derivado de la necesidad de capitalizar *asset* dormidos (seguramente los mercados en los que se necesitan competencias elevadas o en los que los costes de gestión son importantes sufrirán en menor medida las consecuencias de esta tendencia).

De aquí las preocupaciones expresadas en la encuesta. Debajo de esta forma de micro emprendimiento difuso se podría apreciar una nueva manifestación de la ya ampliamente estudiada dinámica de la transferencia del riesgo económico de las empresas a los miembros de la sociedad civil²⁹. O bien, como ya han propuesto algunos autores, se podría considerar que el “modelo Uber” está creando “un nuevo mercado con un nuevo reparto de las ganancias y del riesgo³⁰ (parece que se está asistiendo a una “acumulación” del riesgo en el último eslabón de la cadena).

Más allá de la opinión que se tenga y de cualquier juicio de valor sobre la cuestión, es necesario cuestionarse la sostenibilidad social actual del fenómeno, tanto desde el punto de vista de los sistemas de Seguridad Social, como de los sistemas fiscales vigentes: la cuestión adquiere una relevancia preeminente sobre todo para algunas categorías de trabajadores. De hecho, como ya se ha puesto de manifiesto, a pesar de que las tendencias analizadas se consideren comunes al sistema creado por este modelo económico, no todos los trabajadores están sometidos a las presiones en el mismo modo. Está claro que hacer frente a los retos de *la on-demand economy* resulta más problemático para dos categorías de trabajadores: los ya mencionados *low wage workers*, a los que se añaden los trabajadores que padecen algún tipo de patología que limite su disponibilidad regular para llegar a cabo la prestación.

Para la primera categoría, el trabajo de la plataforma parece poder encuadrarse dentro del trabajo precario³¹. Ya se ha citado anteriormente, entre las consecuencias del estatus de trabajador autónomo, la necesidad de pagar los costes relativos a la propia prestación laboral. A pesar de que

²⁹ Son muchos los estudios en el ámbito de la transferencia del riesgo: recientemente véase Neff, G., *Venture Labor. Work and the Burden of Risk in Innovative Industries*, The MIT press, 2012 que refiriéndose al boom de la *dot-com era*, ofrece algunas claves de lectura para afrontar el tema del trabajo digital.

³⁰ Véase *The social cost of Uber*, *cit.*,

³¹ En este sentido el estudio de A. Ravenelle, *Microentrepreneur or Precariat? Exploring the Sharing Economy through the Experiences of Workers for Airbnb, Taskrabbit, Uber and Kitchensurfing*, presentado al First International Workshop on the Sharing Economy organizado por la Universidad de Utrecht (3-4 junio 2015).

entre la variedad de servicios ofertados a través de las plataformas, estos costes resulten extremadamente variables, se ha hecho referencia a esta circunstancia obvia porque puede incidir fuertemente en la rentabilidad del trabajo de la plataforma, sobre todo para los trabajadores con una baja cualificación. Por lo tanto, no es una casualidad que en la acción promovida por los trabajadores contra Lyft se subraye que habiendo sido clasificados de manera errónea³² como trabajadores autónomos, en lugar de cómo trabajadores subordinados, tengan derecho al reembolso de los gastos por parte de la empresa.

Para la segunda categoría, a la inestabilidad económica y de ocupación derivada del modelo económico se añade, claramente, la inestabilidad derivada de sus condiciones de salud, con la consecuencia que no pueden obtener la tutela adecuada a sus necesidades.

Por lo tanto, la cuestión anteriormente planteada resulta más bien retórica, ya que no parece que puedan existir dudas sobre la falta de adecuación de las estructuras actuales para responder a las importantes transformaciones que se están produciendo.

Resulta más interesante preguntarse cuál puede ser el modelo de Seguridad Social más adecuado para responder a las exigencias y a las características de una población con una composición que ha cambiado. Se trata, como es obvio, de una temática que va más allá del limitado ámbito de este estudio sobre la *on-demand economy* y que merece una profundización en otro ámbito. Aquí se quiere únicamente señalar que el debate político y doctrinal debería reconducirse a una reflexión en este ámbito, que hace referencia, en diversos contextos nacionales e internacionales, a la introducción de una renta mínima garantizada³³.

Las encuestas de la RFS parece confirmar parcialmente que las cuestiones anteriormente citadas se corresponden con las exigencias apreciadas por los trabajadores, ya que una vez que se había realizado una lista de benefits, se les había pedido ordenarlos por orden de preferencia. En los tres primeros se encuentran: seguro sanitario (el contexto de referencia es el americano), pensión de jubilación y enfermedad y vacaciones pagadas³⁴.

Para cerrar el apartado se quiere citar otra debilidad que se considera que pueda incidir de manera importante en los efectos de este modelo

³² En el ordenamiento americano se habla de *misclassification*.

³³ Sobre la cuestión se aprecia además una cierta imprecisión terminológica. Para mayor claridad véase el artículo de Boeri, T., Perotti, R., *Reddito di cittadinanza e reddito minimo garantito*, en *Lavoce.info*, 3 de enero de 2013 (última consulta 15 junio 2015). <http://www.lavoce.info/archives/7397/reddito-di-cittadinanza-e-reddito-minimo-garantito/>

³⁴ Informe citado en la nota 26.

económico, respecto a las ganancias de los participantes en el mismo. Se trata de la circunstancia de que en un número elevado de casos, se solicita a sujetos que carecen de las competencias necesarias, una gestión de tipo empresarial de la actividad laboral y de los riesgos económicos.

Este es un argumento que tiene implicaciones para los modelos y las políticas formativas. En este ámbito es importante señalar que en los últimos años, en diversas sedes, sobre todo en las iniciativas en el ámbito europeo³⁵, se ha dado un gran impulso a la llamada *entrepreneurship education*. Sin embargo, es necesario aclarar que el acento parece haberse puesto de manera prevalente en los objetivos de competitividad económica de los diversos sistemas nacionales - en función de la reconocida centralidad de la innovación, de la que la actividad empresarial es necesariamente el propulsor - y sobre las habilidades necesarias para los trabajadores del futuro en una óptica de empleabilidad. Son verdaderamente objetivos de gran importancia para el futuro económico europeo. Sin embargo, la situación requiere un esfuerzo adicional.

La difusión de los modelos de formación para empresarios y de las competencias propias de la actividad desarrollada en este manera, en un contexto caracterizado por un crecimiento siempre mayor de formas de micro empresas, podrían (y deberían) ser consideradas como el presupuesto necesario para reforzar las *capabilities*³⁶ de los participantes y permitirles ser los actores del modelo económico en vías de expansión. Si una atención de este tipo no puede ser la solución a las problemáticas encontradas, puede seguramente servir para gestionar mejor las consecuencias y ofrecer la concienciación y los medios culturales necesarios para la apreciación de la realidad del mercado y de la propia actividad. De este modo, se podrían realizar elecciones orientadas a la

³⁵ Como recuerda el estudio de Curth A. *et al.*, *Entrepreneurship education: a road to success. A compilation of evidence on the impact of entrepreneurship education strategies and measures*, European Commission, 2015, p. 7: “a la formación empresarial se reconoce un papel significativo en el sostenimiento de los objetivos principales de la estrategia de Europa 2020: crecimiento y trabajos”.

³⁶ El concepto de *capabilities* ha sido teorizado por Amartya Sen y acogido como propio y modificado por Martha Nussbaum, a cuya obra se reenvía. Simplificando, más allá de las importantes diferencias entre estas dos líneas de pensamiento, las *capabilities* representan las posibilidades derivadas de las condiciones subjetivas y de contexto, para conseguir determinados niveles de bienestar. Sugerencias en ámbito laboral relacionadas con la aplicación del llamado *approach* han sido propuestas por numerosos autores. Sobre este punto en el contexto italiano véase la obra de Del Punta, R.: recientemente *Leggendo «The idea of justice» di Amartya Sen*, DLRI, 138/2013, 197 ss. o también la intervención de *The Goals and Means of Labour Law: a Reconceptualisation* en la Labour Law Research Network Inaugural Conference, (Barcelona 13 – 15 junio 2013).

realización personal y profesional (mayor información y mayores competencias refuerzan las *capacidades de aspiración* de las personas, entendida como capacidad cultural en óptica proyectual³⁷).

3.2. Condiciones de trabajo: salud y seguridad

El hecho de que no resulten aplicables las tutelas previstas para los trabajadores subordinados tiene implicaciones no solo respecto a los perfiles económicos y retributivos a los que ya se ha hecho referencia más arriba, sino también en lo que se refiere a las tutelas típicas del Derecho del Trabajo. Esto produce consecuencias en relación con las condiciones en las que los trabajadores de la *on-demand economy* desarrollan la prestación laboral.

Una cuestión de relevancia es la de la tutela de la salud de estos trabajadores.

En general, un modelo económico que implica una potencial (si no más bien actual) inestabilidad en las ganancias derivada de una fuerte variabilidad del nivel de empleo tiene consecuencias efectivas en la sensación de seguridad económica de los participantes en la *on-demand economy*, sobre todo en el caso de los trabajadores *full time* y de los *part-timers* involuntarios. A esto se añade, que en algunos ámbitos, los costes a los que tienen que hacer frente los microempresarios inciden fuertemente en el nivel efectivo de ganancias: se sostiene que no es infrecuente que la ganancia neta sea inferior a los mínimos salariales previstos por la ley o por los convenios colectivos. Estas circunstancias tienen consecuencias importantes, ya sean directas o indirectas, en la salud de los trabajadores.

Estas consecuencias son directas en la medida en que tal situación de precariedad influye en el bienestar psicofísico del trabajador: se dice que la primera de las preocupaciones para los trabajadores *on-demand* es no encontrar trabajo suficiente³⁸.

Las consecuencias también son indirectas porque inciden en las posibilidades efectivas de estos trabajadores de hacerse cargo de la propia salud y seguridad en el ámbito de la prestación laboral. En primer lugar, esta situación podría llevar a los trabajadores a reducir los costes relacionados con los instrumentos que utilizan y, en consecuencia, la calidad y la consistencia de los equipos de seguridad, exponiéndose a

³⁷ Sobre el concepto de capacidades de aspiración (o de tener aspiraciones) véase el trabajo de Appadurai, A., por último, en italiano, la recolección *Il futuro come fatto culturale. Saggi sulla condizione globale*, Raffaello Cortina Editore, 2014.

³⁸ Véase el párrafo 3.1

mayores riesgos (este sirve tanto para los trabajos que se desarrollan de manera presencial, como para aquellos que se llevan a cabo directamente en la plataforma: por ejemplo el equipo de seguridad de quién se encarga de realizar pequeñas reparaciones o la instrumentación informática utilizada para desarrollar las *microtask* en AMT).

Por otra parte, las condiciones de carácter económico que se han señalado inciden en la elección de los servicios que se van a desarrollar, en los horarios en los que manifestar disponibilidad para prestar el servicio a través de la plataforma, y en la cantidad de tiempo empleada en la realización del trabajo, así como en la intensidad con la que se lleva a cabo. Como es bien sabido, en el sistema productivo industrial de los siglos XIX y XX, se ha concedido un papel muy importante al horario de trabajo a la hora de tutelar la salud de los trabajadores. La limitación del mismo ha sido objeto de atención legislativa desde los inicios de la legislación social y también posteriormente en el desarrollo del Derecho del Trabajo³⁹. Los cambios de las formas de trabajar están influyendo fuertemente en la capacidad de que el parámetro horario se configure como un paradigma apropiado de tutela a través de la previsión de límites mínimos de descanso y de un horario de trabajo máximo: en muchos ámbitos, la mayor autonomía a la hora de gestionar el trabajo y la mezcla entre el tiempo de trabajo y la vida privada impide medir la propia prestación. No obstante, y teniendo en cuenta que en el ámbito empresarial resulta siempre más oportuna la integración del parámetro horario con el de la carga de trabajo, la inexistencia de límites temporales en la prestación de los *on-demand workers* expone a algunos de ellos a un fuerte riesgo de *overworking*⁴⁰ con consecuencias en su salud y, en algunas ocasiones, en la seguridad de los clientes⁴¹ y de terceros.

La presión también influye obviamente en la calidad de las ofertas aceptadas y en la fijación de las tarifas (donde la fijación no se gestione

³⁹ Para una panorámica sobre el horario de trabajo en ámbito de trabajo véase Ricci, G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005, p. 30 ss.

⁴⁰ En este sentido, también el reciente informe ILO *Non-standard forms of employment. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment 2015 (Geneva, 16–19 February 2015)*, International Labour Office, Conditions of Work and Equality Department, 2015, p. 18, que respecto a todas las relaciones de trabajo en las que el nivel de empleo sea impredecible (entre ellos el *crowdwork* online) subraya que “la variabilidad de los tiempos de trabajo, podría llevar a algunos trabajadores a trabajar un mayor número de horas”.

⁴¹ Sobre la seguridad de los clientes se centra el análisis de muchos comentaristas como, por ejemplo Rogers, B., *ibidem*, p. 92 ss. y Cohen, M., Sundararajan, A., *Self-regulation and innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, 82 U Chi L Rev Dialogue, p. 116 ss.

por parte de la plataforma, sino que corresponda a cada participante⁴²). Existe el riesgo de que se cree un círculo vicioso: el que tiene mayores dificultades acepta las peores ofertas, reduciéndose, al mismo tiempo, la posibilidad de mejorar sus condiciones de trabajo.

También existen peculiaridades dependiendo del tipo de trabajo: sin voluntad de profundizar en este sentido, se pueden citar los riesgos de alienación relacionados con la subdivisión del trabajo en *microtask* como ocurre en diversas plataformas (por ejemplo las HITs, Human Intelligence Tasks ofertadas en Amazon Mechanical Turk).

3.3. Sistemas de *feedback*: consecuencias indeseadas

La temática de la reputación y de los llamados *feedback* está estrechamente ligada al funcionamiento peculiar de las plataformas. La importancia del aspecto de la reputación para conseguir una ocupación no es ciertamente una novedad derivada de la llegada de las tecnologías, sino que estas funcionan como multiplicador de las sedes de exposición creando la necesidad de cuidar la propia *web reputation*, pero también la posibilidad de “exhibirse” (*personal branding*).

Los sistemas de reputación adquieren una gran centralidad en el ámbito de la *on-demand economy* y de su funcionamiento⁴³: las dinámicas que están detrás del fenómeno merecen una mayor profundización, no solamente en la óptica de las exigencias de los trabajadores, si no también, y como ya se ha señalado, en la de la definición de su *status* jurídico (trabajadores subordinados o autónomos)⁴⁴. Nos concentraremos en las primeras.

Una de las cuestiones que se han subrayado ha sido la posibilidad de que la utilización de los sistemas de clasificación y *review* pueda distorsionarse

⁴² No todas las plataformas permiten al trabajador fijar el precio de su prestación: es por ejemplo el caso de Uber.

⁴³ En relación a la importancia en óptica económica (asimetría informativa) de los sistemas de *feedback* utilizados por las plataformas véase Cohen, M., Sundararajan, A., *cit.*, p. 120-121; de manera más profundizada Thierer, A. *et al.*, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, Mercatus Working Paper, mayo 2015.

⁴⁴ En este sentido, en relación a las peculiaridades de la plataforma Uber, Sachs, B., *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, Onlabor, 20 mayo 2015, (última consulta 9 junio 2015) <http://onlabor.org/2015/05/20/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

con finalidad discriminatoria⁴⁵, a través de valoraciones no verídicas y que puedan pretender dañar a algunos sujetos⁴⁶. Las valoraciones negativas inciden fuertemente en las oportunidades de trabajo; los efectos dependen de la modalidad de funcionamiento de la plataforma y de sus políticas pero, en la mayoría de los casos, la consecuencia será la disminución de la demanda (los clientes preferirán a otros participantes en la plataforma). Pero, en algunos casos (Uber, Lyft), un nivel de clasificación bajo puede dar lugar incluso a la eliminación de la cuenta del trabajador⁴⁷.

Se ha observado que un sistema construido de esta forma podría empujar a la realización de ciertos comportamientos que no responden a la forma de ser de la persona, únicamente con la finalidad de obtener un mejor *rating* (*emotional labor*), lo que representa una gran carga que conlleva implicaciones a nivel de identidad para los sujetos que pertenecen a las minorías⁴⁸.

Los usos distorsionados de los sistemas de *rating*, en el ámbito de un sistema de mercado como el creado por las plataformas, no se reducen únicamente a los comportamientos discriminatorios, sino que también incluyen las actividades que pretenden influir en la competencia, a través de la elevación de manera deshonesta del propio nivel de valoración y de la introducción de reseñas pactadas *ad hoc*.

A pesar de que es cierto que algunas plataformas se han movilizadas para

⁴⁵ Los problemas de discriminación en las plataformas no se limitan, obviamente, a los sistemas de clasificación y *review*, sino que también están relacionados con la cancelación de los viajes o con la no asignación de trabajos debido a la publicidad de los perfiles con fotos en las que puede apreciarse la etnia del trabajador. Sobre ambos aspectos véase Leong, N., en *The sharing economy has a race problem*, Salon, 2 noviembre 2014 (última consulta 9 junio 2015) http://www.salon.com/2014/11/02/the_sharing_economy_has_a_race_problem/ (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy). Sobre el tema de la discriminación – economía *on-demand*, también en la óptica de los consumidores, existen dos posiciones diferentes: se han apreciado tanto perfiles positivos como perfiles problemáticos. Para una panorámica sobre algunas intervenciones relevantes véase A. Thierer et al., artículo citado en la nota 43. Recientemente se han interpuesto acciones legales contra Uber y Lyft y sus conductores por discriminación hacia personas con discapacidad: se ha planteado la cuestión de si las compañías están obligadas a respetar la normativa antidiscriminatoria. Véase un artículo del Fortune, obra de Jen Wiczner, *Why the disabled are suing Uber and Lyft*, 22 mayo 2015 (última consulta 9 junio 2015) que recoge estos problemas <http://fortune.com/2015/05/22/uber-lyft-disabled/>

⁴⁶ La profesora Leong, en el artículo citado, señala que “las valoraciones negativas pueden perpetuarse a lo largo del tiempo”.

⁴⁷ Sachs, B., *ibidem*.

⁴⁸ Rogers, B., *cit.*, p. 97 ss, habla de “*identity work*” o bien “un esfuerzo consciente para seguir las normas de conducta propias de la clase media blanca”.

reducir las problemáticas relativas a las actitudes discriminatorias y a los comportamientos que pueden turbar el funcionamiento regular de los sistemas de *feedback*, es necesario preguntarse, en términos generales, cómo de extenso puede ser el interés de los gestores en mejorar el funcionamiento de los mismos (sobre todo respecto a las discriminaciones)⁴⁹. Resulta todavía más interesante valorar cuáles son los deberes efectivos y las responsabilidades de las compañías respecto a la tutela de los trabajadores: como ya se ha subrayado la “plataforma [está] disponible “as is”, el gestor no es responsable del mantenimiento del nivel del servicio”⁵⁰.

También en este caso la dificultad está relacionada con la naturaleza del vínculo entre el trabajador (autónomo) y la compañía que gestiona la plataforma. A pesar de que la cuestión debería afrontarse teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento, en términos generales, la ausencia de un contrato de trabajo implica la exclusión de las tutelas más significativas propias del trabajo por cuenta ajena (incluidas, en muchos casos, las derivadas de la normativa en tema de intermediación en los contratos de trabajo⁵¹) y la aplicación únicamente de las tutelas generales⁵². Obviamente, esta circunstancia tiene implicaciones no solo en la gestión de los sistemas de reputación de la plataforma, sino en todas las

⁴⁹ Janelle Orsi, directora del Sustainable Economies Law Center, es muy escéptica al respecto, como puede leerse en el artículo que apareció en TheGuardian obra de Greg Harman, *The sharing economy is not as open as you might think*, 12 noviembre 2014 (última consulta 9 junio 2015). <http://www.theguardian.com/sustainable-business/2014/nov/12/algorithms-race-discrimination-uber-lyft-airbnb-peer> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

⁵⁰ Donini, A., *op.cit.*, p. 58. Véanse, por ejemplo los *terms of service* de Taskrabbit (sub. 17), Uber (sub. 5), Amazon Mechanical Turk (sub. 7).

⁵¹ Para el caso estadounidense véase, Rogers, B., *ibidem*, p. 97. En Italia, véase la interpelación del Ministerio de Trabajo n. 12 de 2013 que excluye la aplicación del régimen de autorización de los arts. 4 y 6 del Decreto legislativo 276/2003 a las páginas de *crowdsourcing*, si la actividad está destinada a la estipulación de subcontratos o de contratos de compra-venta; en cuanto a la conclusión de contratos de obra según el art. 2222 C.C. En cambio,—“resulta necesario solicitar autorización de acuerdo con la normativa mencionada, únicamente si la estipulación de estos contratos implica el desarrollo de una actividad prolongada a favor del comitente que pueda dar lugar a la constitución de puestos de trabajo en el seno de su organización”, circunstancia que, en general, no ocurre en el contexto de la *on-demand economy* y de las páginas web de *crowdsourcing*.

⁵² Como ha observado Donini, A., *Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità*, DRI n. 2/2015, p. 449, se trataría, de todas maneras, de normativas “que no reconocen la especificidad de las condiciones del ciudadano-trabajador que está buscando una ocupación”.

actividades puestas en marcha por las sociedades que las gestionan: por ejemplo, en relación al caso italiano no resultarían aplicables ni el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 10 del Decreto legislativo 276 del 2003 en materia de indagación de las opiniones de los trabajadores y sobre cuestiones que no tienen que ver con la capacidad profesional⁵³.

Los sistemas de *rating* y *review* plantean importantes interrogantes incluso cuando su funcionamiento no se ve comprometido por comportamientos destinados a perturbarlos de manera voluntaria. Se trata de valorar como estos sistemas inciden en el nivel de inclusión del mercado construido por las plataformas (que a menudo se destaca como un punto de fuerza de este modelo económico). Por un lado, es necesario señalar que en los sistemas de este tipo crearse una posición en el mercado puede implicar una gran dificultad para los que entran por primera vez en él y para los que se dedican a este tipo de trabajo de manera discontinua, en comparación con sujetos que han adquirido, a lo largo del tiempo, una reputación gracias a un número consistente de valoraciones⁵⁴. Por otro lado, hay que reconocer que todos aquellos sujetos que, debido a condiciones subjetivas (discapacidad⁵⁵, enfermedad, vejez, pero también formación y educación) no puedan alcanzar los estándares cualitativos de la prestación que le permitan obtener una buena posición en el mercado de la plataforma, tienen dificultades para actuar en el ámbito de una competencia basada en los sistemas de reputación.

Las valoraciones sobre los trabajadores expresadas a través de estos sistemas de reputación otorgan privilegios a aquellos que están en condiciones de ofrecer una prestación que sea satisfactoria desde todos los puntos de vista para el comitente, ya sea desde aquellos estrechamente

⁵³ Esto podría tener consecuencias en la actuación de aquellas prácticas de *background check* operadas por algunas de estas empresas que condicionan la admisión a la plataforma en calidad de “prestador”.

⁵⁴ En este sentido también Sundararajan A., durante un reciente workshop (9 junio 2015) sobre la *sharing economy* organizado por la Federal Trade Commission (FTC) estadounidense. El comentario se recogió en el artículo de Bracy, J., *In the Sharing Economy, Could Reputation Replace Regulation?*, en la página web privacyassociation.org, 10 junio 2015 (última consulta 14 junio 2015). <https://privacyassociation.org/news/a/in-the-sharing-economy-could-reputation-replace-regulation/> (consultable también en www.adapt.it, Índice A-Z, sección Sharing/On-Demand Economy).

⁵⁵ En relación a las personas con discapacidad, ofrece ideas interesantes Zyskowsky, K. *et al.*, *Accessible Crowdtwork? Understanding the Value in and Challenge of Microtask Employment for People with Disabilities*, en *Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing*, p. 1682 ss., que, en relación a las formas de *microtasking* en las plataformas de *crowdsourcing* ponen en evidencia la imposibilidad de completar una *task* por condiciones subjetivas, falta de información sobre su accesibilidad y sistemas de reputación.

vinculados al resultado, como desde los relacionales (*emotional labor* del que se hablaba anteriormente), empujando los estándares de prestación hacia niveles altos, con la consecuente marginalización de los trabajadores desfavorecidos. Estos, además del resto de cosas, en los casos en los que la plataforma lo permita, se verán forzados a bajar sus tarifas para poder competir con los demás sujetos.

La inclusión de estos sujetos se plantea como un problema en un mercado en el que, más allá de las dinámicas de la *on-demand economy*, se caracteriza por una gran competitividad. Por otra parte, a pesar de que se hayan preconfigurado formas de intervención que podrían incidir en la accesibilidad e inclusión de las plataformas⁵⁶, tampoco en este caso parece que se puedan imponer obligaciones de intervención en el fenómeno a los gestores de la plataforma, lo que provoca que la cuestión se mueva en un plano más ético que normativo.

Por último, se quieren únicamente citar las dinámicas relacionadas con la tutela de la privacidad, respecto a la que, una vez más, podría resultar aplicable la normativa general (quizás a través de la aplicación de las tutelas reservadas al consumidor⁵⁷), y no de aquella con mayores garantías que se reserva únicamente a los trabajadores.

3.4. Polarización, acceso y formación

Se ha hecho referencia con anterioridad (sub 3.1) a las dinámicas de individualización del riesgo relacionadas con la aparición del modelo de la *on-demand economy*. Dentro de este fenómeno, tiene que concederse la relevancia que se merece a una forma particular de transferencia del riesgo a los individuos: se trata del riesgo relacionado con su formación. Tal y como fue capaz de reconocer Hacker, “*las competencias no se obtienen a coste cero ni llegan sin riesgos. Las competencias son una inversión y, a menudo, lo que los economistas llaman “inversión específica” – es decir, una inversión vinculada a un determinado tipo de trabajo, sector productivo o tecnología*”⁵⁸.

El modelo económico que se está analizando se basa, como ya se ha dicho, en la asignación inmediata al usuario por parte de la plataforma del servicio solicitado que, gracias a los recursos con los que ya cuenta, puede

⁵⁶ Véase, en relación a la inclusión de las personas con discapacidad, el artículo citado en la nota anterior, p. 1691-1692.

⁵⁷ En el sentido de una imposibilidad de este tipo Tullini, P. *op.cit.*, p. 14.

⁵⁸ Hacker, J., *The great risk shift: the assault on American jobs, families, health care, and retirement and how you can fight back*, Oxford University Press, 2006, p. 78, citado en G. Neff, *op.cit.*, p. 17.

ofrecerlo: el trabajador tiene, por lo tanto, la necesidad de adquirir, mantener y mejorar las habilidades que le permiten operar de manera rentable en el mercado de trabajo.

Si bien es cierto que se trata de una característica típica del trabajo autónomo, es necesario observar que las peculiaridades de este modelo parecen excluir la instauración de aquellas relaciones de colaboración continuativa, dentro de las cuáles encuentran espacio formas de aprendizaje y crecimiento profesional gracias al intercambio de diferentes *know how*.

Además, esta circunstancia se relaciona con el proceso de polarización del mercado de trabajo que ha sido objeto de profundizados estudios en la última década⁵⁹, y con las condiciones de debilidad de los trabajadores con bajo salario/bajo nivel de competencias, referencia del presente estudio.

Es, por lo tanto innegable, que la *on-demand economy* abre perspectivas interesantes de integración en el mercado de algunos sectores de la mano de obra, proporcionando a sus componentes la posibilidad de aumentar sus ingresos, también en vista de la inversión en sus carreras formativas. Sin embargo, no es difícil entrever la posibilidad de que se cree un círculo vicioso entre las condiciones de obsolescencia/inutilidad de las competencias, condiciones económicas difíciles, acceso a las formas menos rentables de trabajo de la plataforma, marginalización y baja propensión/posibilidad de *upskilling*.

De todo esto se deduce que resulta necesario intervenir en este ámbito para contrastar los efectos de segregación de los fenómenos citados y favorecer formas de asistencia que faciliten las transiciones ocupacionales y refuercen la movilidad social en el propio sistema de las plataformas, donde las competencias constituyen una condición para el ingreso (o, desde la perspectiva de los trabajadores, una barrera).

Una intervención en este sentido resulta necesaria también para reducir las diversas problemáticas de *skill mismatch* que representan un evidente freno al crecimiento económico, implicando un reparto de los recursos que no es óptimo. Por un lado, menores posibilidades económicas de acceso a la

⁵⁹ Por polarización del mercado de trabajo se entiende el proceso de erosión derivado de los fenómenos de automatización, de puestos de trabajo pertenecientes a la franja central en lo que a salarios y competencias se refiere, y al nacimiento de nuevos puestos en las áreas de bajas competencias/bajos salarios y altas competencias/altos salarios. Muchos son los autores que se han ocupado de la temática: véase por ejemplo la obra de Goos, M., y Manning, A. (empezando por *Lousy and Lovely Jobs: The Rising Polarization of Work in Britain*, London School of Economics, Center for Economic Performance, Discussion Papers n. dp0604, 2003) y la de Autor, D. (recientemente *Polanyi's Paradox and the Shape of Employment Growth*, Paper prepared for Federal Reserve Bank of Kansas, Jackson Hole Conference, Agosto 22, 2014).

formación significan también una menor difusión de las competencias requeridas por el mercado de trabajo y la dificultad del mundo productivo para cubrir puestos vacantes (*skill shortage*). Por otra parte, la salida de estos trabajadores de la franja de los trabajadores de especialización media y la automatización de sus tareas provoca que los mismos desempeñen trabajos para los que tienen un nivel de educación o una cualificación mayor de las requeridas (*vertical mismatch*: en la forma de *overeducation* y de *overqualification*)⁶⁰.

3.5. Las dificultades de la acción colectiva

Tradicionalmente el contraste a las debilidades ligadas a las condiciones de trabajo y la lucha por su mejora se ha logrado a través de la organización colectiva de los trabajadores. Ciertamente, también en el contexto de la *on-demand economy* la acción de las organizaciones colectivas tiene efectos de mejora de las condiciones: por ejemplo, las actividades puestas en marcha en Estados Unidos por parte de la *Freelancer's Union* e y de la *Peers*. Estas acciones tienen como finalidad hacer económicamente accesible a los *freelancer* algunas prestaciones relacionadas con el estatus de trabajador por cuenta ajena⁶¹, y a clarificarles el mercado en el que se introducen ofreciéndoles, al mismo tiempo, mejores instrumentos para gestionar su actividad⁶².

Más allá de la puesta en práctica de estas importantes acciones de apoyo, se plantean dificultades de organización y desarrollo de la acción colectiva reivindicativa debido a la superposición de las consecuencias sustanciales y normativas relacionadas con la modalidad de funcionamiento de la plataforma.

⁶⁰ En lo que a la definición se refiere, se señala que en relación con los conceptos citados se utiliza lo recogido en el estudio *Skills mismatch in Europe. Statistics brief* de la OIT, septiembre 2014, p. 7. En particular, el *skill shortage* existe cuando “la demanda (oferta) para un particular tipo de competencia excede la oferta (demanda) de personas con esa competencia”. El *vertical mismatch* se produce cuando “el nivel de educación y cualificación es menor o mayor del solicitado”; en este caso se refiere a niveles mayores (*overeducation* y *overqualification*).

⁶¹ Véase, a título ejemplificativo, el trabajo realizado por la *Freelancer's Union* en el ámbito de los seguros https://www.freelancersunion.org/benefits/?utm_source=blog&utm_medium=post&utm_campaign=oldposts

⁶² La homepage de *Peer.org* se abre con el texto *Making the sharing economy work for you* y se divide en dos sectores *Discover ways to earn* y *Tools to simplify your work*. <http://www.peers.org/>

Un estudio realizado por algunos investigadores americanos, que ha tomado en consideración las dificultades de organización de la mano de obra presente en una plataforma, Amazon Mechanical Turk, ofrece, entre otras cosas, el punto de vista de los participantes sobre la cuestión⁶³. Dice así: “los trabajadores nos han dicho que la acción colectiva es difícil a causa de la lealtad contrastante, de la presión temporal para obtener ganancias y de los riesgos que la agitación representa para su reputación y, más en general, para la disponibilidad de trabajo”⁶⁴. Los perfiles que se observan son numerosos y las consideraciones realizadas parecen observarse también en las otras plataformas.

El primero se conecta con la heterogeneidad de la mano de obra presente en las plataformas y con las diferentes exigencias en función de la propia actividad, de las que se ha hablado al inicio (sub. 2). Los intereses divergentes y las perspectivas subjetivas relacionadas con el trabajo de la plataforma influyen en la viabilidad de las acciones unitarias: se trata de una mano de obra fuertemente “volátil” y, además, los sujetos “permanentes” se diferencian entre ellos en función de sus objetivos (integración de las ganancias o exclusividad del trabajo) y del compromiso. En cambio, los otros perfiles se relacionan con el estado de inestabilidad e incertidumbre en relación con las ganancias que padecen muchos de estos trabajadores. La necesidad de alcanzar la renta necesaria para mantenerse y la posibilidad de que las acciones reivindicativas produzcan efectos negativos en las oportunidades de trabajo futuras, se configuran como un freno respecto al activismo de los *on-demand workers* (resulta interesante señalar como se evidencia una vez más el papel de la reputación y su conexión con la cantidad de trabajo disponible⁶⁵).

Esto incide fuertemente en el nacimiento de los vínculos y de la confianza⁶⁶ necesarios para la creación y el posicionamiento de una voz colectiva: el hecho de que los trabajadores no se conozcan entre si y de

⁶³ Los resultados de la investigación se recogen en Salehi, N. *et al.*, *We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers*, Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, 2015, p. 1621 ss. Sobre la base de los estudios en este ámbito, los investigadores han construido una plataforma, *Dynamo*, (<http://www.wearodynamo.org/>) para dar apoyo a la acción de los participantes en la plataforma (los llamados Turkers). El artículo también expone la modalidad de implementación de esta plataforma.

⁶⁴ Salehi N. *et al.*, *ibidem*, p. 1621.

⁶⁵ Muy importante en aquellas plataformas en las que se da gran importancia a la *acceptance rate*, o bien a la tasa de aceptación, con la posibilidad de que la cuenta sea desactivada en función de la misma (por ejemplo en Uber y Lyft).

⁶⁶ De “*communal ties*” habla Rogers, B., *op.cit.*, p. 100. En la cuestión de la confianza (*trust*) se concentran Salehi, N. *et al.*, *op.cit.*, p. 1624 ss.

que no tengan contacto de manera presencial juega un papel importante en este sentido.

Una vez más, las consecuencias del estatus de trabajador autónomo y del tipo de relación que se instaura entre la plataforma y el trabajador son importantes. Estas inciden tanto en los medios de acción colectiva en ámbito laboral, como en las tutelas que las acompañan. En primer lugar, influye en el derecho de huelga. Si desde el punto de vista sustancial es difícil organizar una protesta efectiva y eficaz en forma de abstención de trabajo, desde el punto de vista normativo, tal abstención no parecería revestir las características de la huelga y, en función de las acciones que se deberían adoptar, también podría dar lugar a represalias por parte de las plataformas⁶⁷ y de los comitentes. Consideraciones análogas sirven para los derechos vinculados a la contratación colectiva y a las prerrogativas de los representantes de los trabajadores, de fundamental importancia para la explicación de una acción colectiva de relevancia.

Cierto es que esto no excluye que puedan nacer diversas formas de acción para obtener la mejora de las condiciones de trabajo por parte de la plataforma, pero es necesaria una atención en este sentido para ofrecer instrumentos válidos para dar respuesta a situaciones de efectiva debilidad contractual.

4. Conclusiones. ¿Cómo fijar las reglas del juego? Un *continuum* entre centralismo y subsidiariedad

Retomando una feliz metáfora, hay que reconocer que en el convoy de la transformación social, la *iurisprudencia* es tradicionalmente el último vagón que, incapaz de seguir el ritmo, se distancia siempre más y más de los demás (sobre todo de la máquina: la innovación tecnológica)⁶⁸. Tradicionalmente el legislador interviene para regular situaciones de las que se supone que tiene pleno conocimiento. Por lo tanto, es posible entender que ante un fenómeno socio-económico de esta relevancia y con características que resultan en el momento actual de difícil comprensión y, de cualquier modo, en vía de definición, la tendencia a la espera del legislador podría ampliarse con el riesgo de que se deje que relaciones de gran relevancia se muevan dentro de un vacío normativo y regulatorio.

En una óptica de sistema, es necesario poner de manifiesto que la normativa iuslaboralista de tutela del trabajador, tanto aquella que procede

⁶⁷ En relación a Estados Unidos Rogers, B., *ibidem*, p. 100.

⁶⁸ Carinci, F., *Presentazione del congresso*, 2003, XIV Congreso AIDLASS.

del legislador como de la fuente colectiva, desempeña un papel importante en la regulación de la competencia entre las empresas en el sistema productivo fordista, eliminando de su ámbito de aplicación las condiciones de trabajo.

Más allá de la dificultad de llevar a cabo una acción en ámbito nacional ante un fenómeno de globalización del trabajo⁶⁹, hay que subrayar dos efectos derivados de la imposibilidad de reconducir esta disciplina al modelo económico vigente. Por una parte, la competencia se desplaza de empresas estructuradas a microempresarios que, no teniendo por qué respetarla, pueden ser conducidos a fenómenos de “*self-exploitation*”⁷⁰. Por otra parte, esta circunstancia opera de manera perturbadora respecto a la competencia dentro de un mismo sector productivo, implicando una ventaja competitiva para quién organiza estas formas de gestión (las plataformas) respecto a las empresas presentes en el mismo sector, que están sometidas a los vínculos de la normativa iuslaboralista⁷¹.

Se considera necesario, por todo lo que hasta aquí se ha dicho, que el legislador adopte una posición, pero resultaría oportuno que lo haga en una manera que permita adaptar y modificar la normativa en función de las nuevas vías de desarrollo del fenómeno y de su comprensión⁷²: un legislador no puede limitarse a aceptar el cambio o intervenir en el mismo cuando ya se ha completado, sino que tiene que intentar acompañarlo y conformarlo en función de los intereses de la sociedad.

Antes de intentar explicar las direcciones que la intervención regulatoria podría seguir, es necesario señalar que ante el silencio del legislador, es decir, en un cuadro normativo que no ha cambiado, la respuesta a las exigencias de tutela de la mano de obra en la economía *on tap* se ha buscado en la reconducción al trabajo por cuenta ajena, considerando a la

⁶⁹ En este sentido, en relación con la normativa estatal y haciendo referencia específica al *crowdsourcing*, Tullini, P., *op.cit.*, p. 16. Respecto a la contratación nacional Magnani, M., *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, 2015, p. 185.

⁷⁰ Respecto a los efectos que produce en los trabajadores moverse en una dimensión de mercado se ha dicho en más ocasiones en los párrafos precedentes.

⁷¹ Obviamente los perfiles que tienen relevancia y que están relacionados con la competencia no se reducen a la aplicación de la normativa iuslaboralista; como ocurre por ejemplo en el caso Uber y en las cuestiones relacionadas con un mercado, como es el de los transportes, fuertemente regulado (cfr. nota 4).

⁷² En el mismo sentido, es interesante el análisis de Ranchordas, S., “Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation”, *Jurimetrics*, vol. 55, n. 2, 2015, donde se sostiene que el carácter de adaptabilidad de la regulación, necesario debido a los problemas relacionados con el mantenimiento del ritmo de la innovación y el aprendizaje de las informaciones necesarias, podría moderarse utilizando dos instrumentos capaces de hacerla más “*innovation friendly*”: las *sunset clause* (clausulas temporales) y la *experimental legislation* (legislación experimental).

compañía que gestiona la plataforma como empresario.

Este planteamiento ha encontrado acogida, en algunos casos que se han resuelto recientemente y que tuvieron lugar en contextos diferentes, en relación con una plataforma en particular (Uber)⁷³. A este propósito, hay que señalar, en primer lugar, que se trata de decisiones que proceden de organismos administrativos o, como mucho, de organismos judiciales de menor nivel (en el caso de la Labor Commission), y que, por lo tanto, lo que han afirmado podría ser ulteriormente revocado por decisiones posteriores y que, de todas maneras, tienen un ámbito de aplicación limitado al procedimiento en cuestión. Sobre todo, sin embargo, se considera que la estrategia judicial no es capaz de cubrir las múltiples expresiones que el modelo económico propone en las diversas plataformas⁷⁴, y que tampoco pueda dejarse a pronunciamientos judiciales variables la determinación del acceso o no a un sistema de tutela, ya que los mismos se basan en test y criterios referidos a sistemas productivos profundamente diferentes⁷⁵ y esta es una cuestión común a todos ellos, a pesar de las diferencias propias de cada ordenamiento⁷⁶.

Esto no excluye que la reconducción al sistema de tutelas propias del trabajo subordinado pueda producirse por ley, lo que incidiría en la definición de trabajador subordinado que tendría que ser ampliada hasta llegar a cubrir estas expresiones.

Esta es una de las posibles exteriorizaciones de la intervención legislativa que está a la cabeza del *continuum* entre centralismo y subsidiariedad (*continuum* que configura la dirección elegida para analizar las posibilidades regulatorias). De otra manera, el legislador nacional o supranacional

⁷³ Además del caso *Berwick vs. Uber Technology inc. et al.* resuelto por la Labor Commission de California, del que es posible leer la ordenanza, ha habido decisiones en este sentido también por parte del Department of Economic Opportunity de Florida (<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2015/05/26/florida-says-uber-drivers-are-employees-but-fedex-other-cases-promise-long-battle/>) y de la Inspección de Trabajo de Cataluña (http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html).

⁷⁴ A pesar que en la percepción pública, la plataforma símbolo del modelo de business representa a Uber y se habla de “modelo Ubert” (también en el presente trabajo), existen, como ya se ha dicho, múltiples peculiaridades que diferencian a las plataformas entre ellas.

⁷⁵ La lectura de las ordenanzas remitidas al jurado en los casos *Cotter et al. vs. Lyft Inc.* y *O’Connor et al. vs. Uber Technology inc. et al.* es muy significativa en este sentido.

⁷⁶ Para una perspectiva comparada sobre los diversos sistemas, entre diferencias y convergencias, véase Davidov, G., Freedland, M., Kontouris, N., *The Subjects of Labor law: “Employees” and Other Workers*, de próxima publicación en *Research Handbook in Comparative Labor Law* dirigida por M.Finkin & G. Mundlak Eds., Edward Elgar, 2015.

podría decidir crear una nueva categoría de trabajador⁷⁷ o bien destinar al trabajo de la plataforma una normativa *ad hoc*: esta podría ser minuciosa y específica (concentración del poder regulador) o bien configurarse como una disciplina marco, que pueda ser integrada gracias a la aportación de las partes interesadas, o que se encargue de definir objetivos que la autorregulación, de manera compartida (con las partes sociales) o por parte únicamente de las plataformas, deba alcanzar⁷⁸.

Sin embargo, se plantea una cuestión preliminar: para que una acción subsidiaria y compartida sea posible, el legislador debería, en primer lugar, favorecer e incentivar formas de representación de la mano de obra empleada en la *on-demand economy*. El reconocimiento de prerrogativas propias de la acción sindical a los participantes y a sus eventuales representantes y el refuerzo, al menos en la normativa marco, de la posición del trabajador, pueden facilitar el trabajo de una voz colectiva pero no parecen poder tener efectos en las condiciones (las relaciones y la confianza de las que se ha hablado) necesarias para la conformación de la misma. Se trata de condiciones que pueden alcanzarse a través de diferentes modalidades de agregación y organización de la acción colectiva⁷⁹, pero para las que son necesarios tiempos de adaptación.

No se da por descontado (aunque parece una opción legislativa válida) que una regulación eficiente no pueda partir de una primera fase de intervencionismo centralizador, pero con una perspectiva “*innovation friendly*” (por ejemplo adoptando una normativa temporal *sunset clause*⁸⁰) que venga seguida por una fase subsidiaria en el momento en el que se creen las condiciones que permitan su aplicación.

5. Bibliografía

Adams, A., Freedland, M., Prassl, J., *The “Zero-Hours Contract”: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 11/2015.

Appadurai, A., *Il futuro come fatto culturale. Saggi sulla condizione globale*, Raffaello Cortina Editore, 2014.

⁷⁷ En este sentido, la ordenanza remitida al jurado en el caso Lyft citado, que reconoce en el apartado VII, que tal vez los conductores de Lyft “deberían ser considerados como una nueva de categoría de trabajadores que necesita un esquema de tutelas diverso”.

⁷⁸ En este último sentido véase Cohen, M., Sundararajan, A., *Self-regulation and innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, *óp. cit.*

⁷⁹ Salehi, N. *et al.*, *ibidem*.

⁸⁰ Véase nota 72.

- Autor, D., *Polanyi's Paradox and the Shape of Employment Growth*, Paper prepared for Federal Reserve Bank of Kansas, Jackson Hole Conference, Agosto 22, 2014.
- Bergvall-Kareborn, B., Howcroft, D., "Amazon Mechanical Turk and the Commodification of Labour", *New Technology, Work and Employment*, vol. 29, Issue 3, 2014, p. 213 ss.
- Boeri, T., Perotti, R., "Reddito di cittadinanza e reddito minimo garantito", *Lavoce.info*, 3 enero 2013.
- Botsman, R., *Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption – And What Isn't?*, *Fastcoexist.com*, 27 mayo 2015.
- CIPD, *Zero-hours contracts: understanding the law*, 2013, p. 3.
- Cohen, M., Sundararajan, A., *Self-regulation and innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, 82 U Chi L Rev Dialogue, p. 116 ss.
- Curth A. et al., *Entrepreneurship education: a road to success. A compilation of evidence on the impact of entrepreneurship education strategies and measures*, European Commission, 2015, p. 7.
- Davidov, G., Freedland, M., Kontouris, N., *The Subjects of Labor law: "Employees" and Other Workers*, di prossima pubblicazione *Research Handbook in Comparative Labor Law*, M.Finkin & G. Mundlak Eds., Edward Elgar, 2015.
- Davidov, G., Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011.
- Del Punta, R., "Leggendo «The idea of justice » di Amartya Sen", *DLRI*, 138/2013.
- Del Punta, R., *The Goals and Means of Labour Law: a Reconceptualisation*, Labour Law Research Network Inaugural Conference (Barcelona 13 – 15 giugno 2013).
- Donini, A., "Il lavoro digitale su piattaforma", *Labour&Law Issues*, vol. 1, n. 1, 2015.
- Donini, A., "Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità", *DRI* n. 2/2015, p. 449.
- Estellés-Arolas E. y González-Ladrón-de-Guevara, F., "Towards an integrated crowdsourcing definition", *Journal of Information Science*, XX (X) 2012, p. 1 ss.
- Felstiner, A., "Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry", *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 32:1, 2011.
- Freedland, M., Kontouris, N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University press, 2011, p. 318.

- Goos, M., Manning, A., *Lousy and Lovely Jobs: The Rising Polarization of Work in Britain*, London School of Economics, Center for Economic Performance, Discussion Papers n. dp0604, 2003.
- Hacker, J., *The great risk shift: the assault on American jobs, families, health care, and retirement and how you can fight back*, Oxford University Press, 2006, p. 78.
- Hall, J., Krueger, A., *An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the United States*, Working Papers (Princeton University. Industrial Relations Section) n. 587.
- Howe, J., *Crowdsourcing: Why the power of the crowd is driving the future of business*, Crown Business, 2008.
- ILO *Non-standard forms of employment. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment 2015 (Geneva, 16–19 February 2015)*, International Labour Office, Conditions of Work and Equality Department, 2015, p. 18.
- ILO *Skills mismatch in Europe. Statistics brief*, International Labour Office, Department of Statistics, 2014, p. 7.
- Leong, N., *The sharing economy has a race problem*, Salon, 2 noviembre 2014.
- Magnani, M., *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, 2015, p. 185.
- Maselli, I., Giuli, M., *UBER: Innovation o déjà vu*, Ceps Commentary, 25 febbraio 2015.
- Neff, G., *Venture Labor. Work and the Burden of Risk in Innovative Industries*, The MIT press, 2012.
- Pick, F., Dreher, J., *Sustaining hierarchy – Uber isn't sharing*, Kings Review, 5 maggio 2015.
- Ranchordas, S., “Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation”, *Jurimetrics*, vol. 55, n. 2, 2015.
- Ricci, G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005, p. 30 ss.
- Rogers, B., *The social cost of Uber*, 82 *U Chi L Rev Dialogue* 85, 2015, p. 85 ss.
- Sachs, B., *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, Onlabor, 20 mayo 2015.
- Sachs, B., *Uber's Take-Rate Structure and Employee Status*, Onlabor, 23 mayo 2015.
- Salehi, N., et al., *We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers*, Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, 2015.
- Taylor, T., *The sharing economy*, Conversable economist, 28 mayo 2015.

- Teodoro, R., *et al.*, *The Motivations and Experiences of the On-Demand Mobile Workforce*, Proceedings of the 17th ACM conference on Computer supported cooperative work & social computing, 2014, p. 236 ss. p. 237.
- Thierer, A. *et al.*, *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, Mercatus Working Paper, mayo 2015.
- Tullini, P., “C’è lavoro sul web?”, *Labour&Law Issues*, vol. 1 n. 1, 2015.
- Zyskowsky, K. *et al.*, *Accessible Crowdwork? Understanding the Value in and Challenge of Microtask Employment for People with Disabilities*, in Proceedings of the 18th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing, p. 1682 ss.

La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EE.UU. y España: una visión comparada

David GUTIÉRREZ COLOMINAS*

RESUMEN: El presente trabajo se encarga de analizar la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU. y España, que, si bien comparten un escenario internacional común, pertenecen a culturas jurídicas bien distintas. Partiendo de la tesis de que la tipología de la obligación es, teóricamente, idéntica al derivar de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, este estudio aborda el origen de la obligación en ambos países, su caracterización normativa actual, la apreciación de la carga razonable y las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación, con el objetivo de definir cómo las culturas jurídicas pueden influir en la aplicación de esta obligación, cuáles son sus efectos y determinar qué factores maximizan la eficacia normativa y aseguran el cumplimiento de este mecanismo de garantía del derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Personas con discapacidad, Igualdad y no discriminación, Ajustes razonables, EE.UU., España.

SUMARIO: 1. Introducción: Los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en un contexto internacional. 2. La obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU. 3. La obligación de realizar ajustes razonables en España. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Personal investigador en formación – Programa FPU 2013- del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

1. Introducción: Los ajustes razonables como medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en un contexto internacional

La inserción de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo ordinario es un objetivo que ha sido perseguido por los organismos internacionales, en aras de lograr la integración laboral e igualdad de oportunidades plena de este colectivo.

Esta preocupación se aprecia, en un plano normativo, en el surgimiento de distintas normas internacionales que convergían en torno a medidas dirigidas a fomentar la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. La más importante de todas fue la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), adoptada el 13 de Diciembre de 2006 por la Organización de Naciones Unidas. Su estructura consta de 50 artículos, los cuales pretenden promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (Art. 1), pero lo que más llama la atención es el enfoque multidisciplinar que adopta la citada norma para perseguir dicho objetivo. En este sentido, podemos observar que trata ámbitos tan diversos como el acceso a la justicia (Art. 13), la educación (Art. 24), la salud (Art. 25), el trabajo y el empleo (Art. 27) o la protección social (Art. 28), entre otros⁸¹. Tal extremo evidencia que el modelo de lucha contra la discriminación adoptado anteriormente queda muy lejos del nuevo paradigma, reflejando así una clara influencia del modelo social de tratamiento de la discapacidad⁸² y abogando por crear obligaciones para con los Estados que se extienden tanto a la esfera pública como a la privada.

La Convención apuesta por la accesibilidad, y concretamente, por la estandarización de la obligación de realizar ajustes razonables como mecanismo en diversos ámbitos para la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, tal y como puede apreciarse en el artículo 5 párrafo tercero. Para ello, se establece como obligación general la

⁸¹ Para un estudio en profundidad del contenido de la Convención, véase Schulze, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*, Handicap International, 2010, Nueva York, que puede ser consultado en acceso abierto en: http://www.hiproweb.org/uploads/tx_hidrtdocs/HICRPDManual2010.pdf

⁸² *Vid.* Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, nn. 1-2, 2015, p. 15.

adopción, por parte de los Estados que componen la ONU, de todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de todas aquellas adaptaciones que se requieran para la plena inserción de las personas con discapacidad.

En particular, el artículo 2 del citado texto legal considera oportuno formular una definición de ajustes razonables según la cual éstos consisten en “[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades”. A partir de ahí, las referencias a la institución en los distintos ámbitos son patentes a lo largo de todo el texto⁸³. Centrándonos en el ámbito laboral, el artículo 27.1 de la Convención identifica una batería de hasta 11 medidas, entre las cuales se incluye la letra i), que exige “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. El precepto citado anteriormente aboga por el empleo de este colectivo en el medio ordinario, e instituye la accesibilidad como fundamento para la integración laboral plena y efectiva de las personas con discapacidad, en tanto que la preferencia de la inserción en entornos laborales ordinarios requiere la adaptación del puesto de trabajo a las necesidades especiales del trabajador con discapacidad.

Ante este escenario común internacional, el propósito de este estudio es analizar, desde una perspectiva comparada, cómo se ha procedido a configurar normativamente la obligación de realizar ajustes razonables en países con sistemas jurídicos basados en el *Common Law* y en el Derecho Continental. Para ello, se analizará la caracterización de dicha obligación en la legislación de EE.UU. y de España, destacando el origen de la obligación en ambos países, su caracterización normativa actual, la apreciación de la carga razonable y las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación.

⁸³ Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención incluye la realización de ajustes razonables en el ámbito penitenciario y el artículo 24 de la Convención incluye asimismo dicha obligación en el ámbito educativo.

2. La obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU.

2.1. Una aproximación histórica

El concepto de ajuste razonable fue introducido en el sistema jurídico americano con la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* (en adelante, EEOC) en 1972, que modificó la sección 701 de la Civil Rights Act de 1964. Esta norma supuso una gran contribución a la lucha por la no discriminación y la igualdad de oportunidades, y aunque *circunscribió su campo de actuación al ámbito de la libertad religiosa*⁸⁴, implicó la creación de una obligación que requería al empresario la modificación de aquellas condiciones de trabajo que no permitieran el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosa⁸⁵. En este sentido, significó la construcción de unas bases sólidas para la extensión de la obligación de realizar ajustes razonables a otros ámbitos en los se requerían adaptaciones de las condiciones de trabajo para garantizar la no discriminación y la igualdad de oportunidades.

La siguiente norma que debe destacarse fue la “*Rehabilitation Act*”, ley federal promulgada el 26 de Septiembre de 1973. Esta ley estadounidense fue la primera que prohibió la discriminación por razón de discapacidad y, a tal efecto, estableció un programa de acción positiva, significando la toma de conciencia de los numerosos obstáculos que las personas con discapacidad han de sortear⁸⁶. La sección 505, introducida en 1978⁸⁷, fue la gran contribución de esta norma, según la cual los tribunales, en el marco de aquellas demandas formalizadas al amparo de la *Section 717* de la *Civil Rights Act de 1964*, deben considerar la razonabilidad del coste de cualquier modificación necesaria del puesto de trabajo y la disponibilidad de

⁸⁴ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, n. 127, 2014, p. 86 *in fine*.

⁸⁵ Concretamente, la innovación que ofrecía dicho precepto fue la definición legal del término *religion*, que hasta la fecha fue construido jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970) y *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965), entre otros, relativos a la obligatoriedad de realizar el servicio militar

⁸⁶ En este sentido, la sección 2 de la citada norma establece: “Congress finds that: [...] (5) individuals with disabilities continually encounter various forms of discrimination in such critical areas as employment, housing, public accommodations, education, transportation, communication, recreation, institutionalization, health services, voting, and public services”.

⁸⁷ La norma que introdujo dicha disposición fue la *Rehabilitation Act Amendments of 1978*, la cual supuso un avance sustancial en la visión integradora de las personas con discapacidad al prever subvenciones destinadas a ofrecer servicios que posibilitasen la vida independiente de este colectivo.

alternativas a tal efecto⁸⁸. Con esta disposición, la *Rehabilitation Act* sentó las bases de la protección de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, y a pesar de los defectos de los que adolecía⁸⁹, fue el embrión que posibilitó que la norma que le siguió trasladase la obligación de realizar ajustes razonables al ámbito laboral.

Por último, la “*Americans with Disabilities Act*” (en adelante, ADA), fue promulgada el pasado 26 de Julio de 1990, y se trató de la primera norma que reflejó, en materia de empleo, una caracterización del término “*reasonable accommodation*”, el alcance del concepto “*undue hardship*” y, aún más importante, identificó como comportamiento discriminatorio la no realización de ajustes razonables. Se trata de una norma muy avanzada para la época en la que se dictó, ya que muchos de los instrumentos jurídicos internacionales que se hallaban en vigor aún no reflejaban los ajustes razonables como mecanismo de lucha contra la discriminación. Así, su influencia normativa en un plano internacional ha sido capital, consolidado esta obligación como mecanismo de lucha contra la discriminación.

Desafortunadamente, la versión inicial de esta norma presentó una serie de defectos que limitaron su eficacia en términos de empleo. Principalmente, plasmó un concepto de persona con discapacidad excesivamente restrictivo que exigía que el trabajador presentase limitaciones sustanciales en el desarrollo de su vida cotidiana, lo cual fue calificado por la doctrina como una clase protegida de personas con discapacidad⁹⁰. A esta visión rígida se le sumó una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁹¹ que, centrando la discusión jurídica en la interpretación del término “limitaciones sustanciales”, el cual no se hallaba concretado por la norma y debía ser definido *ad casum*, dinamitó la voluntad protectora de la norma y redujo el efecto positivo de

⁸⁸ Literalmente: “[...] In fashioning an equitable or affirmative action remedy under such section, a court may take into account the reasonableness of the cost of any necessary work place accommodation, and the availability of alternatives therefore or other appropriate relief in order to achieve an equitable and appropriate remedy”.

⁸⁹ Principalmente, su lenguaje sumamente ambiguo, la falta de mecanismos de aplicación de las medidas que se proponen e interpretaciones judiciales que no maximizan la eficacia de la norma, tal y como señala Smith-Duer, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*”, *Washburn Law Journal*, vol. 39, n. 2, 2000, p. 261, que cita a Burgdorf, R. L., Robert L., *Disability discrimination in employment law 1*, Washington, Bureau of National Affairs Books, 1995.

⁹⁰ *Vid.* Jolls, C. “Accommodation mandates”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, p. 273.

⁹¹ *Vid.* *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002); *Sutton et al. v. United Airlines, Inc.* 527 U.S. 471 (1999); *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*, 527 U.S. 516 (1999) y *Albertson's, Inc. v. Kirkingburg* 527 U.S. 555 (1999).

otros pronunciamientos favorables⁹² a la ampliación del concepto de persona con discapacidad. El objetivo del Tribunal Supremo, que era la necesidad de homogeneizar⁹³ la calificación de persona con discapacidad, significó la exclusión del ámbito subjetivo de la norma a aquellas personas con discapacidad que no presentaban limitaciones sustanciales en su vida diaria que requerían adaptaciones para desarrollar sus tareas profesionales. La magnitud de los efectos negativos fue tal que no tardaron en generarse discusiones doctrinales respecto a los efectos de la ADA en materia de empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, algunos autores⁹⁴ se mostraron especialmente críticos, sosteniendo que la obligación de realizar ajustes razonables añadió un coste económico a los empresarios, y en consecuencia, significó un descenso del empleo de las personas con discapacidad en Estados Unidos. En contraposición, otros autores⁹⁵ defendieron desde una perspectiva social que, si bien el coste de efectuar los ajustes razonables puede ser significativo, resulta, en términos de empleo, más eficiente que los empresarios contraten a personas con discapacidad y asuman dicho coste. En este sentido, se sostiene que la incorporación a la estructura empresarial de estos trabajadores permite, en un plazo relativo de tiempo, recuperar el coste de la adaptación del puesto de trabajo, y en cualquier caso, la asunción de dicho coste es más eficiente que el pago de prestaciones a trabajadores con discapacidad.

Finalmente, el 1 de enero de 2009 se aprobó la “*Americans with Disabilities*

⁹² En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo más destacadas han sido *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004), *PGA Tour, Inc. v. Martin*, 532 U.S. 661 (2001), *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998), *Pa. Dep't. of Corrections v. Yeskey*, 524 U.S. 206 (1998) y *Olmstead v. L. C.*, 527 U.S. 581 (1999), tal y como señala Burgdorf, R., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, n. 2, 2008, p. 255.

⁹³ Concretamente, el Alto Tribunal concreta que la definición de persona con discapacidad en la ADA “need to be interpreted strictly to create a demanding standard for qualifying as disabled”, tal y como puede apreciarse en *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams* 534 U.S. 184, (2002), apartado III.

⁹⁴ *Vid.* Acemoglu, D. y Angrist, J. D., “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5, 2001, pp. 915-957; Deleire, T., “The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act”, *Regulation*, vol. 23, n. 1, 2000, pp. 21-24 y Jolls, C., “Accommodation mandates, *óp. cit.*, p. 273.

⁹⁵ *Vid.* Blanck, P., *et al.*, “Calibrating the Impact of the ADA’s Employment Provisions”, *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, n. 2, 2003, pp. 267-290; Kruse, D. y Schur, L., “Employment of People with Disabilities Following the ADA”, *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, n. 1, 2003, p. 31-66; y, Stein, M. A., “Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000, pp. 314-334.

Act Amendments Act of 2008” (en adelante, ADAAA), que introdujo cambios normativos que rechazaban de plano la tesis homogeneizadora, y sumamente excluyente, sostenida por el Tribunal Supremo⁹⁶. Concretamente, la norma amplió el concepto de persona con discapacidad⁹⁷, eliminó la ponderación de circunstancias individuales mitigadoras hasta ahora consideradas para la determinación de la existencia de discapacidad⁹⁸, definió el término *major life activity* e incluyó una extensa lista – a título de ejemplo y no limitada – de las actividades incardinadas en este término⁹⁹, entre otras modificaciones¹⁰⁰.

Como ya ha podido observarse, los cambios más importantes que introdujo la ADAAA no afectaron directamente a la obligación de realizar ajustes razonables, sino que se centraron en aspectos de incidencia indirecta de la obligación. Es cierto que la norma sigue presentando limitaciones¹⁰¹, pero tales modificaciones mejoraron la eficacia del cumplimiento de dicha obligación, facilitando su exigencia en un mayor número de supuestos y extendiendo el ámbito protector de la ADA.

⁹⁶ La ADAAA recoge explícitamente, en la sección 2.a “Findings and purposes”, particularmente los apartados 4 a 8, la voluntad de reconducir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo la cual “have narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA, thus eliminating protection for many individuals whom Congress intended to protect”.

⁹⁷ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA.

⁹⁸ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.4.e de la ADA.

⁹⁹ *Vid.* Sección 4.a de la ADAAA, que modifica la Sección 3.2 de la ADA.

¹⁰⁰ Para un estudio en profundidad de los cambios introducidos por la ADAAA, véase Barry, K., “Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can’t Do for Disability Rights”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, n. 2, 2010, pp. 203-284; Befort, S., “An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013, pp. 2042-2045; y, finalmente, Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008, pp. 217-229.

¹⁰¹ *Vid.* Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2008, pp. 226-229, que señala como cuestiones no resueltas: a) el mantenimiento de la “single-job rule”, según la cual se exige que la discapacidad impida o dificulte la realización de trabajos incluidos en grupos profesionales, tal y como se señaló en la Sentencia Sutton et al. v. United Airlines, Inc, 527 U.S. 471 (1999); b) la falta de cobertura dentro de la definición del término “discapacidad” de aquellas que son de naturaleza transitoria o temporal; c) el silencio normativo respecto a si la interacción social debe considerarse una actividad de desarrollo de la vida cotidiana, cuestión ésta sobre la que existen pronunciamiento judiciales contradictorios [Jacques v. DiMarzio, Inc., 386 F.3d 192, 202 (2d Cir. 2004) y Soileau v. Guilford of Me., Inc., 105 F.3d 12, 15 (1st Cir. 1997)], tal y como señala el autor.

2.2 La configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en la legislación americana

2.2.1. La caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables

La obligación de realizar ajustes razonables, tal y como ya se ha apuntado, se halla regulada en la redacción inicial de la ADA, y su configuración normativa se ha mantenido idéntica desde 1990. Según la sección 101.5 ADA, los sujetos obligados a realizar ajustes razonables serán los empresarios, administraciones locales o estatales¹⁰², agencias de empleo o sindicatos que hayan contratado 15 o más empleados en un periodo de 20 semanas¹⁰³.

Respecto al contenido de la obligación objeto de estudio, el apartado 9) de la sección 101 de la ADA contempla como ajustes razonables dos intervenciones empresariales: a) Adaptar las dependencias utilizadas por los trabajadores sin discapacidad, de tal forma que aquellas personas con discapacidad puedan acceder y utilizarlas; y b) Una serie de ajustes consistentes en reestructuraciones de puesto de trabajo, modificación de horarios, recolocación de personas con discapacidad en vacantes, adquisición o modificación de equipos o herramientas, entre otras. A continuación, el apartado 10) de la citada sección define el término “carga excesiva” como aquellas circunstancias que dificultan la realización de la adaptación del puesto de trabajo, condicionando así la obligatoriedad de los ajustes razonables a su concurrencia. Tales particularidades son la naturaleza y el coste del ajuste requerido o el número de personas contratadas en la empresa, entre otras. Como mecanismo de cumplimiento de la obligación, el apartado 5.b)¹⁰⁴ de la sección 102 prevé la no realización de ajustes razonables como conducta discriminatoria, salvo que ello suponga la existencia de carga excesiva.

¹⁰² Las agencias federales quedan expresamente excluidas *ex* sección 101.5.b ADA.

¹⁰³ Dentro de este cómputo también se incluyen los trabajadores a tiempo parcial, aunque éstos presten servicios un solo día a la semana, en virtud de la sentencia *Walters v. Metropolitan Educational Enterprises, Inc.* (95-259), 519 U.S. 202 (1997).

¹⁰⁴ En este sentido, el apartado a) de la sección 102 establece una regla general de no discriminación, y a continuación, en el apartado b), detalla una serie de comportamientos entre los que se incluye: “(5) (A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity”.

De forma complementaria a la configuración legal plasmada en la ADA, se dictaron una serie de disposiciones por la EEOC, la agencia administrativa encargada de la aprobación de normas para la implementación de la ADA, que actúan como soporte interpretativo de ésta, y cuya importancia es capital a la luz de la doctrina *Chevron*¹⁰⁵. Tales preceptos se hallan incluidos en la letra o) de la sección 1630.2 del título 29 del *Code of Federal Regulations* (en adelante CFR), y ofrecen un marco detallado sobre cuestiones muy particulares de la obligación de realizar ajustes razonables.

En particular, la citada sección establece una definición del significado de ajuste razonable idéntica a la prevista por la ADA pero contextualizada en tres ámbitos distintos, a saber, un estadio previo a la relación laboral, relativo a las adaptaciones requeridas en los procesos de selección de personal, y otro ámbito que se extiende durante toda la relación laboral, en el que se engloban aquellos ajustes requeridos para la realización de las funciones esenciales en un puesto de trabajo determinado así como las modificaciones destinadas a asegurar el disfrute de los beneficios o privilegios que ostenten otros trabajadores sin discapacidad.

Paralelamente, la norma¹⁰⁶ contempla una serie de adaptaciones muy diversas que podrían ser consideradas ajustes razonables, y las clasifica en dos categorías. Dentro de la primera de ellas se incluyen, bajo una fórmula sumamente amplia¹⁰⁷, todas aquellas modificaciones físicas de las instalaciones empresariales que doten a los espacios u objetos de las condiciones adecuadas de accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan trabajar en plena igualdad de condiciones. El segundo grupo, en cambio, prescribe una serie de cambios relacionados con la organización y desarrollo del trabajo, entre las que destacan la alteración de la distribución del tiempo de trabajo, la recolocación del trabajador a un puesto de trabajo vacante, la modificaciones de los equipos, las políticas o los materiales empleados en la formación inherente

¹⁰⁵ *Vid.* *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 83, que estableció la doctrina de la deferencia administrativa, según la cual los tribunales americanos deben conceder prioridad eficacia aplicativa a la interpretación que realiza la agencia administrativa, siempre y cuando se constate que la ley es ambigua o contiene lagunas normativas y la interpretación que efectúa la agencia es razonable.

Una aproximación crítica a dicha doctrina puede hallarse en Pérez Alonso, J. “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de administración pública*, n. 184, 2011, p. 325-348.

¹⁰⁶ *Vid.* 29 CFR 1630.2.o.2

¹⁰⁷ La expresión que utiliza el precepto es la siguiente: “*Making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities*”.

al puesto de trabajo a desarrollar, entre otros¹⁰⁸. A estos ajustes debe sumársele una adecuación no prescrita por la norma pero aceptada por la jurisprudencia¹⁰⁹, que es la denominada “*leave of absence*”, que permite a aquellos trabajadores que lo requieran ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo por motivos médicos.

2.2.2. El proceso interactivo

Uno de los puntos más interesantes de la legislación americana en materia de ajustes razonables es la previsión, contenida en la sección 1630.2.o.3 CFR, de la necesidad de iniciar un proceso¹¹⁰ interactivo y exento de formalidades en el que el empleador y el trabajador con discapacidad determinarán el ajuste razonable a realizar, las nuevas necesidades resultantes de la discapacidad y cómo la modificación contribuirá a superar las dificultades inherentes al cambio que la discapacidad conlleva. Atendiendo a la importancia que este procedimiento puede tener en la práctica, se incluyen dentro del apéndice a la sección 1630 CFR algunas indicaciones sobre cómo debe afrontarse este proceso de carácter informal así como una breve guía con 4 pasos que ambas partes deben abordar durante el transcurso del mismo¹¹¹.

A propósito de su desarrollo, conviene destacar que la jurisprudencia ha precisado que no se trata de una negociación entre las partes sino de un proceso cuyo cumplimiento corresponde al empresario¹¹², que será el

¹⁰⁸ La lista completa de los distintos ejemplos previstos es la siguiente: “*Job restructuring; part-time or modified work schedules; reassignment to a vacant position; acquisition or modifications of equipment or devices; appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials, or policies; the provision of qualified readers or interpreters; and other similar accommodations for individuals with disabilities.*”

¹⁰⁹ *Vid.* Cehrs v. Northeast Ohio Alzheimer's Research Cent., (6th Cir. 1998) y Criado v. IBM Corp (1st Cir. 1998).

¹¹⁰ Para un análisis en profundidad sobre los orígenes de este procedimiento, véase Autry, J. R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say “YES” But the Law Says “NO””, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003, pp. 674-677.

¹¹¹ Concretamente, la norma detalla 4 pasos: a) Analizar las funciones esenciales del puesto de trabajo; b) Consultar con el trabajador cuales son las nuevas necesidades derivadas de la discapacidad y cómo éstas pueden ser afrontadas con el ajuste razonable a realizar; c) Identificar, junto al trabajador, qué modificaciones pueden aplicarse y cómo contribuirán efectivamente al normal desarrollo de las funciones profesionales; y, finalmente, d) considerar las preferencias que el trabajador manifieste y efectuar la adaptación que mejor se ajuste a los intereses del trabajador y el empleador.

¹¹² *Vid.* Terri L. Stewart v. Happy Herman's Cheshire Bridge, Inc., 117 F.3d 1278 (11th

sujeto obligado a su desarrollo¹¹³ y decidirá, en último término, qué adaptación es la más efectiva considerando las nuevas necesidades del trabajador¹¹⁴. De esta manera, el trabajador no puede exigir al empresario que realice una modificación específica, así como tampoco está obligado a aceptar un ajuste que no le permita desarrollar las funciones esenciales de su puesto de trabajo¹¹⁵.

Sin embargo, existe una cuestión particularmente importante en este procedimiento, sobre la que no existe consenso a día de hoy en la doctrina judicial. Se trata de la determinación de la responsabilidad derivada de la no participación empresarial en el proceso informal. Diversas sentencias sostienen que sólo existirá responsabilidad del empresario en caso de que no cumpla la obligación de realizar los ajustes razonables necesarios¹¹⁶,

Circ. 1997), que señala que “*whatever the obligations of an employer are under the ADA to accommodate an employee, they do not extend to engaging in generalized negotiations with an employee concerning the employer's workplace rules and policies [...] The ADA thus requires that employers reasonably accommodate 285. qualified individuals with a disability, not that employers negotiate with disabled individuals [...]*”.

¹¹³ Sobre esta cuestión, véase las sentencias *Barnett v. United Airlines, Inc* 228 95F.3d 1105, 1114 (9th Cir. 2000), *Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc.*, 188 F.3d 944, 952 (8th Cir. 1999); *Taylor v. Phoenixville Sch. Dist.*, 184 F.3d 296, 312 (3rd Cir. 1999).

No obstante, se ha de advertir que otras sentencias han sostenido que el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 no es obligatorio, siendo preceptivo únicamente el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En este sentido, véase *Willis v. Conopco, Inc.*, 108 F.3d 282, 285 (11th Cir. 1997) y *White v. York Int'l Corp.*, 45 F.3d 357,363 (10th Cir. 1995).

¹¹⁴ *Vid. Gile v. United Airlines, Inc.* 95 F.3d 492 (7th Cir. 1996), que indica “*The ADA thus mandates that an employer make reasonable accommodations only if accommodation would permit the disabled employee to perform her job, and an employer need not grant a disabled employee's request accommodation that would be an inefficacious change.*”

¹¹⁵ *Vid. Hankins v. The Gap, Inc.*, 84 F.3d 797 (6th Cir. 1996), que destaca que “[...]an employee cannot make his employer provide a specific accommodation[...]Although an employee is not required to accept an offered accommodation, “if such individual rejects a reasonable accommodation . that is necessary to enable the individual to perform the essential functions of the position [...]”.

¹¹⁶ *Vid. Kvorjak v. Maine*, 259 F.3d 48 (1st Cir. 2001) que afirma que “*the statute's implementing regulations state that it "may" be necessary for an employer to initiate a dialogue with an employee in order to determine an appropriate accommodation [...]Even in the most rigorous version [...] liability nonetheless depends on a finding that, had a good faith interactive process occurred, the parties could have found a reasonable accommodation that would enable the disabled person to perform the job's essential functions*”, y en este mismo sentido, véase también *Rehling v. City of Chicago*, F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000) que sostiene que “*Because the interactive process is not an end in itself, it is not sufficient for Rehling to show that the City failed to engage in an interactive process or that it caused the interactive process to break down. Rather, Rehling must show that the result of the inadequate interactive process was the failure of the City to fulfill its role in “determining what specific actions must be taken by an employer” in order to provide the qualified individual a reasonable accommodation*”.

restando así importancia al proceso interactivo. En cambio, la sentencia *Beck v. University of Wisconsin*, 75 F.3d, 1130 (7th Cir. 1996) defiende que la conducta consistente en la obstrucción del proceso por una de las partes muestra una actuación viciada por la mala fe, y sugiere que los tribunales deben analizar cuál es la causa de la imposibilidad de iniciar, continuar o concluir el proceso y asignar la responsabilidad correspondiente.

Ambas posturas contemplan una preponderancia de la obligación de realizar ajustes razonables, identificando el procedimiento informal de interacción como una fase accesoria previa al cumplimiento de la obligación. Ahora bien, no puede omitirse la importancia que la participación empresarial ostenta en el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. Y en este sentido, la obstaculización del proceso, aún siendo informal, es sumamente peligrosa pues puede provocar una detección incorrecta del ajuste razonable a realizar, que supondría a todas luces un incumplimiento de la obligación. Todo ello nos conduce a afirmar que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables absorbería una hipotética conducta de mala fe en el marco del proceso informal previo, ya que la detección del ajuste razonable no se adaptaría a las nuevas necesidades y, por lo tanto, no sería efectivo. Además, teniendo en cuenta que la realización del citado proceso informal se contempla como potestativa¹¹⁷, no puede derivarse una responsabilidad independiente del incumplimiento de dicho proceso.

2.2.3. La determinación de la carga excesiva

Otra de las grandes cuestiones que plantea la obligación de realizar ajustes razonables es la exigencia de valorar la existencia de circunstancias que puedan calificarse como carga excesiva, la concurrencia de las cuales supondrá que el empleador será eximido del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

La norma define la carga excesiva como aquellas dificultades significativas o gastos en los que incurra el sujeto obligado a realizar los ajustes razonables¹¹⁸, teniendo en cuenta una serie de factores. Dichos

¹¹⁷ Así se deriva de una lectura literal de la sección 1630.2.o.3 CFR, que contempla “*To determine the appropriate reasonable accommodation it may be necessary for the covered entity to initiate an informal, interactive process [...]*”.

¹¹⁸ En concreto, el texto literal del precepto prevé: “*In general. Undue hardship means, with respect to the provision of an accommodation, significant difficulty or expense incurred by a covered entity, when considered in light of the factors set forth in paragraph (p)(2) of this section*”.

condicionantes se hallan en la sección 1630.2.p.2 CFR, e incluyen modificaciones y circunstancias que no aparecen en la ADA, como por ejemplo la consideración de la existencia de créditos, deducciones y financiación externa¹¹⁹, la supresión de la valoración del impacto que el ajuste razonable pueda generar sobre el funcionamiento u organización de las dependencias empresariales¹²⁰ y la inclusión de un nuevo apartado que exige evaluar los efectos de la adaptación en la organización empresarial apreciando explícitamente cómo afectará el ajuste razonable en el desempeño de las tareas profesionales de otros trabajadores y en la gestión empresarial¹²¹.

Como puede observarse, la naturaleza de esta excepción al cumplimiento de la obligación requiere un estudio individualizado de cada situación, dado que las circunstancias en los entornos empresariales pueden ser totalmente distintas. En este sentido, el legislador americano deja claro que la existencia de carga excesiva requiere un examen global de la realidad empresarial; no bastará con analizar el coste económico de la adaptación en cuestión. Antes al contrario, se huye de una concepción puramente económica y se exige al empleador que para acogerse a esta excepción demuestre que la realización de la adaptación perjudica el mantenimiento del nivel de ingresos empresarial o genera disfunciones organizativas en el funcionamiento empresarial. No obstante, es necesario destacar que si bien la contextualización del ajuste razonable en la actividad empresarial es absolutamente necesaria, el análisis del cumplimiento de la obligación por los tribunales requerirá un equilibrio entre el cumplimiento de la obligación y la viabilidad empresarial¹²².

Paralelamente, la regulación de la carga excesiva, atendiendo a la necesidad de realizar un análisis individualizado, provoca una cierta inseguridad jurídica a los operadores. La valoración de los factores previstos normativamente es sumamente ambigua, y debe criticarse que el legislador no haya plasmado pautas o criterios interpretativos que ofrezcan unas

¹¹⁹ El texto literal del precepto prevé: “(i) *The nature and net cost of the accommodation needed under this part, taking into consideration the availability of tax credits and deductions, and/or outside funding*”.

¹²⁰ Concretamente, la sección 1630.2.p CFR suprime la expresión “[...] *or the impact otherwise of such accommodation upon the operation of the facility*”, contenida en el apartado 10 de la sección 101 ADA.

¹²¹ En particular, el texto literal de este nuevo factor introducido en la sección 1630.2.p CFR es el siguiente: “(v) *The impact of the accommodation upon the operation of the facility, including the impact on the ability of other employees to perform their duties and the impact on the facility's ability to conduct business*”.

¹²² *Vid.* Brandfield, J, “Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act”, *Fordham Law Review*, vol. 59, n. 1, 1990, p. 126.

directrices sobre cómo afectarán al cumplimiento de la obligación. Como consecuencia, nos encontramos ante la traslación a los tribunales de la valoración de los indicadores propuestos por la norma, cuya interpretación se deja al libre arbitrio de aquellos, lo cual dificulta el cumplimiento efectivo de la obligación de realizar ajustes razonables. En aras de dar solución a estas carencias, la doctrina científica¹²³ ha propuesto algunas medidas interesantes que deberían ser consideradas por el legislador americano, tales como establecer una presunción *iuris tantum*, en sede judicial, de la no excesividad de la carga del ajuste razonable, restringir la aplicación de la carga excesiva como excepción únicamente aplicable en situaciones muy concretas¹²⁴ u objetivizar la regulación de los factores que permiten apreciar la existencia de carga excesiva¹²⁵.

2.2.4. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables

Por último, los apartados a) y b) de la sección 1630.9 CFR identifican como conducta discriminatoria el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, así como aquellas limitaciones en materia de empleo que el trabajador sufra como consecuencia de la necesidad de realizar adaptaciones del puesto de trabajo. Las consecuencias previstas normativamente ante tales comportamientos se hallan previstas en las secciones 1981a y 2000e-5.g del título 42 del *U.S Code* (en adelante, U.S.C.), disposiciones éstas aplicables en virtud de la remisión que efectúa la sección 117.a de la ADA, y cuyos efectos serán acumulativos siempre y cuando concurren los requisitos exigidos en cada una de ellas.

La sección 1981a contempla la posibilidad de solicitar una indemnización de daños compensatorios¹²⁶ y punitivos que se calculara en función de la

¹²³ *Vid. ibid.*, p. 121 y ss., y en especial, p. 131.

¹²⁴ Concretamente, *ibid.*, p. 127 que debería limitarse la excepción al cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables “*only when the accommodation causes "significant difficulty or expense," ' is "unduly costly, extensive, substantial, disruptive" or "fundamentally alter[s] the nature of the [business]"*”.

¹²⁵ *Vid. Ibid.*, p. 131, que propone la apreciación de la carga excesiva cuando el cumplimiento del ajuste razonable genere un porcentaje a determinar por el legislador de descenso en el margen de beneficio neto o en el cambio de las tareas profesionales de un número a determinar por el legislador de trabajadores.

¹²⁶ Este concepto engloba “*future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses*”, tal y como identifica la sección 1981.b.3 del título 42 U.S.C.

plantilla¹²⁷ del empleador, y la suma de ambas puede oscilar entre \$50.000 y \$300.000. Llama la atención que la sección 1981.a.3 del título 42 U.S.C. elimine la posibilidad de conceder las citadas indemnizaciones en aquellos supuestos en los que el empleador demuestre que ha actuado de buena fe. El ámbito de su apreciación se circunscribe al examen de las comunicaciones acontecidas con el trabajador con discapacidad una vez se ha comunicado la necesidad de realizar la adaptación, la identificación del ajuste razonable a aplicar y que éste no suponga una carga excesiva. Como puede observarse, el proceso informal previsto en la sección 1630.2.o.3 CFR, aún sin ser explícitamente mencionado, cobra una importancia vital en el marco de la determinación del pago de una indemnización por daños y perjuicios, pues se sitúa como eje central demostrativo de la buena fe empresarial y su desarrollo condicionará la percepción de la citada indemnización.

Paralelamente, la sección 2000e-5.g.1 del título 42 U.S.C. establece que la existencia de un comportamiento discriminatorio dará lugar a la solicitud y reconocimiento de la “*affirmative action*” que mejor se adapte al caso concreto, término éste que incluye medidas como la readmisión del trabajador o la contratación como trabajadores en aquellos supuestos en los que la discriminación se haya producido en el proceso de selección. Asimismo, este precepto incluye la posibilidad de que puedan solicitarse salarios devengados con carácter retroactivo, limitándose éstos, en caso de estimarse, a un periodo de 2 años desde la formalización de la “*charge of discrimination*”¹²⁸ ante la EEOC.

¹²⁷ La sección 1981.b.3 del título 42 U.S.C prescribe las siguientes cantidades en función de la plantilla de trabajadores empleados: a) \$50.000 si el número de trabajadores es de 15 a 100; b) \$100.000 si el número de trabajadores es de 101 a 200; c) \$200.000 si el número de trabajadores es de 201 a 500; y, finalmente, d) \$300.000 si el empleador ostenta una plantilla de más de 500 trabajadores.

¹²⁸ Esta reclamación, que podrá realizarse personalmente o por correo al amparo de la sección 1601.8 del título 29 CFR, se formaliza ante la EEOC y es el paso previo a la reclamación judicial, denominada “*job discrimination lawsuit*”. El plazo para su formalización es de 180 días desde la producción del comportamiento discriminatorio *ex* sección 1601.13.a.1 del título 29 CFR.

3. La obligación de realizar ajustes razonables en España

3.1. La introducción de los “ajustes razonables” en España: La directiva 2000/78 CE y su transposición al ordenamiento jurídico español

La introducción de la obligación de realizar ajustes razonables en Europa se produjo a través de la Directiva 2000/78 CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Dir. 2000/78). La Directiva, al igual que la Convención, asume una naturaleza asimétrica¹²⁹ en el tratamiento legal de la discapacidad, esto es, excluye del ámbito protector y de la aplicación de las medidas previstas en la normativa a aquellas personas que no presentan una discapacidad en los términos definidos legalmente. Este hecho, sumado a la falta de una definición en la Dir. 2000/78 del concepto de personas con discapacidad *ha propiciado la proliferación de definiciones con matices diferentes en cada estado miembro*¹³⁰, y, en consecuencia, se ha dificultado la consolidación de una concepción homogénea e inclusiva en el ámbito de la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. No obstante, debe destacarse positivamente que, en su momento, la Dir. 2000/78 fue un avance importantísimo ya que obligó a los Estados Miembros a armonizar sus legislaciones, creando un marco común en materia de igualdad y no discriminación, que pese a sus defectos, supuso una primera intervención europea más que satisfactoria.

El artículo 5 de la Dir. 2000/78 contempla la obligación de realizar ajustes razonables basándose en la existencia de una dificultad en la interacción entre alguna característica individual del trabajador y el entorno en el que éste presta sus servicios, de tal forma que le impide cumplir con las funciones esenciales inherentes a su puesto de trabajo¹³¹. Así, la

¹²⁹ *Vid.* Waddington, L., “Not disabled enough”: how European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability, *European Journal of Human Rights*, n. 1, 2015, p. 14-15, y más en profundidad, Waddington, L. “Implementing the framework Employment Directive” en Lawson, A. y Gooding, C. (eds), *Disability rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005, p. 107 y pp. 113-117.

¹³⁰ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, p. 92 y Waddington, L. y Lawson, A., *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Commission, Luxemburgo, 2009, pp. 19-23.

¹³¹ *Vid.* Waddington, L., “Chapter Six, Reasonable Accommodation, Section 6.1.1”, en Schiek, D., Waddington L. y Bell, M. (eds.), *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Editorial Hart Publishing, Oxford,

obligatoriedad de los ajustes se justifica por la situación de desventaja y exclusión que genera la discapacidad en los distintos ámbitos de la relación laboral. Por lo tanto, los empleadores están obligados a reconocer las características individuales de los trabajadores con discapacidad¹³² y tomar las medidas oportunas para que no exista un trato diferenciado, eximiéndose del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables únicamente si se aprecia la existencia de carga excesiva. El legislador europeo opta, en este punto, por definir la carga excesiva de forma negativa; esto es, califica como no excesiva aquellos casos en los que las actuaciones a efectuar sean paliadas en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro.

A nivel español, la transposición de la obligación de realizar ajustes razonables se llevó a cabo mediante el artículo 38.2 de la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante, Ley 62/2003), que supuso la creación del artículo 37.bis.2 de la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de integración social de los minusválidos (en adelante, LISMI), actualmente derogado¹³³, dando así por cumplido el mandato del legislador europeo.

Un examen comparativo entre la redacción del artículo 5 de la Dir. 2000/78/CE y el artículo 37.bis LISMI muestra que la primera parte de la caracterización de la obligación de realizar ajustes razonables se mantiene prácticamente intacta. Sin embargo, el legislador español fue más allá de la Directiva en la determinación de la carga excesiva, exención ésta en la que se decidió concretar la expresión europea “[...] medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades¹³⁴” y se introducen diversos factores para valorar su apreciación, tales como “[...] las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa¹³⁵”.

2007, p. 631.

¹³² *Vid.* Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination...” *óp. cit.*, p. 13.

¹³³ La derogación de esta norma se produjo por la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, disposición ésta sobre la cual nos detendremos al final del presente apartado.

¹³⁴ *Vid.* artículo 5 *in fine* Dir. 2000/78.

¹³⁵ *Vid.* artículo 37.bis.2 *in fine* LISMI.

3.2 La configuración española de la obligación de realizar ajustes razonables

3.2.1. La caracterización de los ajustes razonables

En la actualidad, los ajustes razonables se definen en el artículo 2.m del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante RDL 1/2013), como *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida [...], para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*

Como característica inherente a la obligación, el legislador exige que los ajustes sean razonables. La razonabilidad ha sido una de las cuestiones que exigía una definición, ya que sólo aquellas adaptaciones que se consideren razonables se incluirán dentro del ámbito exigible de la obligación. En este sentido, el artículo 66 RDL 1/2013 define los factores¹³⁶ que deben tenerse en cuenta para que la modificación asuma el carácter de razonable, y se ha de señalar que resultan del todo adecuados. La diversidad de circunstancias que el legislador introduce para valorar la razonabilidad ofrece indicadores suficientes para efectuar una ponderación equilibrada, lo cual debe ser destacado positivamente.

El enfoque desde una perspectiva laboral de los ajustes razonables se halla previsto en el artículo 40.2 RDL 1/2013 y obliga al empresario a realizar las adaptaciones necesarias *con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.* La doctrina¹³⁷ ha entendido que puede hablarse de *una doble categoría de medidas a adoptar*, que incluirían: *a) las medidas estructurales, referidas a aspectos físicos o de accesibilidad, y b) las medidas organizativas que se vinculan a los aspectos relacionados*

¹³⁶ Concretamente, la norma exige considerar “los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”.

¹³⁷ Vid. Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo” en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 2004, p. 574, que cita a Garrido Pérez, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales*, n. 59, 2001, p. 184.

con la gestión del personal. Sin embargo, el legislador ofrece una definición general de los ajustes razonables que no establece ningún tipo de clasificación, extremo éste que debe ser criticado. Los efectos de esta omisión condicionan la eficacia del cumplimiento de la realización de ajustes razonables, toda vez que impide la delimitación efectiva del objeto de la obligación y no permiten establecer priorizaciones de cambios o adaptaciones en aras de modular la existencia de carga excesiva.

La generalidad del objeto de los ajustes razonables conduce a destacar el carácter universal de la obligación¹³⁸. El planteamiento del legislador español se construye apoyándose en la ambigüedad inherente en la expresión *medidas adecuadas* y la exigencia de que éstas se apliquen *en función de las necesidades de cada situación concreta*. Este esquema plantea problemas en la determinación del cumplimiento de la obligación, pues dificulta sustancialmente la detección de los ajustes a realizar y su tipología, generándose, en abstracto, infinitas opciones de ajuste. Además, la falta de precisión del término “medidas adecuadas”, agravado por la correlación que la norma establece respecto a una serie de ámbitos¹³⁹, ofrece un margen interpretativo excesivamente amplio, y debería prevalecer un enfoque que priorizase el mantenimiento del trabajador en el puesto de trabajo, y no sólo el desempeño de las tareas profesionales propio de aquel.

Desde un punto de vista subjetivo, el cumplimiento de la obligación objeto de estudio corresponde a los empresarios. A diferencia de la legislación americana, la norma no establece ninguna condición que el empresario deba cumplir, lo cual es sumamente positivo porque incide en la integración de las personas con discapacidad en aquellas empresas en las que no existe obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad¹⁴⁰. No obstante, la exclusividad¹⁴¹ del empresario como sujeto que debe cumplir la obligación limita el campo de exigencia de la norma únicamente a aquellas situaciones en las que exista relación laboral, descartando así supuestos análogos¹⁴² en los que no existe empresario y se

¹³⁸ *Vid. Ibid.*, p. 571.

¹³⁹ En este sentido, el artículo 40.2 RDL 1/2013 se refiere a “acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación”.

¹⁴⁰ El artículo 42.1 RDL 1/2013 prevé que la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad será exigible a aquellas empresas que empleen a 50 o más trabajadores.

¹⁴¹ *Vid.* De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en De Lorenzo, R. (Dir.) y Pérez Bueno, L.C. (Dir.): *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Thompson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 685.

¹⁴² Algunos ejemplos de dichas situaciones serían las condenas que supongan la

requieren adaptaciones.

Por otro lado, el sujeto que podrá exigir el cumplimiento de la obligación, y que a su vez se beneficiarán de ella, será cualquier persona con discapacidad que presten o vayan a prestar servicios en la organización o empresa, así como cualquier trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral. Sin ánimo de entrar a valorar el concepto de persona con discapacidad¹⁴³, resulta de interés reflexionar respecto a la exclusividad de las personas con discapacidad como únicos sujetos que pueden exigir y beneficiarse de esta obligación. La preocupación del legislador, tanto europeo como español, se ha centrado en las personas con discapacidad, omitiéndose otros colectivos que, paradójicamente, son los que originaron la existencia del concepto de ajuste razonable¹⁴⁴. En efecto, nos referimos, a aquellas personas que profesen una determinada religión, y a consecuencia de ello, necesiten la adaptación del puesto de trabajo para compatibilizar el ejercicio de la libertad religiosa *ex* artículo 16.1 C.E. con la prestación de servicios laboral. La tesis que defiende la ampliación del ámbito subjetivo pasivo ha sido defendida por la doctrina¹⁴⁵, que aboga por la inclusión de tales colectivos como sujetos pasivos que pueden exigir el cumplimiento de la ya citada obligación. La conveniencia de dar cabida a este tipo de situaciones dentro del ámbito subjetivo de la obligación objeto de estudio es capital y resultaría una vía idónea para materializar la igualdad real y efectiva predicada en el artículo 9.2 C.E. en relación con el art. 35.1 y 40.1 *in fine* C.E.

Otro punto sobre el que debemos detenernos en el análisis de la configuración de la obligación es su alcance objetivo. El artículo 40.2 RDL 1/2013 establece, en este sentido, “[...] acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la

realización de trabajos a la comunidad, enmarcadas como prestaciones personales obligatorias, la prestación de servicios en el ámbito de las relaciones laborales especiales de los deportistas profesionales con discapacidad, la prestación de servicios de las personas con discapacidad ingresadas en prisión o, tal y como señala Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 145, las entidades que imparten formación profesional, servicios de colocación o sindicatos que realicen formación u orientación profesional a trabajadores con discapacidad desempleados.

¹⁴³ A tal efecto, véase Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, pp. 89-96.

¹⁴⁴ Véase *in extenso* el apartado 1 del Capítulo I del presente estudio.

¹⁴⁵ *Vid.* Molina Navarrete, C., “Del “principio” al “derecho” de igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 251, vol. 2, 2004, p. 161.

formación [...]” como fines que la obligación de realizar ajustes razonables debe cumplir en relación a las personas con discapacidad. Esta delimitación incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral, y supone que podamos hablar de una caracterización permanente y dinámica de la obligación, que permitirá exigir su cumplimiento en cualquier momento de la relación laboral, o incluso en un estado previo a ésta. De hecho, el acceso al empleo y formación, el desempeño del trabajo y la progresión profesional coinciden temporalmente con el inicio y desarrollo de la relación laboral, lo que significa, tal y como ya se ha señalado, que la exigibilidad de la obligación se extenderá en cualquier momento desde el estadio previo a la relación laboral¹⁴⁶ hasta el desarrollo de la misma.

Finalmente, especial comentario merece el sistema arbitral introducido como novedad en el artículo 74 RDL 1/2013. El citado precepto prevé la creación, por parte del gobierno, de un sistema arbitral *que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación*. Si bien a día de hoy aún no se halla desarrollado, debe destacarse que su encaje en la obligación de realizar ajustes razonables es sumamente positivo *ex* artículo 66.2 *in fine* RDL 1/2013, ya que ofrece al trabajador una vía mucho menos costosa y más rápida que la judicial para denunciar aquellas irregularidades relativas al cumplimiento de la citada obligación, aunque requerirá el sometimiento voluntario de ambas partes. La composición del Tribunal Arbitral, que estarán integrados *por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias* *ex* artículo 74.3 RDL 1/2013, es una cuestión a destacar positivamente ya que permitirá que aquellas personas que acudan a esta medida voluntaria puedan obtener una respuesta por profesionales con una especial vinculación con el mundo de la discapacidad.

3.2.2 Los límites a la obligación de realizar ajustes razonables: La carga excesiva

La obligación de realizar ajustes razonables no es una obligación absoluta,

¹⁴⁶ La expresión *acceso al empleo*, constatada en el artículo 40.2 RDL 1/2013 incluye ineludiblemente los procesos de selección de personal en los que se presenten personas con discapacidad.

puesto que *existe una colisión frontal entre los derechos de los trabajadores y del empresario*¹⁴⁷ que exige analizar la razonabilidad de la medida. La norma ofrece *ex artículo 66.2 RDL 1/2013* una serie de factores que permiten determinar cuando los ajustes serán razonables.

Pero más allá del análisis de esta característica, esta obligación contempla una condición cuya existencia exige de su cumplimiento. Tal factor es la denominada carga excesiva, y se halla caracterizada en el párrafo segundo del artículo 40.2 RDL 1/2013. Para valorar si una carga es excesiva, el segundo párrafo del artículo 40.2 RDL 1/2013 prevé que *se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa*. Como puede observarse, el concepto de carga excesiva *no es un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresas*¹⁴⁸, y en consecuencia, se trata de un elemento cuya ponderación deberá valorarse *ad casum*.

La marcada necesidad de examinar en cada caso la magnitud de la carga que debe asumir el empresario deja patente una serie de deficiencias en la norma que deben ser objeto de comentario. La primera de ellas es la omisión como factor de la valoración de los efectos discriminatorios derivados de la no adopción de las medidas oportunas, particularidad ésta que si se tendrá en cuenta en el análisis de la ponderación de la razonabilidad del ajuste. Esta omisión, que ya existía en la normativa anterior, supone una evaluación absolutamente sesgada por un criterio económico que no tiene en cuenta el impacto que supone para la persona con discapacidad, tal y como ya señaló la doctrina¹⁴⁹, y se aparta de la finalidad protectora de la norma al intentar objetivizar la exención de la obligación.

Paralelamente, llama la atención que el legislador no establezca ningún criterio de prioridad en la valoración de los factores contemplados. El artículo 40.2 RDL 1/2013 enumera los elementos mencionados anteriormente, que serán tratados a continuación de forma individual, pero no establece ningún orden o prioridad en el análisis de los mismos. Este hecho dificulta una correcta ponderación de los factores determinantes de la carga excesiva y genera inseguridad jurídica a los operadores, que no ostentan ninguna referencia respecto a cómo valorar

¹⁴⁷ *Vid.* Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., *Igualdad de oportunidades, discapacidad...*, *óp. cit.*, p. 571.

¹⁴⁸ *Vid.* Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables...”, *óp. cit.*, p. 107.

¹⁴⁹ *Vid.* Esteban Legarreta, R. y Núñez González, C., *Igualdad de oportunidades, discapacidad...*, *óp. cit.*, p. 576.

los diversos condicionantes y qué importancia debe otorgarse a cada uno de ellos. Atendiendo a la importancia de la calificación como excesiva de la carga en aras del cumplimiento de la obligación objeto de estudio, sería deseable que se plasmasen una serie de pautas que ofrezcan un marco interpretativo de las distintas circunstancias que la integren, y permita, a cualquier empresario, conocer con cierta seguridad cuando una adaptación podría ser calificada como carga excesiva.

1) El papel de las ayudas públicas

El primero de los elementos plasmados en el artículo 40.2 RDL 1/2013 es la consideración de las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad. Concretamente, el legislador ha previsto su valoración a efectos de constatar si la realización de la adaptación *es paliada en grado suficiente* por las medidas estatales destinadas a las personas con discapacidad.

Si bien la *voluntas legislatoris* pretende que la valoración de la carga se supedite parcialmente a la batería de medidas de integración que el Gobierno apruebe en relación al citado colectivo, destaca negativamente que, ante un escenario sumamente pobre de este tipo de medidas, se plasme una conexión entre éstas y la determinación de la carga excesiva. En efecto, la incentivación del empleo de las personas con discapacidad en nuestro país no destaca precisamente por la cantidad de ayudas y subvenciones, siendo sus dotaciones más bien modestas¹⁵⁰, y en consecuencia, sorprende que el legislador abogue por adoptar un enfoque general sin indicar cómo debe ponderarse esta circunstancia así como tampoco cual es el significado de la expresión “suficiente”, que dependerá de la política de incentivos del Gobierno, en relación a las demás previstas en el artículo 40.2 RDL 1/2013. Es cierto que el artículo 66.2 RDL 1/2013 contempla la posibilidad de que las Administraciones públicas establezcan un régimen de ayudas para sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables, pero el legislador no se ha preocupado en exceso de construir un marco de medidas, ayudas y subvenciones suficiente para potenciar el cumplimiento de la obligación objeto de estudio.

De hecho, la única medida que se ajusta al objeto de la obligación de

¹⁵⁰ Para un estudio en profundidad de las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social y las subvenciones económicas directas en el marco del empleo de las personas con discapacidad, véase Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, n. 1, 2014, pp. 7-32.

realizar ajustes razonables es la subvención prevista en el artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos (en adelante RD 1451/1983). La concreción de la cuantía, los requisitos y las obligaciones del beneficiario, entre otras, las hallamos en la Orden de 13 de Abril de 1994 por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos que establece el capítulo II del R.D. 1451/1983. La cuantía de la subvención se constata en el artículo 1.2 de la citada Orden, y asciende a un máximo de 901,52.-Euros¹⁵¹, cantidad ésta que el legislador estipuló en el año 1994, mucho antes de la transposición de la Dir. 2000/78/CE, y cuyo importe no ha sido actualizado conforme a las fluctuaciones del Índice de Precios al Consumo (IPC).

Así pues, la escasa cantidad prevista para la subvención destinada a la adaptación de los puestos de trabajo pone de relieve el escaso protagonismo de este factor para ponderar la excesividad de la carga, y sumado a la vaguedad implícita en la expresión “*paliar en grado suficiente*”, suponen que no se defina el alcance y la repercusión de las ayudas y/o subvenciones públicas en la valoración de la exención.

II) Los costes de la adaptación del puesto de trabajo

Otros elementos que se valorarán para determinar la excesividad de la carga son *los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen*. El carácter marcadamente económico que deriva de valorar un parámetro económico como son los costes financieros, ya evidencia que el legislador, tanto europeo como español, ha querido plasmar una concepción basada en términos de eficacia económica, esto es, de comparación entre el coste que supone y el beneficio que se obtiene. No es de extrañar que en los tiempos que corren impere este enfoque economicista, pero lo que sí que debe ser objeto de crítica es la vaguedad de los términos en los que se formula. La perspectiva adoptada es excesivamente amplia, y genera inseguridad jurídica al no ofrecer ninguna pauta de cómo ponderar los costes en relación a los demás elementos. En este sentido, la expresión referida a costes *de otro tipo* contribuye, aún más, a generar incertidumbre respecto a qué tipo de costes se refiere la norma, siendo recomendable

¹⁵¹ La redacción original de la disposición prevé una cantidad máxima de *150.000 pesetas por trabajador minusválido (sic) contratado [...]*, cantidad ésta que al cambio en euros asciende a 901,52 Euros.

que el legislador procediera a definir, ya sea a través de ejemplos o en clave ilustrativa, que dificultades podrían incardinarse dentro de esta categoría.

Dicho esto, resulta evidente que el coste del ajuste y la capacidad financiera se constituyen como los factores más importantes, que no los únicos, en la estimación de la existencia de la carga excesiva. Sin embargo, existen otros parámetros que deberían introducirse, como por ejemplo el impacto que suponen sobre otros trabajadores la realización de los ajustes razonables, las posibilidades de financiación a las que la empresa u organización tienen acceso, el coste de oportunidad que supone no realizar la adaptación del puesto de trabajo o la atenuación de la importancia de los costes si se trata de una acomodación del puesto de trabajo que perdurará en la organización o empresa durante un largo periodo de tiempo, beneficiando así a distintos trabajadores/as con discapacidad.

III): El tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa

El último de los factores a los que se refiere el artículo 40.2 RDL 1/2013 exige considerar *el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa* para determinar si una carga es excesiva. La Dir. 2000/78/CE, en su artículo 5, no concretaba en la calificación de la carga excesiva este parámetro, y en consecuencia, nos encontramos ante un elemento que ha sido introducido por el legislador español. A priori, resulta positiva su inclusión, ya que permite adaptar el análisis de la carga excesiva a las dimensiones del sujeto obligado, y en consecuencia, añade una cierta proporcionalidad. Además, también debe destacarse que el añadido de esta expresión tiene en cuenta la diversidad del tejido empresarial existente en el Estado Español, y ayuda a valorar individualmente la concurrencia de carga excesiva. No obstante, sus efectos positivos se difuminan si tenemos en cuenta que no se ha concretado el encaje de la valoración del volumen de negocios como factor que contribuye, entre otros, a la exención de la realización de los ajustes razonables.

En otro orden de consideraciones, merece la pena destacar dos aspectos omitidos por el legislador en la regulación del tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa como elementos que condicionan la calificación de la carga excesiva.

El primero de ellos es el silencio de la norma respecto al fenómeno de los grupos de empresa. La organización de las unidades empresariales actual tiende cada vez más a la deslocalización regional, a través de subdivisiones, que comparten una apariencia externa unitaria, pero la

preocupación del legislador no ha transitado por estos derroteros, que los ha considerado de poca importancia, atendiendo a la referencia expresa a la *organización o empresa*. En este punto, sería deseable que el legislador contemplara la existencia de grupos de empresas como una circunstancia que reduzca el impacto que supone la realización de los ajustes razonables, y por lo tanto, dificulte la consideración como carga excesiva, atendiendo a la mayor disponibilidad de medios que este tipo de organizaciones ostentan.

El segundo aspecto que debe considerarse importante es la omisión, por parte del artículo 40.2 RDL 1/2013, de estimar como factor contribuyente a la calificación de la existencia de carga excesiva el hecho de que la empresa u organización se encuentre inmersa en dificultades económicas. Sorprende que no se haya tenido en cuenta una circunstancia tan estrechamente vinculada al coste de la medida y al volumen de negocio y tamaño de la empresa, como es la situación económica financiera de la organización, pues condiciona prácticamente la totalidad del cumplimiento de la obligación del deber de adaptación del puesto de trabajo. En este sentido, sería recomendable que la norma contemplase el análisis de la situación económica-financiera de la empresa u organización así como la existencia de circunstancias económicas adversas, como parámetros a tener en cuenta para la exoneración de la ya citada obligación de realizar ajustes razonables. No se trataría de considerar cualquier dificultad económica de forma general e indiferenciada, sino única y exclusivamente aquellas de carácter sostenido y debidamente acreditadas ante la autoridad laboral, como por ejemplo la inmersión de la organización en un proceso concursal o la necesidad de llevar a cabo procesos de reestructuración empresarial, entre otros.

3.2.3. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables

El RDL 1/2013 prevé que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables llevará aparejado diversas consecuencias, que pueden clasificarse en función de su naturaleza judicial o administrativa.

Dentro del primer grupo, cuya regulación se halla en el artículo 75 RDL 1/2013, encontramos todas aquellas peticiones que el trabajador puede dirigir a los tribunales para exigir el cumplimiento de la obligación, y que consistirán en la *adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho*, la petición de una indemnización

por daños y perjuicios, no limitada a una cantidad máxima en virtud del artículo 75.2 RDL 1/2013, y la solicitud de una cantidad en concepto de indemnización por daño moral, *que procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión*¹⁵². Estas acciones, que se formalizarán bajo el cauce procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas *ex* artículo 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), se tramitarán con carácter urgente y podrán incluir la solicitud de medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, al amparo del artículo 75.3 RDL 1/2013, petición ésta que podrá formalizarse mediante la solicitud de medidas cautelares prevista en el artículo 180 LRJS, a fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia.

El segundo grupo lo componen las sanciones administrativas que podrán imponerse al empresario como consecuencia del incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. El régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se halla previsto en los artículos 78 a 105 RDL 1/2013, régimen éste que es una de las novedades que ha traído consigo la entrada en vigor del RDL 1/2013.

La estructura por la que ha optado el legislador ha sido establecer un marco común de infracciones y sanciones a nivel estatal y delegar la tipificación de las mismas a los legisladores autonómicos con algunas precisiones¹⁵³, ello sin perjuicio de una serie de infracciones y sanciones tipificadas en los artículos 95 y 96 RDL 1/2013 que se aplicarán cuando las conductas infractoras se proyecten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma.

En materia de ajustes razonables, el artículo 81.3.b RDL 1/2013 establece “[...] *la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable* [...]” como infracción grave, calificación ésta que económicamente se traduce en la imposición de una sanción, que será objeto de cuantificación por las Comunidades Autónomas en su legislación, en el marco de un intervalo situado entre los 300 euros y los 90.000 euros¹⁵⁴ al amparo del artículo 83.3 RDL 1/2013.

¹⁵² *Vid.* artículo 75.2 RDL 1/2013.

¹⁵³ Por ejemplo, el artículo 81.3 RDL 1/2013 impone la consideración como infracción grave a diversos comportamientos detallados en el citado precepto, asegurando así que tales conductas serán tipificadas y sancionadas de forma especialmente ejemplar.

¹⁵⁴ Nótese que el intervalo descrito se plasma considerando los mínimos establecidos en

Además, la Administración tendrá la posibilidad de aplicar una sanción accesoria consistente en *la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un periodo máximo de un año*, en virtud del artículo 85.1 RDL 1/2013.

4. Conclusiones

En líneas generales, el estudio de la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables desde una perspectiva americana y española pone de relieve que si bien la definición de la obligación y sus características son prácticamente idénticas, existen ámbitos en los que las normativas no convergen y se producen efectos distintos en la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, derivados de características únicas de la cultura jurídica a la que pertenecen.

Analizando en detalle la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU., se ha detectado una definición progresiva del contenido de la obligación, fruto de los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia americana, evolucionando hacia una perspectiva normativa más inclusiva, dado que uno de los principales problemas que presentaba la legislación fue una caracterización sumamente restrictiva del concepto de persona con discapacidad. Debe destacarse en este punto el papel de la jurisprudencia que, si bien en ocasiones ha adoptado una visión sumamente restrictiva de la norma, ha contribuido positivamente a enriquecer el cumplimiento de la obligación, ofreciendo una casuística que permite detectar las carencias normativas, suplirlas por la vía judicial y ofrecer seguridad jurídica a los operadores. Además, la intervención de la EEOC ha sido clave en este proceso, que se ha encargado de asegurar la eficacia, en sede judicial, de la ADA al impulsar la mayoría de procedimientos judiciales, que han derivado en interpretaciones más beneficiosas para las personas con discapacidad, y la creación de criterios interpretativos relativos a la obligación de realizar ajustes razonables que clarifican su cumplimiento. Por último, las consecuencias del incumplimiento de la obligación han contrastado con el progresivo

la norma, y en este sentido, ésta remite a los legisladores autonómicos a que regulen las cantidades a satisfacer en concepto de sanción grave. Una referencia más ajustada a las cuantías sancionadoras por sanciones graves puede hallarse en el artículo 96.b RDL 1/2013, relativo a la cuantificación de las sanciones derivadas de conductas infractoras que se proyecten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, estableciéndose un mínimo de 30.001 euros y un máximo de 90.000 euros.

ensanchamiento del concepto de persona con discapacidad. En efecto, si bien las cuantías previstas para las indemnizaciones son sumamente elevadas (entre \$50.000 y \$300.000), su estimación se excluye si ha existido buena fe empresarial durante el proceso de cumplimiento de la obligación, hecho éste que reduce sustancialmente la protección conferida a los trabajadores con discapacidad. Es cierto que la sección 2000e-5.g.1 del título 42 U.S.C. ofrece diversos recursos como el percibo de los salarios devengados de forma retroactiva o la readmisión del trabajador, entre otros, pero tales medidas son insuficientes para suavizar el impacto de las exigencias prescritas en materia indemnizatoria.

A nivel español, la caracterización de la obligación se ha mantenido prácticamente intacta desde su transposición, probablemente por la inexistencia de un organismo que se encargue de judicializar el incumplimiento de la obligación objeto de estudio. En este sentido, se echa de menos que la normativa española no haya concretado la vaga definición plasmada por el legislador europeo, lo cual resta fuerza a las previsiones normativas en materia de accesibilidad. Ahora bien, el legislador español ha introducido algunas mejoras que deben ser destacadas positivamente, tales como la concreción de los factores que constituyen la razonabilidad del ajuste, la extensión de la obligación a cualquier empresario, independientemente del número de trabajadores, la posibilidad de acudir a un arbitraje que actúa como método alternativo de solución de conflictos, la no limitación del *quantum* indemnizatorio a solicitar por el trabajador con discapacidad, así como la introducción de un régimen de infracciones y sanciones previsto que, al fin, condena económica el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

En cuanto a la determinación de la carga excesiva, la legislación española presenta un limitado desarrollo de sus elementos, lo cual limita la exigencia de la obligación. La plasmación de pautas que ofrezcan un marco interpretativo de las distintas circunstancias y el peso de cada una de ellas en la determinación de la carga excesiva es una de las cuestiones más urgentes a abordar, y junto a la concreción de los distintos factores que la constituyen, ponen de relieve la necesidad de desarrollar reglamentariamente la obligación objeto de estudio.

En síntesis, se observa que la concepción europea de la obligación objeto de estudio no presenta restricciones que impidan una aplicación generalizada, y en este sentido, el legislador español ha introducido elementos que facilitan el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, su exigencia no alcanza las cotas que se observan en E.E.U.U., país éste en el que ha existido una mayor conciencia del cumplimiento de la obligación,

aún ostentando una legislación más restrictiva, fruto de la intervención de la EEOC, que ha jugado un papel fundamental en el enriquecimiento jurisprudencial de la regulación de los ajustes razonables. Es por ello que sería recomendable que el legislador español crease un organismo que se encargase de asegurar la aplicación del RDL 1/2013, y judicializase los incumplimientos de la obligación de realizar ajustes razonables.

5. Bibliografía

- Acemoglu, D. y Angrist, J. D., “Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act”, *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5, 2001.
- Annas, K. R., “Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams: part of an emerging trend of Supreme Court cases narrowing the scope of the ADA”, *North Carolina Law Review*, vol. 81, n. 2, 2003.
- Autry, J. R., “Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say "YES" But the Law Says "NO"”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2003.
- Barhorst Stacie, E., “What Does Disability Mean: The Americans with Disabilities Act of 1990 in the Aftermath of Sutton, Murphy, and Albertsons”, *Drake Law Review*, vol. 48, 1999.
- Barry, K., “Toward Universalism: What the ADA Amendments Act of 2008 Can and Can't Do for Disability Rights”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 31, n. 2, 2010.
- Befort, S., “An Empirical Analysis of Case Outcomes Under the ADA Amendments Act”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 70, 2013.
- Blanck, P. *et al.*, “Calibrating the Impact of the ADA’s Employment Provisions”, *Stanford Law & Policy Review*, vol. 14, n. 2, 2003.
- Burgdorf, R. L. y Robert L., *Disability discrimination in employment law 1*, Washington, Bureau of National Affairs Books, 1995.
- Brandfield, J., “Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act”, *Fordham Law Review*, vol. 59, n. 1, 1990.
- Burgdorf, R., “Restoring the ADA and Beyond: Disability in the 21st Century”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, vol. 13, n. 2, 2008.

- Cordero Gordillo, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- De Lorenzo, R. y Cabra de Luna, A., “Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal”, en De Lorenzo, R. (Dir.) y Pérez Bueno, L. C. (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- Deleire, T., “The Unintended Consequences of the Americans with Disabilities Act”, *Regulation*, vol. 23, n. 1, 2000.
- Duncan, A., “Defining disability in the ADA: Sutton v. United Airlines, Inc”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, n. 3, 2000.
- Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D., “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 2, n. 1, 2014.
- Esteban Legarreta R. y Nuñez González, C.: “Igualdad de oportunidades, discapacidad y empleo”, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 2004.
- Garrido Pérez, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas laborales*, n. 59, 2001.
- Jolls, C., “Accommodation mandates”, *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000.
- Kruse, D. y Schur, L., “Employment of People with Disabilities Following the ADA”, *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, vol. 42, n. 1, 2003.
- Long, A., “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008”, *Northwestern University Law Review*, vol. 10, 2008.
- Molina Navarrete, C., “Del “principio” al “derecho” de igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 251, vol. 2, 2004.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas laborales*, n. 127, 2014.
- Schiek, D., Waddington, L. y Bell, M. (eds.), *Cases, Material and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Editorial

- Hart Publishing, Oxford, 2007.
- Schulze, M., *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Personas with Disabilities*, Handicap International, Nueva York, 2010.
- Smith-Duer, B., “Too Disabled or Not Disabled Enough: Between a Rock and a Hard Place after *Murphy v. United Parcel Service, Inc.*”, *Washburn Law Journal*, vol. 39, n. 2, 2000.
- Stein, M. A. “Labor Markets, Rationality, and Workers with Disabilities”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 21, 2000.
- Thornton P. y Lunt, N., *Políticas de empleo para personas con discapacidad en dieciocho países occidentales*, Editorial Escuela Libre, Madrid, 1998.
- Waddington, L., “Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability”, *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 15, nn. 1-2, 2015.
- Waddington, L., “Not disabled enough”: how European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability, *European Journal of Human Rights*, n. 1, 2015.
- Waddington, L. y Lawson, A., *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Commission, Luxemburgo, 2009.
- Waddington, L., “Implementing the framework Employment Directive”, en Lawson, A. y Gooding, C. (eds), *Disability rights in Europe. From theory to practice*, Hart, Oxford, 2005.

Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral*

M. Carmen AGUILAR MARTIN**

RESUMEN: Políticas, planes, programas, estrategias (...) un sin fin de documentos públicos con un objetivo común: reducir el desempleo y conseguir la colocación de todas aquellas personas en situación y con voluntad de conseguir un empleo. Para ello, todos los entes públicos y privados nacionales, europeos e internacionales deben coordinarse en la puesta en marcha y ejecución de las diferentes medidas, con el propósito de conseguir tales fines. En este artículo de investigación se analizan en profundidad los diferentes mecanismos públicos de actuación puestos en marcha sobre los jóvenes para mejorar su empleabilidad, fomentar el autoempleo y por último, de apoyo institucional mediante una triple vía: el asesoramiento, la intermediación y el fomento-protección específica al colectivo mediante el nuevo sistema de garantía juvenil.

Palabras clave: Jóvenes, transición al trabajo, políticas públicas de empleo, empleabilidad, autoempleo y garantía juvenil.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación conceptual de “joven”. 3. Mecanismos públicos de actuación sobre los jóvenes. 3.1. Empleabilidad: mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Formación. 3.2. Autoempleo: medidas de fomento del autoempleo. 3.3. Apoyo institucional: asesoramiento, intermediación y fomento-protección social (Sistema de Garantía Juvenil). 4. Apunte sobre otras actuaciones en Europa para favorecer la transición en la incorporación de los jóvenes al trabajo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD denominado DER-2013-42759R: DERECHO DEL TRABAJO Y CRISIS ECONÓMICA II: LAS RESPUESTAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, en el seno del Grupo de investigación del Gobierno de Aragón S07 DERECHO DEL TRABAJO-UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

** Profesora de la Universidad de Zaragoza.

1. Introducción

En Europa, pero en mayor medida en España, es alarmante la situación en la que se encuentran los jóvenes al finalizar su etapa educativa, pues una parte muy importante de los mismos tiene grandes dificultades para su incorporación al mundo laboral.

La crisis, la globalización, la revolución tecnológica son elementos que condicionan las políticas de los estados y que generan una situación cambiante en nuestro entorno. Sin embargo, la crisis no ha afectado a todos por igual, sino que las circunstancias son diferentes para cada colectivo, por lo que según si se trata de jóvenes, parados de larga duración, mujeres, hombres, discapacitados, (...) podemos encontrar unas cifras significativamente diferentes.

Dentro de este proceso de adaptación a los cambios están, como sujetos pasivos, los trabajadores y aún por llegar a serlo, los jóvenes que buscan un hueco en el mercado de trabajo. En particular, estos jóvenes que ahora no trabajan están sufriendo gravísimas consecuencias, entre otras, carecen de una perspectiva profesional-laboral, no pueden formar una familia (por escasez de rentas), tampoco pueden contribuir al mantenimiento de las pensiones ni siquiera al suyo propio (dependen de los padres u otros familiares) y todo ello también afecta al resto de trabajadores, hasta el punto de que tienen un mayor riesgo de exclusión social y más probabilidad de sufrir un problema de salud, tal y como reconoce la Comisión Europea¹⁵⁵. Sin duda, se trata de un problema de calado que afecta al presente y al futuro de generaciones enteras, de manera que conseguir resolver con éxito la cuestión del desempleo joven no solo conducirá a alcanzar las aspiraciones de los jóvenes de una vida mejor sino también la consecución del bienestar en general de la propia sociedad¹⁵⁶, y así es visto también por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT).

Esta situación afecta negativamente a principios y derechos como la igualdad de condiciones en el empleo y la no exclusión de ningún colectivo de trabajadores, pues en este último periodo de tiempo han aumentado las desigualdades y la brecha social. Así, tanto la Unión Europea como los Estados Miembros orientan sus esfuerzos para revertir la situación, de modo que dirigen determinadas acciones positivas hacia los colectivos de trabajadores denominados “desfavorecidos”¹⁵⁷, esto es

¹⁵⁵ Comisión Europea, *Promover el empleo juvenil*, Bruselas, 5 de diciembre de 2012, COM (2012) 727 final, p. 2.

¹⁵⁶ OIT, *Report V: The youth employment crisis: Time for action*, 2012, pp. 3 y 4.

¹⁵⁷ Para el Reglamento (CE) n. 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002

aquellos que estadísticamente se ha comprobado que tiene mayores dificultades para encontrar empleo. En este sentido tratan de orientar las actuaciones de los Estados Miembros, de manera que se puedan establecer los medios adecuados para poner fin a esta situación de incertidumbre y de crisis mediante la coordinación y la colaboración en la elaboración de políticas, planes y estrategias que den un giro en favor de unas mejores condiciones de empleo para todos los trabajadores y sobre todo, que permitan el acceso o la entrada de nueva mano de obra en el mercado de trabajo. Entre tanto, una parte de esos esfuerzos se orientan para que esa mano de obra “nueva” esté lo mejor cualificada posible y sea adecuada a la oferta de puestos de trabajo hecha por las empresas.

La justificación de que existan estos colectivos es un paradigma complejo, de carácter subjetivo, con multitud de variables, y lo peor, difícil de atajar¹⁵⁸. Una corriente mayoritaria encuentra la justificación en la falta de experiencia laboral que, a su vez, se traduce en una menor producción y por ende, en empresas menos competitivas. A cambio, con carácter general, las empresas ofrecen unas condiciones de empleo más precarias¹⁵⁹

relativo a la *aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a la ayudas estatales para el empleo*, se entiende como “trabajador desfavorecido” todo joven de menos de 25 años que aún no haya tenido su primer empleo fijo remunerado, a los efectos de los seis primeros meses tras su contratación.

¹⁵⁸ Según reza el considerando n. 23 del Reglamento (CE) n. 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la *aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a la ayudas estatales para el empleo*, determinadas categorías de trabajadores experimentan especiales dificultades a la hora de encontrar trabajo porque los empleadores consideran que son menos productivos. Esta imagen de menor productividad puede deberse o bien a su falta de experiencia laboral reciente (por ejemplo, trabajadores jóvenes, parados de larga duración) o a una minusvalía permanente. La ayuda al empleo destinada a alentar a las empresas a contratar estas categorías de personas se justifica porque la menor productividad de estos trabajadores reduce el beneficio económico para la empresa y porque los trabajadores también se benefician de la medida y es probable que queden excluidos del mercado laboral a menos que se ofrezcan incentivos de esta índole a los empleadores.

¹⁵⁹ En este sentido, “lejos de generar empleo, la precariedad (teniendo la temporalidad como uno de sus factores más relevantes) conduce sistemáticamente a una reducción en la calidad de los trabajos, a una mayor siniestralidad, a una rebaja constante de los salarios, a mayores dificultades de acceso a la formación, a la cuasi imposibilidad de obtener la tutela y la representación colectiva frente al empresario y es, en definitiva, un camino abonado hacia la exclusión social. De esta manera, el empleo temporal, y en mayor medida si éste afecta a los jóvenes, permite un aumento de la explotación de los trabajadores, apoyándose en la disminución de la capacidad de resistencia de éstos, en su baja sindicación y en su precaria situación vital”, tal y como afirma Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por la vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, n. 6, Universidad

en forma de contratación temporal, salarios más bajos, funciones no acordes con el salario, etc.

Para tratar de compensar este desequilibrio en las condiciones, viene siendo ya habitual que los Gobiernos adopten algunas medidas legislativas orientadas al fomento del empleo, a promover la contratación indefinida, también medidas para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia¹⁶⁰, entre otras. En esta línea, en España destaca el nuevo Sistema de Garantía Juvenil¹⁶¹ y la reciente Ley publicada en esta materia, la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y de otras medidas del orden social¹⁶².

En cuanto a los resultados de dichos cambios, con carácter general, son tímidos los “logros” conseguidos hasta la fecha en la reducción del desempleo, pues los datos hablan por sí solos. Así, lejos de conseguir el objetivo de pleno empleo recogido en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la tasa de paro de la UE-28 está situada (en junio de 2015) en el 9,6%, mientras que en España llega al 22,5%, tan sólo es superada por Grecia con un 25,6% (si bien de esta última el dato es de marzo de 2014)¹⁶³.

Si además tenemos en cuenta los datos según colectivos, concretamente los datos de desempleo de la población joven¹⁶⁴, todavía empeora más la situación, pues las cifras suben hasta alcanzar el 49.2% en España en junio de 2015, mientras que en Europa la tasa se sitúa en un 20,7%, siendo España el país con la mayor tasa de paro para este colectivo¹⁶⁵.

Dentro de este contexto, otro factor que se ha medido estadísticamente es el nivel de empleo según el nivel educativo de la población y se ha

de Alcalá Servicio de Publicaciones, 2013.

¹⁶⁰ *Vid.* Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014).

¹⁶¹ *Vid.* Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la *Garantía Juvenil* (DOUE C 120/1 de 26 de abril de 2013).

¹⁶² BOE de 29 de julio de 2015. Sin ánimo de ser exhaustivos, la Ley 25/2015, de 28 de julio, contiene medidas como: un mínimo exento de cotización a la seguridad social para favorecer la creación de empleo indefinido, bonificaciones en la cotización de los trabajadores autónomos y entre otras, ampliación en la edad de los jóvenes que pueden acceder al sistema de garantía juvenil.

¹⁶³ Según datos de Eurostat.

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Unemployment_rates,_seasonally_adjusted,_June_2015.png

¹⁶⁴ Según las estadísticas de la UE, la población joven se considera a mayores de 15 y menores de 25 años.

¹⁶⁵ Según datos de Eurostat.

<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=teilm021&plugin=1>

comprobado que a mayor nivel educativo mayor tasa de empleo¹⁶⁶, por lo tanto, a menor formación mayor probabilidad de estar desempleado y mayor probabilidad de estar más tiempo desempleado¹⁶⁷.

En este sentido, la Unión Europea insiste en avanzar en la educación de los jóvenes y propone que se realicen cambios en el sistema educativo, de manera que se inculquen y se trabajen conocimientos y competencias relacionadas con el emprendimiento, las nuevas tecnologías, los idiomas, la mejora de la calidad de la formación profesional, se fomenten capacidades como en trabajo en equipo, la resolución de conflictos y otras habilidades sociales para un mejor desempeño laboral. Se pone hincapié en la coordinación de la formación con las empresas y con los agentes sociales de manera que la formación pueda encaminarse hacia las necesidades de las empresas¹⁶⁸. Así, entre otros¹⁶⁹, en la Comunicación¹⁷⁰ *Un nuevo concepto de educación: invertir en las aptitudes para lograr mejores resultados socioeconómicos*, la Comisión anima a los Estados miembros a introducir reformas en sus sistemas educativos, a fin de dotar a los jóvenes de las aptitudes adecuadas para poder trabajar.

¹⁶⁶ Según datos de Eurostat. [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Employment_rate_by_highest_level_of_education,_age_group_25%E2%80%9364,_2014_\(%25\)_YB16.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Employment_rate_by_highest_level_of_education,_age_group_25%E2%80%9364,_2014_(%25)_YB16.png)

¹⁶⁷ Se recomienda ver figura 1, en el documento elaborado por la UE sobre “*Participation of Young people in education and the labour market*”.

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Participation_of_young_people_in_education_and_the_labour_market

¹⁶⁸ En este mismo sentido, la Comisión Europa *Juventud en Movimiento. Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea*, adoptada el 15 de septiembre de 2010, COM(2010) 477 final, p. 5 afirma que la orientación laboral debe consistir en “una idea clara de las oportunidades de empleo”.

¹⁶⁹ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Juventud en Movimiento. Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente e integrador en la Unión Europea*, adoptada el 15 de septiembre de 2010, COM(2010) 477 final. También Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil*, adoptada el 19 de junio de 2013, COM(2013) 447 final.

¹⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Un nuevo concepto de educación: invertir en las aptitudes para lograr mejores resultados socioeconómicos*, adoptada el 20 de noviembre de 2012, COM (2012) 669 final.

2. Delimitación conceptual de “joven”

Según la Real Academia Española se define joven como “persona que está en la juventud” o también “de poca edad”. Sin embargo, no viene determinada la edad.

Tampoco podemos encontrar la definición de joven dentro del ordenamiento jurídico laboral, tan sólo hay alusiones a la edad relacionadas con: la capacidad para contratar y/o trabajar, algunos límites en cuanto al tiempo de trabajo, tipos de contratos (según la edad), medidas específicas en materia de prevención de riesgos laborales y sobre todo, algunas medidas de fomento de la contratación. Por ejemplo, dentro del Estatuto de los Trabajadores se regula la edad para establecer límites y restricciones a la contratación de menores de edad¹⁷¹ o a la realización de determinados tipos de trabajos¹⁷² (por ejemplo trabajo nocturno) o también se tiene en cuenta la edad cuando se regula el tiempo de trabajo (por ejemplo horas extras¹⁷³), pero no se hace referencia a la juventud. Al hilo de estos límites, en España sólo está permitido trabajar a los mayores de dieciséis años con la única excepción¹⁷⁴ de los menores artistas en espectáculos públicos bajo determinadas condiciones, mientras que en la mayoría de los países de la UE este límite se encuentra fijado en los quince¹⁷⁵ años.

Más allá de una definición legal, sí podemos encontrar alusiones dentro de nuestro ordenamiento jurídico a los jóvenes, sobre todo en materia de Política de Empleo, precisamente por tratarse de uno de los colectivos con mayores dificultades para la incorporación al mercado de trabajo¹⁷⁶.

A nivel europeo, podemos hallar referencias a los jóvenes en múltiples directivas, un ejemplo de ello es la Directiva 94/33, la cual define “joven” a los efectos de la aplicación de la misma como “a toda persona menor de 18 años contemplada en el apartado 1 del artículo 2¹⁷⁷”, esto es, a toda persona menor de 18 años “que tenga una relación o un contrato de

¹⁷¹ Según el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores “Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años”.

¹⁷² Según el artículo 6.2 del Estatuto de los Trabajadores “Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno (...), declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos (...)”.

¹⁷³ Vid. Artículo 6.3 Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷⁴ Vid. Artículo 6.4 Estatuto de los Trabajadores.

¹⁷⁵ Excepto: Italia, Reino Unido, Islandia y Noruega que, al igual que en España, son dieciséis años.

¹⁷⁶ Ejemplo de ello son cualquiera de las normas que se citan en este artículo.

¹⁷⁷ Vid. Artículo 3 de Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 relativa a la *protección de los menores en el trabajo*.

trabajo definido en la legislación vigente en un Estado miembro o regulado por la legislación vigente en un Estado miembro”.

Dadas las circunstancias, un paso más en la normativa es relacionar al joven con el concepto de trabajador desfavorecido. Así, el Reglamento (CE) núm. 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo¹⁷⁸ define, dentro de su ámbito de aplicación, al “Trabajador desfavorecido” como “toda categoría de personas que tengan dificultades para introducirse en el mercado de trabajo sin ayuda, es decir personas que reúnan al menos una de las siguientes características: i) todo joven menor de 25 años o haya finalizado su educación a tiempo completo en los 2 años anteriores y que no haya tenido antes un primer empleo fijo remunerado”. Ya antes el mismo órgano de la UE y en la misma materia, en el Reglamento (CE) núm. 68/2001 definió al “trabajador desfavorecido” como “todo joven de menos de 25 años que aún no haya tenido su primer empleo fijo remunerado, a los efectos de los seis primeros meses tras su contratación”.

En definitiva, no hay una definición única de joven, sino que el concepto va evolucionando en función de las circunstancias del momento y del ámbito de aplicación de las diferentes normativas. Sin embargo, la tónica general en España, teniendo en cuenta que las medidas que fomentan la contratación incluyen a jóvenes hasta los 30 años, podríamos hacer una aproximación general al concepto para incluir a aquellos individuos de edad comprendida entre los 16 y 29 años, en algunos casos incluidos hasta los 30 años. Para el caso de discapacitados la edad se suele ampliar, normalmente, hasta los 35 años. Mientras en Europa se suelen incluir dentro de este concepto a los menores de 25 y mayores de 15 años.

3. Mecanismos públicos de actuación sobre los jóvenes

Lograr la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo es uno de los principales objetivos de las políticas de empleo. El siguiente paso es conseguir mejorar las condiciones de trabajo de los mismos mediante empleo estable y de calidad.

Por el momento se han hecho algunos cambios, más bien coyunturales, relacionados con la flexibilización externa, esto es, se ha favorecido la entrada al mercado de trabajo, básicamente fomentando la contratación

¹⁷⁸ DOCE de 13/12/2002.

temporal¹⁷⁹ o la contratación indefinida (con un criticado y conflictivo período de prueba de un año¹⁸⁰), nos referimos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, también se han mantenido las ya clásicas bonificaciones a la seguridad social para la transformación en indefinidos¹⁸¹ de determinados tipos de contratos y colectivos y se han modificado los contratos formativos. Pero faltan por producirse cambios más profundos, aquellos más bien estructurales que sienten las bases para la mejora de la situación de los jóvenes, por ejemplo: en el sistema educativo (a todos los niveles), en la conciencia o cultura social y otros, aparentemente más sencillos de conseguir, relacionados con la simplificación de trámites burocráticos y administrativos para la gestión de la actividad económica o profesional y/o la creación de empresas.

En esta línea, tanto la Unión Europea, una vez se ha hecho eco de la situación de los Estados Miembros, como, en este caso, el gobierno de España, una vez concienciado de la situación social, educativa y laboral de los jóvenes, han puesto en marcha distintos planes¹⁸², programas¹⁸³ y estrategias¹⁸⁴ para revertir la situación¹⁸⁵. Básicamente se actúa en tres

¹⁷⁹ Por ejemplo mediante la suspensión temporal del apartado 5 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁸⁰ *Vid.* Auto de 4 de marzo de 2014, Juzgado de lo Social n. 23 Madrid. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁸¹ *Vid.* Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

¹⁸² El último publicado es el Plan Anual de Política de Empleo para 2015, según Resolución de 29 de julio, de la Secretaría de Estado de Empleo (BOE de 11 de agosto de 2015). A nivel europeo, podemos reseñar el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020. En relación al plan anual anterior, se recomienda lectura de Sempere Navarro, A. V., “El plan anual de política de empleo (2013)”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2013, vol. 6, n. 7, pp. 15 a 30

¹⁸³ Recientemente aprobados el Programa Operativo de Empleo Juvenil y el Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social, ambos publicados en (BOE de 28 de julio de 2015).

¹⁸⁴ Destacan la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven (2013-2016), Estrategia Española de Activación para el Empleo (2014-2016) publicada en el BOE de 23 de septiembre de 2014 (Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre) y la Estrategia Plurianual de Políticas de Activación para el Empleo.

¹⁸⁵ *Vid.* Estudio de la evolución del empleo y de la situación social en Europa de 2014. Fruto de la reflexión sobre el Estudio, según nota de prensa de la Comisión Europea, Marianne Thyssen, Comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, ha manifestado lo siguiente: “La creación de empleo es nuestra tarea más urgente y el legado de la crisis hace el reto sea mucho mayor. El presente estudio concluye que es necesario llevar a cabo reformas estructurales, así como medidas para apoyar el consumo y la demanda. La ofensiva de

frentes: empleabilidad, autoempleo y apoyo institucional mediante el asesoramiento, la intermediación y el fomento y la protección social, de los cuáles se ocupan los siguientes apartados.

3.1. Empleabilidad: mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Formación

Uno de los principales objetivos a nivel nacional e internacional de las políticas de empleo consiste en mejorar la empleabilidad de los jóvenes¹⁸⁶, esto es, mejorar la capacidad potencial de incorporarse y permanecer en el mercado laboral, en suma, mejorar las posibilidades personales para encontrar empleo y/o adaptarse a un mercado de trabajo en continuo cambio¹⁸⁷.

La misma OIT en el año 2004 expresaba: “El término empleabilidad se refiere a las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o a cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”. De lo que se infiere que educación y empleabilidad van unidos de tal forma que la primera es el medio para lograr la segunda. Así, tal y como recoge la OIT¹⁸⁸ “El desarrollo de las calificaciones es un medio básico para facilitar la transición de los jóvenes hacia el trabajo. Se requiere un enfoque integral que facilite la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo y que incluya la formación profesional pertinente y de calidad, la información sobre el mercado de trabajo, la orientación profesional y los servicios de empleo, y el reconocimiento de los conocimientos adquiridos con anterioridad, integrando el fomento de la capacidad empresarial en la formación y realizando una previsión eficiente de las calificaciones. Contar con una mejor educación y con calificaciones profesionales básicas es particularmente importante para la formación

inversión de la Comisión Juncker contribuirá a la consecución de una diferencia real y sustancial en estos ámbitos cruciales”.

¹⁸⁶ “Mejorar la empleabilidad de los jóvenes y desarrollar el Plan de Implementación de la Garantía Juvenil en España” es el primer objetivo estratégico del Plan Anual de Empleo para el año 2015 según el acuerdo adoptado en la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales el 29 de julio de 2014.

¹⁸⁷ Definición ofrecida por el glosario de términos del Ministerio de Educación Cultura y Deporte. <http://todofp.es/todofp/glosario.html#E>

¹⁸⁸ *Vid.* OIT “Calificaciones para el empleo de los jóvenes”.

<http://www.ilo.org/skills/areas/skills-for-youth-employment/lang-es/index.htm>

permanente de los jóvenes, así como para su transición hacia el mercado de trabajo”.

No es un concepto nuevo, la empleabilidad ya se contemplaba antes de la crisis como un objetivo a alcanzar. En el mismo Tratado de Funcionamiento de la UE (artículo 145) se recoge la necesidad de potenciar “una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico”. Por lo tanto, una “mano de obra (...) adaptable” es una mano de obra que lleva implícita la empleabilidad.

En este sentido, una de las Conclusiones de la OIT en su reunión celebrada en 2005 sobre la promoción de vías para acceder a un trabajo decente para los jóvenes fue: “La educación, la formación profesional, las capacidades básicas, incluidas la alfabetización y la aritmética elemental, los servicios del mercado de trabajo, la experiencia profesional y, la concienciación de los derechos laborales y la seguridad y la salud en el trabajo son elementos esenciales de toda política integral destinada a fomentar la empleabilidad de los jóvenes”. Años más tarde (en 2009), en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo se definió empleabilidad como “uno de los resultados fundamentales de una educación y de una formación de alta calidad”. Ésta abarcaba las calificaciones, los conocimientos y las competencias que aumentan la capacidad de los trabajadores para conseguir y conservar un empleo, que mejoran su trabajo y su adaptación al cambio, que tienen la posibilidad de elegir otro empleo cuando lo deseen o pierdan el actual, y que logran integrarse más fácilmente en el mercado de trabajo en los diferentes períodos de sus vidas. Reconoce la Conferencia que las personas son más empleables cuando han adquirido una educación y una formación de base amplia con calificaciones básicas y transferibles de alto nivel, incluido el trabajo en equipo, la capacidad para resolver problemas, las tecnologías de la comunicación y la información, el conocimiento de idiomas, la comunicación y capacidad para aprender a aprender, así como las competencias para protegerse a sí mismas y cuidar a sus compañeros contra los riesgos y las enfermedades profesionales.

La empleabilidad analizada desde un punto de vista multidisciplinar es una cualidad de la persona que va asociada diferentes factores internos y también externos (ajenos al control de la persona pero influyentes en la misma):

- De la persona-trabajador: los rasgos psicológicos de la persona (que se traducirán en habilidades sociales valoradas por las empresas en el momento de la selección de personal o en el momento de permanecer en la empresa), la formación (sistema educativo y académico), las

competencias y habilidades adquiridas por el trabajador a lo largo de su vida (por ejemplo, capacidad para resolver conflictos, trabajo en equipo, etc.).

- De la empresa: por un lado, las necesidades para adaptarse al entorno globalizado y competitivo y por otro, las herramientas de que dispone aplicando el sistema normativo. Así en función de estos factores cambiantes, la empresa le va a exigir al trabajador que se adopte a las nuevas exigencias del puesto (manejo de nuevos equipos de trabajo, idiomas, desplazamientos, etc.) y a su vez le va a proporcionar una experiencia que, de nuevo, influirá en su empleabilidad.

- Del entorno: sistema educativo, asesoramiento, mecanismos de colocación y sistema de protección social. El entorno también influye sobre la capacidad del individuo para adaptarse pues dependerá de las oportunidades que estén a su alcance para tener una mayor o menor preparación (cursos formativos, servicios intermediarios en la colocación públicos y/o privados, etc.). Por último, también es necesario que exista una protección social, que no depende del individuo, en este caso, del joven, pero que es necesaria para mantener unos mínimos necesarios para vivir y permitirle al joven buscar un nuevo empleo.

En definitiva, si mejora la empleabilidad, mejora el mecanismo de intercambio entre la empresa y el trabajador y se puede hacer frente a los nuevos retos que el entorno plantea a la empresa, al mercado y al sistema productivo en general. De este modo, se consiguen mejorar las cualidades y capacidades del individuo, de manera que pueda lograr mejores puestos de trabajo y/o mantenerse en los mismos con las exigencias cambiantes de las empresas¹⁸⁹ y del mercado de trabajo.

Sin embargo, para mejorar la empleabilidad como elemento indispensable

¹⁸⁹ En esta línea es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre “Nuevas capacidades para nuevos empleos. Previsión de las capacidades necesarias y su adecuación a las exigencias del mercado laboral” {SEC(2008) 3058}. La mejora de las capacidades es fundamental para el futuro de Europa; también lo es, especialmente ahora, una mejor adecuación de las capacidades a las necesidades del mercado laboral. La iniciativa Nuevas Capacidades para Nuevos Empleos destaca la necesidad de unas políticas de educación y formación más eficaces y la modernización de los mercados laborales mediante políticas de flexiseguridad. Propone un esfuerzo concertado para hacer una evaluación completa, en cooperación con los Estados miembros, las empresas y otras partes interesadas, de las futuras necesidades del mercado laboral y de las capacidades que se necesitarán. La iniciativa tiene por objeto contribuir a la recuperación económica y a la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, mitigar el impacto de la crisis actual en cuanto a empleo y capacidades y potenciar la competitividad y la equidad a largo plazo.

e inseparable aparece la formación, no siendo el único, pero sí muy importante. Mediante la formación mejoran las capacidades, los conocimientos y las habilidades de los individuos y por tanto, redundan directamente en la empleabilidad del joven. Puesto que también se ha comprobado que a mayor formación del joven mejor puesto de trabajo podrá alcanzar, podrá ser más productivo y por ende, la empresa más competitiva. Así, tal y como ya se había anunciado, tanto la UE como la OIT animan a los Estados a invertir en la formación de los jóvenes¹⁹⁰ y a realizar cambios estructurales en el sistema educativo, puesto que ello revertirá, en un futuro, en una mejora sustancial de todo el sistema social que envuelve a los jóvenes.

3.2. Autoempleo: medidas de fomento del autoempleo

Tal y como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante, LAEI) los datos muestran que teniendo en cuenta únicamente a los jóvenes empresarios, la situación de España se vuelve especialmente dramática durante la crisis, habiendo registrado el número de empresarios de 15 a 39 años una caída de más del 30 por ciento desde 2007 a 2012.

Se achaca, como una de las causas de la alta tasa de desempleo juvenil en España, a la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que haya llevado, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, a unos mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo. Para invertir esta situación, es necesario un cambio de mentalidad en el que la sociedad valore más la actividad emprendedora y la asunción de riesgos. Además de ello, también son necesarias otras modificaciones en todo el sistema que rodea al emprendedor como el asesoramiento en la idea de negocio, la rebaja en las cargas y gastos sociales y fiscales, mayor facilidad para la puesta en marcha de la actividad mediante la transparencia de la información y la reducción de trámites

¹⁹⁰ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil*, adoptada el 19 de junio de 2013, COM (2013) 447 FINAL, p.9, establece que ayudar a los jóvenes a integrarse en el mercado laboral después de dejar la escuela o la universidad es un aspecto indispensable de la aplicación de la “Garantía Juvenil”. En las recomendaciones específicas por país del presente año, la Comisión ha recomendado a dieciséis Estados miembros centrarse en la reforma de sus programas de enseñanza y formación profesionales (EFP), aumentando su adecuación al mercado laboral a través de un mayor componente de formación en el lugar de trabajo y acelerando la reforma del aprendizaje.

administrativos, mayor facilidad para conseguir financiación, entre otros. La mayoría de estos cambios se solucionan con un cambio en la normativa¹⁹¹ pero la piedra angular para que este cambio tenga lugar es, sin duda, el sistema educativo. Por ello, la LAEI destina el Capítulo I del Título I a la Educación en Emprendimiento, es decir, en la Ley se recogen una serie de propósitos o/y obligaciones para instaurar la cultura del emprendimiento en la enseñanza primaria y secundaria, en las enseñanzas universitarias y para ello, contempla otro artículo para la formación del profesorado en la materia.

Uno de los motores de la economía española, pero también de otros muchos países, son la PYMES y los autónomos¹⁹². En el año 2007 se aprobó una ley sin precedentes europeos, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que viene a regular, como su propio nombre indica, el trabajo autónomo y también el trabajo autónomo económicamente dependiente. A ésta se suman otras normas de carácter: civil, mercantil y administrativo, para formar todo el entramado que regula a este tipo de trabajador.

Sin embargo, no debemos confundir trabajador autónomo con emprendedor, pues son figuras diferentes aunque en determinados supuestos pueden converger¹⁹³. El primero, emprendedor es una figura más reciente y cuya definición viene recogida en el artículo 3 de la LAEI como “personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley” y el segundo,

191 Sin ánimo de ser exhaustivos, en relación a esta normativa se ha publicado: el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 23 de febrero de 2013), la LAEI, la Ley 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social (BE de 29 de julio de 2015), entre otras.

192 *Vid.* Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE de 12 de julio de 2007).

193 Por ejemplo, la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven recoge como una de las 100 medidas a tomar “facilitar el autoempleo y el inicio de la actividad emprendedora a los jóvenes menores de 30 años” mediante una tarifa plana de 50 euros en la cotización a la seguridad social del joven trabajador autónomo, pg. 67. Esta medida queda incorporada a nuestro ordenamiento a través del artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo recoge cómo debe ser la cotización a la seguridad social aplicable a los jóvenes trabajadores por cuenta propia, que a su vez modifica la disposición adicional trigésimo quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

autónomo viene definido en el artículo 1 de la LETA como “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”. Como se puede apreciar, el concepto de emprendedor es más amplio y flexible, aunque según para qué se aplica a un colectivo más o menos reducido¹⁹⁴, por lo que resulta complejo identificar con claridad qué es un emprendedor, dado que el concepto varía. Además, coincidiendo con la opinión del CES¹⁹⁵, en la definición de emprendedor debería constar claramente que, independientemente de la forma jurídica que adopte la empresa creada por el emprendedor, este debería ser siempre una persona física.

En definitiva, el trabajo autónomo va a formar parte en la inmensa mayoría de los casos en los que prospere la idea de autoempleo o la idea negocio llevada a cabo por un emprendedor. De hecho en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven (2013-2016) son dos conceptos que encontramos en la mayoría de los casos unidos¹⁹⁶, mientras que llama la atención que en la LAEI apenas se menciona el autoempleo una sola vez (en el preámbulo).

A nivel europeo son numerosas las referencias que podemos encontrar al fomento del espíritu empresarial. Así, de las más recientes y por estas mismas fechas (año 2013), la Comisión presentó el *Plan de acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa*¹⁹⁷ en el que se proponen una serie de medidas para fomentar el espíritu empresarial en Europa. Dicho Plan de acción se basa en tres pilares: desarrollar la educación y la formación empresarial, crear un marco o entorno favorable para el desarrollo de los negocios y propiciar el emprendimiento de ciertos colectivos. Como se ha comentado, se han dado algunos pasos en esta dirección y queda pendiente ver los resultados.

¹⁹⁴ Según dispone el preámbulo II de la LAEI “Ello sin perjuicio de que determinadas disposiciones de la Ley acoten el ámbito de algunas medidas a ciertos emprendedores, fundamentalmente en función de su tamaño o del estadio en el que se encuentren”.

¹⁹⁵ Se recomienda lectura del Dictamen del Consejo Económico y Social de España sobre el anteproyecto de ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹⁹⁶ *Vid.* Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven (2013-2016) podemos leer “emprendimiento y autoempleo” en pp. 4, 7, 10, etc.

¹⁹⁷ COM(2012) 795 final.

3.3. Apoyo institucional mediante: asesoramiento, intermediación y fomento-protección social (Sistema de Garantía Juvenil)

El joven que finaliza su etapa educativa, cualquiera que sea el nivel formativo alcanzado, principalmente tiene dos vías para su incorporación al mercado de trabajo: trabajador por cuenta ajena (empresa pública o privada) o crear un negocio/empresa, es decir, trabajar por cuenta propia (cualquiera que sea la forma jurídica de la empresa). Pues bien, en este apartado se analizan ambas vías, es decir, qué se encuentra cuando decide trabajar por cuenta ajena para una empresa o con qué medios puede contar si el joven decide autoemplearse.

Básicamente nos vamos a referir a tres tipos de apoyo institucional: asesoramiento, intermediación en la gestión de la oferta y la demanda y protección/fomento mediante el Sistema de Garantía Juvenil. Los tres forman un conjunto de servicios inseparables, muchas veces ofrecidos por el mismo ente público, el Servicio Público de Empleo (en adelante, SEPE) o en su defecto, por los Servicios Públicos de Empleo de las respectivas Comunidades Autónomas en función de sus competencias. Así, el SEPE¹⁹⁸ es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (en adelante, MEYSS) que junto con los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, forman el Sistema Nacional de Empleo. Desde esta estructura estatal se promueven, diseñan y desarrollan medidas y acciones para el empleo, cuya ejecución es descentralizada, ajustadas a las diferentes realidades territoriales. Entre otras funciones, el SEPE se ocupa de poner en marcha las políticas de empleo aprobadas¹⁹⁹, por lo que tiene un papel activo fundamental en el momento de transición de los jóvenes del sistema educativo a la incorporación al mercado de trabajo. No faltan voces críticas en contra de la eficiencia y eficacia de este servicio público, por lo que desde hace tiempo viene siendo reforzado por otros intermediadores en la colocación, como son las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT²⁰⁰) y las Agencias de Colocación²⁰¹.

¹⁹⁸ Un estudio completo en Salas Porras, M., *El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, Monografías de Temas Laborales, 2010.

¹⁹⁹ En virtud del artículo 23 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de empleo, en el que se recoge el Concepto de Políticas de Empleo.

²⁰⁰ Vid. Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

²⁰¹ Vid. Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Sobre esta norma reglamentaria se recomienda Rodríguez-Piñero y Bravo

Por lo tanto, como medios para gestionar la oferta y la demanda de mano de obra, complementan la labor del SEPE las ETT y también las agencias de colocación, lo que se ha venido a denominar colaboración público privada. Hoy en día, esta colaboración es un elemento natural y estructural en las políticas de empleo contemporáneas, generando una pluralidad de relaciones entre los operadores públicos y privados en el mercado de trabajo que van más allá de las tradicionales de control de los segundos por los primeros. Este fenómeno se ha generalizado de una manera muy rápida en unos sistemas nacionales tradicionalmente hostiles hacia la iniciativa privada, pasándose en sólo unos años de la prohibición a la utilización de éstos por los propios servicios públicos de empleo²⁰².

El joven que va a dar el paso, el salto del sistema educativo al mundo laboral empresarial, necesita de toda la ayuda institucional posible para que su idea de negocio pueda materializarse y en el futuro sea próspera. Así, la Administración Pública debería estar firmemente comprometida en apoyar al joven emprendedor (si se declina por el autoempleo), de modo que pueda obtener asesoramiento y facilidades para culminar su idea en una empresa o bien en encauzar la búsqueda de trabajo del joven hacia un itinerario que le permita su incorporación, en el menor espacio de tiempo posible, en un puesto de trabajo acorde con sus aptitudes y su formación (si se declina por el trabajo por cuenta ajena).

Los jóvenes deben ser apoyados para conseguir una colocación profesional, una inscripción en las acciones de formación continua, un aprendizaje o unas prácticas profesionales. Dependiendo de la situación individual, el apoyo necesario será diferente. Para muchos jóvenes, una intervención corta y simple, como por ejemplo informaciones relativas a la orientación profesional universitaria, a la educación y al mercado de trabajo, resultará suficiente para conseguir alcanzar, por sí mismos, la colocación deseada dentro del periodo de tiempo especificado. Otros requerirán una evaluación de los candidatos para el mercado de trabajo, una correspondencia entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo y, si es necesario, un breve entrenamiento en la preparación de currículum

Ferrer, M., “El nuevo régimen jurídico de las agencias privadas de colocación”, *Relaciones Laborales*, 2011, n. 3. También García Ninet, J. I. y Salido Banús, J. L., “Intermediación laboral y agencias de colocación y de recolocación privadas. Comentario al RD 1796/2010, de 30 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 24.

²⁰² Rodríguez-Piñero Royo, M., “El Acuerdo-Marco de 2013: La colaboración público-privada en la intermediación en España”, en Morales Ortega, J. M. (coord.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 299.

vitae. E incluso otros, frecuentemente los jóvenes más desfavorecidos, podrán necesitar intervenciones más profundas, largas y complejas, así como el uso de ofertas tangibles, con el fin de asegurarse que también ellos se benefician de la Garantía para los jóvenes²⁰³.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías, las gestiones y el acceso a la información son mucho más fáciles y seguras que hace unos años, por lo que el uso de los procedimientos telemáticos ha aumentado considerablemente²⁰⁴. Entes públicos como el MEYSS²⁰⁵ cuentan con su sede electrónica para llevar a cabo diferentes trámites administrativos. Si lo que desea el joven es poner en marcha un negocio el Ministerio de Industria, Energía y Turismo también ha creado, con el afán de centralizar servicios y agilizar trámites, el Centro de Información y Red de Creación de Empresas²⁰⁶ (CIRCE), es decir, un sistema de información que permite realizar de forma telemática los trámites de constitución y puesta en marcha de determinadas sociedades mercantiles en España. A través de este Centro, también se ponen a disposición los Puntos de Atención al Emprendedor²⁰⁷ (PAE), los cuales se encargan de facilitar la creación de nuevas empresas, el inicio efectivo de su actividad y su desarrollo, a través de la prestación de servicios de información, tramitación de documentación, asesoramiento, formación y apoyo a la financiación empresarial. Además, con el objetivo de favorecer la intermediación y la búsqueda de empleo a través de las tecnologías de la información y la comunicación, el MEYSS ha puesto en marcha un portal único de empleo²⁰⁸ y otro para autónomos y emprendedores²⁰⁹.

Por último, el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (en adelante, SNGJ)²¹⁰

²⁰³ Coelho Moreira, T., “Las políticas de empleo juvenil en Portugal”, en Morales Ortega, J. M. (coord.), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 93.

²⁰⁴ En breve espacio de tiempo, se ha notado una gran evolución en los servicios telemáticos puestos en marcha desde las Administraciones Públicas (Agencia Tributaria, Seguridad Social, Administración de Justicia, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Servicio Público de Empleo, etc.).

²⁰⁵ Ver sede electrónica del MEYSS (dirección consultada a 19 de agosto de 2015):

https://sede.empleoyseguridadsocial.gob.es/es/sede_electronica/tramites/index.htm

²⁰⁶ <http://portal.circe.es/es-ES/queescirce/Paginas/QueEsCirce.aspx>

²⁰⁷ <http://portal.circe.es/es-ES/pait/Paginas/QueesunPAIT.aspx>

²⁰⁸ <https://www.empleate.gob.es/empleo/index.html#/>

²⁰⁹ <https://www.empleate.gob.es/autonomos/index.html#/>

²¹⁰ El SNGJ viene regulado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE de 17 de octubre de 2014). Se recomienda ver:

<http://www.empleo.gob.es/es/garantiajuvenil/queesGJ.html>

puesto en marcha en España tiene como finalidad principal que el colectivo de jóvenes no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación y que sean mayores de 16 y menores de 30 años²¹¹, incluidas las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleadas.

Este Sistema tiene su origen en la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013²¹², si bien con anterioridad a esta fecha²¹³, la UE ya había abordado, no con tanta concreción, la necesidad de establecer un procedimiento específico de ayuda para la población joven. En dicha Recomendación se define “garantía juvenil” como la “situación en la que los jóvenes reciben una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o período de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal”. Si comparamos ambas definiciones podemos encontrar algunos matices diferentes, en mi opinión, importantes que dejan ver algunas dudas en cuanto a la eficacia del sistema:

- Según Ley 18/2014: “los jóvenes (...) puedan recibir una (...)”, mientras en Recomendación del Consejo establece “los jóvenes reciben una (...)”.
- Según Ley 18/2014: “recibir una oferta de empleo (...)”, mientras que en la Recomendación del Consejo se contempla “una buena oferta de empleo

²¹¹ El ámbito de aplicación del SNGJ ha cambiado a partir del 30 de julio de 2015, fecha en la que entra en vigor y surte efectos la Resolución de 29 de julio de 2015, de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, por la que se amplía el ámbito de aplicación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (BOE de 30 de julio de 2015). Dicha Resolución amplía el colectivo al que va dirigido el SNGJ también a los jóvenes “mayores de 25 y menores de 30 años”, debido a que presentan una tasa de desempleo del 29,77% según los datos de la Encuesta de Población Activa del cuarto trimestre de 2014. Así, hasta que la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 20% según la encuesta de población activa.

Por lo tanto, a partir del 30 de julio de 2015 se ha visto ampliado el colectivo y a partir de esta fecha el SNGJ incluirá a jóvenes mayores de 16 y menores de 30 años, puesto que inicialmente, en virtud del artículo 88 de la Ley 18/2014, el SNGJ se incluía a “Los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, que cumplan con los requisitos establecidos (...)”.

²¹² Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la garantía juvenil de 2013, (2013/C 120/01) publicado en DOUE de 26 de abril de 2013.

²¹³ Vid. Decisión 2010/707/UE (1) de 21 de octubre de 2010, en particular las orientaciones números 7 y 8 y también en la Decisión del Consejo 2005/600/CE de 12 de julio de 2005 y en la Decisión del Consejo 2008/618/CE, de 15 de julio de 2008.

(...)"

- Según Ley 18/2018: "tras acabar la educación formal o quedar desempleados", mientras que en la Recomendación del Consejo se concreta el tiempo al establecer "en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal".

Por otro lado, los objetivos de la garantía juvenil son ambiciosos pues recogen un amplio abanico de metas a conseguir, sin embargo la ambigüedad con la que están redactados hace que se corra el riesgo de quedar relegado su cumplimiento a un futuro muy lejano²¹⁴. Sin ánimo de ser exhaustivos, en el SNGJ se contemplan tres grandes objetivos:

- Relacionado con su definición, esto es, "que todos los jóvenes (...) puedan recibir una oferta de empleo (...)".

- Desarrollar medidas de apoyo o programas, con especial incidencia en las siguientes líneas: mejora de la intermediación, mejora de la empleabilidad, fomento de la contratación y fomento del emprendimiento.

- "Someter a seguimiento y evaluación todas las acciones y programas de Garantía Juvenil, de modo que se adapten y actualicen las puestas en marcha, garantizando así el uso eficaz y eficiente de los recursos y unos rendimientos positivos de la inversión".

Para estar incluido dentro del SNGJ el MEYSS ha puesto en marcha un registro con el fin de que todos aquellos jóvenes interesados en formar parte se den de alta en el mismo²¹⁵, lo mismo ocurre para las empresas²¹⁶. Sin embargo, llama la atención que para estar incluido dentro del Sistema no es necesario que los jóvenes estén inscritos como demandantes de empleo, tal vez sea por no aumentar las ya alarmantes tasas de desempleo.

4. Apunte sobre otras actuaciones en Europa para favorecer la transición en la incorporación de jóvenes al trabajo

Para tomar conciencia de la verdadera situación en la que viven los jóvenes en España y de los mecanismos públicos que se están poniendo en marcha para facilitar la transición del sistema educativo al mundo laboral, resulta muy interesante conocer las experiencias de otros países y

²¹⁴ En esta misma línea, Valverde Asensio, A. J., "El sistema de garantía juvenil y la estrategia española de activación para el empleo 2014-2016", en Morales Ortega, J. M. (coord.), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 323.

²¹⁵ https://explotacion.mtin.gob.es/garantiajuvenil/login.action?request_locale=es

²¹⁶ <https://explotacion.mtin.gob.es/garantiajuvenil/accesoEmpresas>

comparar²¹⁷ para tratar de valorar la situación desde una perspectiva más amplia y lo que es más importante, tomar buena nota de las iniciativas que, al menos en ese país, han dado buen resultado.

	abril 2014	abril 2015	junio 2015
UE 28	10,3	9,7	9,8
España	24,9	22,7	23,3
Alemania	5,0	4,7	4,8
Francia	10,1	10,5	10,5
Italia	12,5	12,4	12,3
Portugal	14,6	13,0	13,7

Tabla 1. Porcentaje de trabajadores desempleados
Fuente: Eurostat. Elaboración propia.

Consciente de que se trata de una tabla “sesgada”, pues no está completa al no integrar a todos los países que forman la UE, de un modo sencillo, nos muestra una imagen de España en cifras, siendo la tasa de desempleo de España un 23.3% (dato de junio de 2015), algo inferior al que había casi un año antes y más del doble de la tasa media de la UE-28 (10,3%).

Pero si centramos nuestro objetivo en la población joven, los datos empeoran considerablemente, pues como se puede apreciar (ver tabla 2), la tasa de desempleo de la población joven (mayores de 16 y menores de 25 años) alcanza en España (en junio de 2015) un 50,6%, esto es, uno de cada dos jóvenes se encuentra desempleado en España, mientras que la media europea está situada en el 21%.

	abril 2014	abril 2015	junio 2015
UE 28	22,5	20,7	21,0
España	53,1	49,6	50,6
Alemania	7,9	7,2	7,3
Francia	23,5	23,7	24,6
Italia	43,3	40,9	41,1
Portugal	36,4	31,2	34,2

²¹⁷ La comparación tiene varios hándicap puesto que para entender las diferencias de cada país hay que conocer bien la realidad del mismo, contextualizar las normas y los hechos teniendo en cuenta la cultura, las costumbres, la evolución normativa previa, la situación económica, etc. Por lo tanto, no es objeto de este apartado realizar una comparación en profundidad, ni mucho menos de todos los países, sino de asomarnos a algunas de las iniciativas que han llevado a cabo algunos países en los últimos tiempos para combatir la situación de crisis, y sobre todo, en lo que afecta a los jóvenes.

Tabla 2. Porcentaje de desempleados jóvenes (mayores de 15 y menores de 25 años)

Fuente: Eurostat. Elaboración propia.

En Francia los datos muestran una evolución “equilibrada”, esto es, sin grandes subidas ni bajadas y con unas tasas muy cercanas a la media de Europa. Quizás la explicación se encuentra en que Francia ha venido desarrollando políticas de empleo juvenil desde hace varias décadas, y hoy los influjos comunitarios son tenues, porque se hace primar la experiencia nacional²¹⁸. Francia lleva décadas primando las políticas activas sobre las pasivas y primando el empleo de calidad y la formación. Como eje de las políticas de empleo, generales y de los jóvenes, se encuentra la colaboración del sujeto en su propia cualificación y empleabilidad, que se compromete con el sistema; al mismo tiempo que ese sistema le acompaña, guía y controla en ese proceso de inserción²¹⁹.

Otro país que, al igual que España, tiene una grave situación en cuanto a la población joven desempleada es Italia, con una tasa del 41,1% (en junio de 2015). Además, la crisis no ha afectado por igual a hombres y a mujeres y también se notan diferencias entre la zona norte y el sur de la región. Entre otras medidas, Italia ha apostado por la contratación de jóvenes en el sector de la investigación²²⁰ y también por la desgravación fiscal en los contratos indefinidos. Recientemente, se han puesto en marcha la Ley n. 99 de agosto de 2013²²¹ (Ley Giovannini), la Ley n.78 de 19 de mayo de 2014²²² (Jobs Act), ambas con una finalidad común, promover el empleo de jóvenes y el DL n.34/2014 por el que se implanta la Garantía Juvenil en Italia. Sin embargo, según muestran las últimas estadísticas, el primer balance relativo al nivel de aplicación de la Garantía Juvenil en Italia es negativo, y evidencia un desarrollo desigual de las medias en los distintos territorios²²³.

Otro país, Portugal presenta unas tasas de desempleo juvenil inferiores a España y superiores a la media de la UE. Al contrario que España tiene poca diferencia entre las tasas de desempleo de hombres y mujeres. A mediados del 2012 el Gobierno de Portugal aprobó el Plan Estratégico de

²¹⁸ Quintero Lima, G.: “Las políticas de empleo juvenil en Francia”, en Morales Ortega, J.M. (Dir), *Jóvenes y políticas de empleo (...)*, op.cit., pg. 79.

²¹⁹ Idem., pg. 80.

²²⁰ Vid. Decreto legge n. 83/2012, Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico de 23 di ottobre 2013 y de 28 di luglio 2014.

²²¹ Esta Ley tiene por finalidad la promoción del empleo, en particular de los jóvenes y la cohesión social, con el fin de facilitar las oportunidades inmediatas de empleo.

²²² Esta Ley tiene por finalidad la simplificación de ciertos tipos de contratos de trabajo con el fin de general nuevas contrataciones, en particular para los jóvenes.

²²³ Roselen, G. y Fazio, F., “La garantía juvenil en Italia” en Morales Ortega, J. M. (Dir), *Jóvenes y políticas de empleo (...)*, *óp. cit.*, p. 72.

Iniciativas de Promoción de Empleabilidad Joven y Apoyo a las Pequeñas y Medianas Empresas²²⁴. Dicho Plan se apoya en tres ejes: prácticas profesionales, apoyo a la contratación, a los emprendedores y apoyo a la inversión.

Portugal se enfrenta hoy en día a la necesidad de atender, simultáneamente, varios desafíos. Por un lado, una alta tasa de desempleo juvenil, por otro lado, la elevación de los niveles de educación y la mejoría en las cualificaciones de la población joven. Portugal pretende atajar estos desafíos, entre otras medidas, mediante la implantación de la Garantía Juvenil. Así, una de las acciones previstas es la realización de pasantías o prácticas remuneradas, con una duración de 9 a 12 meses, en todos los sectores de la actividad, con el fin de mejorar la transición de los jóvenes al mercado laboral²²⁵. Para mejorar la situación, Portugal debe enfrentarse a algunos problemas. Por ejemplo, la necesidad de una coordinación eficaz y el compromiso de múltiples interesados, lo que incluiría ministerios, diversos niveles de las Administraciones Públicas, los interlocutores sociales y las organizaciones juveniles, la ausencia de una ventanilla única de Garantía Juvenil, que facilitaría el contacto con los jóvenes y su acceso a los distintos servicios, una débil intervención temprana y unas escasas medidas de divulgación para los jóvenes ninis, que no están registrados en los servicios públicos de empleo; la necesidad de una mejor alineación o ajuste de la educación y de la formación con las necesidades del mercado laboral mediante una previsión o anticipación de las necesidades a nivel de competencias, teniendo en cuenta, eso sí, como en los últimos años la evolución de la tasa de abandono escolar temprano ha experimentado una significativa disminución como prueba de los esfuerzos de Portugal en la recuperación de los déficits formativos de su población²²⁶.

Otros países también tomados acciones para superar un contexto de crisis económica mundial, de modo que han introducido o ampliado medidas de formación, de asistencia en la búsqueda de empleo y de inserción laboral, en países como Alemania, Argentina, Estados Unidos, Grecia, Hungría, Países Bajos, Perú y Reino Unido. Perú, por ejemplo, ha ampliado la cobertura de su programa de capacitación Projoven a los jóvenes

²²⁴ Vid. Resolución de Consejo de Ministros n. 51-A/2012, de 14 de julio, modificada por la Resolución del Consejo de Ministros n.º 36/2013, de 14 de julio.

²²⁵ Vid. Orden Ministerial n. 204-B/2013 de 18 de junio, modificada por las Órdenes Ministeriales n. 375/2013, de 27 de diciembre, n. 20-A/2014 de 30 de enero y n. 149-B, de 24 de julio y el Decreto n. 9841-A/2014, de 30 de julio.

²²⁶ Coelho Moreira, T., "Las políticas de empleo juvenil en Portugal" en Morales Ortega, J. M. (dir), *Jóvenes y políticas de empleo (...), óp. cit.*, p. 115.

desfavorecidos, el Reino Unido ha creado el denominado Flexible New Deal para los jóvenes desfavorecidos (en el que participan asociaciones público-privadas), y los Estados Unidos han aumentado los fondos destinados a Job Corps, un programa residencial para jóvenes marginados del sistema, según estudios de la OIT²²⁷. Algunos países están adoptando un enfoque de obligaciones mutuas en los planes de apoyo a los ingresos. Australia, por ejemplo, exige ahora a los jóvenes desempleados que se escolaricen o sigan una formación a tiempo completo para poder recibir prestaciones.

En los Países Bajos, a los jóvenes que solicitan asistencia social se les ofrece una opción de trabajo o formación, o una combinación de ambas, que deben aceptar para poder percibir la prestación pecuniaria.

5. Conclusiones

Todos estamos de acuerdo en la grave situación que sufren los jóvenes en la mayoría de los países de Europa, pero especialmente en España, con una elevada tasa de desempleo que prácticamente alcanza a uno de cada dos jóvenes. Teniendo en cuenta este contexto de crisis, en mi opinión, las claves para mejorar la situación de los jóvenes están en apostar por: la innovación, investigación y desarrollo, la formación, la calidad y la intermediación. En primer lugar, necesitamos (I+D+I) como motor de desarrollo y mejora de la competitividad del país, simplificando, si aumenta la necesidad de producción de las empresas, es muy probable que también mejore la necesidad de mano de obra. En segundo lugar, la formación, como elemento inseparable de la persona, es imprescindible a todos los niveles y en todas las etapas, de este modo también mejora la empleabilidad de los jóvenes. En tercer lugar, la calidad entendida en sentido amplio, es decir, calidad: en el acceso al empleo, en el desempeño, en las condiciones del puesto de trabajo, en la formación, en los servicios públicos y privados, en definitiva, en cualquier aspecto incluido en el sistema. Por último, la intermediación. El elemento clave de engarce entre la etapa educativa y el trabajo es la intermediación, por lo que resulta imprescindible dotar a estas estructuras de modernización tecnológica y de medios humanos para poder llevar a cabo el papel encomendado por las políticas de empleo.

²²⁷ Documento que lleva por título “*Competencias para el empleo, orientaciones de política. Impulso a la empleabilidad de los jóvenes desfavorecidos*”, consultado en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_180573.pdf

Por otro lado, mejorar la coordinación y eficacia de las políticas activas y pasivas es un requerimiento clásico, pero por su incumplimiento hasta la fecha, aparentemente difícil de conseguir. Un aspecto fundamental y sobre el que hay que incidir es en la mejora de la coordinación de las políticas de formación y las prácticas. Hay que encontrar el justo equilibrio entre la utilidad para el joven en su CV de la prácticas y evitar el abuso que puedan hacer las empresas evitando la contratación y por tanto, ahorrando en costes laborales.

Otra línea en la que se debe avanzar con agilidad es en mejorar el nexo de unión entre la formación y los puestos de trabajo. Para reducir las tasas de desempleo, además de mejorar el crecimiento del país, es importante que la empleabilidad de los jóvenes se oriente hacia las necesidades del mercado de mano de obra, por lo que la formación, como elemento inseparable de la empleabilidad, debe ir orientada en esa línea.

Otro aspecto que, en mi opinión, resulta fundamental es fomentar la participación de los agentes sociales y mejorar el diálogo social. Para ello, es imprescindible un cambio de mentalidad de los implicados. Sería deseable que los representantes de empresarios y trabajadores fueran “puerta a puerta” conociendo la verdadera situación del mercado de trabajo, de las empresas y de los trabajadores y canalizaran este conocimiento en la propuesta de medidas, en negociaciones, en definitiva, en diálogo social. Falta ese conocimiento cercano del día a día de las empresas que no se ve reflejado en las políticas.

Además debería ser prioritario permitir que las nuevas tecnologías penetren en las Administraciones Públicas y permitan un acceso del ciudadano a la información y a su vez, se puedan llevar a cabo los trámites relacionados con el trabajo, cualquiera que sea su forma. Esto no es óbice, para que cuando un joven necesite ayuda en forma de asesoramiento, intermediación o gestión, obtenga un trato cercano del ente público correspondiente.

Muy importante, al menos en España, un cambio de mentalidad en la que se abandone la idea de gran riesgo cuando se va a emprender un negocio y se canalice la idea a través de una mentalidad proactiva y positiva para emprender.

Por lo que se refiere al SNGJ, bien utilizado, puede suponer un revulsivo para los jóvenes y en definitiva, para la sociedad. Su implantación no sólo debería depender del MEYSS, sino que se deberían aunar esfuerzos comunes por parte de todos los interlocutores sociales. Sin embargo, tal y como se ha puesto en marcha, parece que la principal preocupación es incentivar la contratación con bonificaciones, algo que mejora las estadísticas, pero sólo es una solución coyuntural y no mejora las

estructuras, en definitiva, no crea riqueza y ni dota de sostenibilidad al sistema para el futuro. Así, el Gobierno ha dejado olvidados a aquellos jóvenes, desanimados, desinformados o sin medios para inscribirse en el registro voluntario habilitado para ello, y por tanto, si no se apuntan al SNGJ, no van a formar parte del grupo de personas al que, de alguna manera, se les va a intentar cambiar de situación mediante un empleo o mediante formación, al no inscribirse en el registro voluntario habilitado para ello por parte del Ministerio. De este modo, estos jóvenes quedan condenados a la exclusión social²²⁸.

Por último, como todo buen sistema, se deben replantear y revisar de los resultados, de modo que se haga un seguimiento de los objetivos alcanzados a corto, medio y largo plazo.

6. Bibliografía

Coelho Moreira, T., “Las políticas de empleo juvenil en Portugal”, en Morales Ortega, J. M. (coord.), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014.

García Ninet, J. I. y Salido Banús, J. L., “Intermediación laboral y agencias de colocación y de recolocación privadas. Comentario al RD 1796/2010, de 30 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n. 24.

Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por la vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, n. 6, Universidad de Alcalá Servicio de Publicaciones, 2013.

Monereo Pérez, J. L. *et al.*, *Manual de política y Derecho del Empleo*, Madrid, Tecnos, 2011.

Morales Ortega, J. M. (Dir.), *Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 1ª edición, 2014.

²²⁸ “Exclusión social” entendida como la “imposibilidad o gran dificultad de acceder a los mecanismos de desarrollo personal y a la plena inserción sociocomunitaria y sistemas de protección social”, siendo el empleo o la carencia del mismo, uno de los factores fundamentarles. Para mayor profundidad vid. Monereo Pérez, J.L., *et al.*, *Manual de política y Derecho del Empleo*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 401 y ss.

- Quintero Lima, G., “Las políticas de empleo juvenil en Francia”, en Morales Ortega, J. M. (Dir), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Rodríguez-Piñero Royo, M., “El Acuerdo-Marco de 2013: La colaboración público-privada en la intermediación en España”, en Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (dir.) y Castellano Burguillo, E. (coord.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (dir.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Albacete, Bomarzo, 1ª edición, 2014.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “El nuevo régimen jurídico de las agencias privadas de colocación”, *Relaciones Laborales*, 2011, n. 3.
- Roselen, G. y Fazio, F., “La garantía juvenil en Italia” en Morales Ortega, J. M. (dir), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Salas Porras, M., *El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación*, Sevilla, Monografías de Temas Laborales, 2010.
- Sempere Navarro, A. V., “El plan anual de política de empleo (2013)”, *Aranzadi Social*, Cizur Menor, Navarra, 2013, vol. 6, n. 7.
- Valverde Asensio, A. J., “El sistema de garantía juvenil y la estrategia española de activación para el empleo 2014-2016”, en Morales Ortega, J. M. (coord.), *Jóvenes y Políticas de Empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Albacete, Bomarzo, 2014.

Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional

Esther CARRIZOSA PRIETO*

RESUMEN: El estudio tiene por objeto analizar los modelos de tutela de los derechos sindicales existentes en el ámbito internacional con objeto de poner de manifiesto las técnicas y mecanismos más efectivos para su protección, así como determinar la repercusión que sobre dichos modelos puede tener la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se hará, en consecuencia, un recorrido por los sistemas articulados por la Organización Internacional del Trabajo, por el Consejo de Europa a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Social Europea para terminar reflexionando sobre la regulación acogida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su incidencia en los niveles de protección.

Palabras clave: Tutela internacional, libertad sindical, negociación colectiva, huelga.

SUMARIO: 1. La importancia de identificar y definir los modelos de tutela. El debate sobre los contenidos de los derechos sindicales y sus consecuencias. 2. La tutela ofrecida por la Organización Internacional del Trabajo. 2.1. La concepción de los derechos sindicales en las normas de la Organización Internacional del Trabajo. 2.2. Un sistema de protección basado en la eficacia directa de los derechos de libertad sindical. 3. La tutela ofrecida por el Consejo de Europa. 3.1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 3.2. La Carta Social Europea. 4. A modo de conclusión. La diversidad de modelos de protección frente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 5. Bibliografía.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, ecarpri@upo.es

1. La importancia de definir los modelos de tutela. El debate sobre los contenidos de los derechos sindicales y sus consecuencias

El debate sobre la existencia de distintos modelos de protección de los derechos de libertad sindical ha estado latente en la generalidad de los ordenamientos jurídicos desde hace décadas. Sin embargo, ha sido en los últimos años cuando el contraste entre estos modelos y las consecuencias de optar o inclinarse por uno u otro están siendo objeto de un profunda reflexión por parte de la doctrina científica.

Este interés nace en un contexto normativo, el relativo al ámbito social o laboral, que ha sufrido importantes modificaciones en los países europeos como consecuencia de la crisis económica. En un contexto de estas características, donde gran parte de los ordenamientos han restringido los derechos sociales de los ciudadanos como consecuencia de las políticas de austeridad, se ha intentado proteger y tutelar estos derechos a través de los instrumentos internacionales aplicables, circunstancia que ha dejado traslucir que dentro de estos hay unos más garantistas que otros y que aplicar uno u otro es una decisión que tiene importantes consecuencias²²⁹.

En el ámbito de los derechos sindicales, considerados desde una perspectiva general, esto es, sin centrarnos en ninguna de sus facultades concretas, las opciones barajadas por la países de nuestro entorno han sido, en primer lugar y como no podía ser de otra forma, la protección dispensada por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), especialmente a través de los Convenios núm. 87 y 98 y sus normas accesorias o instrumentales; y, en segundo lugar, la protección articulada por el Consejo de Europa a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950, en adelante CEDH).

Indudablemente, y sin que estas afirmaciones puedan utilizarse para desprestigiar el valor o eficacia de estos instrumentos normativos, tratándose de derechos sindicales, la tutela ha sido, al menos hasta el momento, más efectiva a través de los mecanismos establecidos por la OIT, como demostraremos en este análisis. A pesar de ello, en los últimos años, se viene dando una importancia inusitada al CEDH y los distintos

²²⁹ La pretensión ha sido generalizada en los distintos países de la UE. Respecto del ordenamiento italiano, Giubboni, S., “I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro Europeo”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 142/2014, pp. 269 y ss. En el ordenamiento español, Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014; Guamán Hernández, A. y Noguera Fernández, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*, Albacete, Bomarzo, 2015.

Protocolos que lo integran. Las razones hay que buscarlas, entre otras, en el escenario jurídico, aunque también político, que vertebra ese organismo supranacional que es la Unión Europea (en adelante, UE).

La UE, es harto conocido por todos los sectores doctrinales, ha intentado disponer (especialmente desde que dejó de ser Comunidad Europea y paso a ser Unión Europea) de un instrumento propio de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no porque esta sea una de sus funciones, que no lo es, sino porque todas sus políticas inciden, de una u otra forma, en estos derechos y, en última instancia, porque la protección de estos derechos puede “dar al traste” con el principio de primacía del derecho comunitario si dicha función se deja en manos de los Tribunales Constitucionales nacionales²³⁰.

De ahí que desde la década de los setenta se haya intentado de forma reiterada articular una Carta de Derechos, propia de la UE, que permita al Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) mantener el control sobre la normativa comunitaria desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los diversos intentos resultaron infructuosos por una u otra circunstancia, hasta que en 2009 entró en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que queda incorporada a los Tratados Constitutivos en virtud del Tratado de Lisboa (2008)²³¹. Hasta ese momento, el Tribunal de Justicia ha venido aplicando otros Convenios o Acuerdos Internacionales y, obviamente, por razones de contenido, similitud cultural, etc., se ha inclinado especialmente por el CEDH, instrumento genérico y, precisamente por ello, menos incisivo en la protección de los derechos fundamentales laborales, como la libertad sindical.

Sorprendentemente, la prevalencia de este instrumento normativo en el derecho de la UE, lejos de debilitarse con la aprobación de la CDFUE, se ha intensificado al haberse adoptado, al menos esa parecía ser la intención, como estándar uniforme en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Efectivamente, la modificación del art. 6 TUE operada por el Tratado de Lisboa no sólo reconoce a la Carta el valor jurídico de los tratados, sino que proclama el compromiso de la UE de adherirse al CEDH (procedimiento de adhesión que aún está en proceso de realización)²³², a la vez que declara que los derechos

²³⁰²³⁰ Pi Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999, especialmente, pp. 19 y ss.

²³¹ La versión definitiva se encuentra publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012.

²³² El proceso se inicia con una Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 por la que autorizaba la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de adhesión, designando a

fundamentales en él garantizados y aquellos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales²³³.

A la existencia de esta multiplicidad de instrumentos normativos en un mismo territorio, o lo que se ha dado en llamar el sistema de protección multinivel²³⁴, hay que sumar otro factor relevante que explica el modelo de tutela que se está imponiendo en Europa, a saber, que a pesar de que la Unión carece de una competencia clara e inequívoca para desarrollar los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente los derechos de libertad sindical²³⁵, sí tiene encomendada la función o la capacidad para intervenir en su tutela en distintas circunstancias (arts. 263 y ss. TFUE)²³⁶.

La primera de ellas es cuando se produce la vulneración de cualquier disposición comunitaria, sea esta de derecho originario o derivado, que esté relacionada de una u otra forma con un derecho fundamental reconocido a los nacionales de cualquier Estado. Obviamente la tutela otorgada se determinará por el contenido y alcance de la norma comunitaria afectada y, en todo caso, por las disposiciones que sobre ese derecho contenga la CDFUE y el CEDH, al que la primera se remite de forma reiterada (art. 51.1 CDFUE).

La segunda circunstancia se relaciona con el control de legalidad de los actos provenientes de las instituciones de la UE y de su incidencia en los

la Comisión como sujeto negociador. Las negociaciones concluyeron el 5 de abril de 2013 con un Acuerdo sobre el Proyecto de instrumento de adhesión. El 4 de julio de 2013, la Comisión solicitó dictamen al Tribunal de Justicia para que se pronunciara sobre la compatibilidad del Proyecto de acuerdo con el Derecho de la Unión. Dicho dictamen se emitió el 18 de diciembre y consideró que el Proyecto presentado no era acorde con el derecho de la UE.

²³³ Sobre los principales dificultades que presenta la adhesión, Martín y Pérez De Nanclares, J., “Cita con la ambición: El Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 48/2014, pp. 379 y ss.

²³⁴ Sobre esta perspectiva, Caruso, B., “Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell’arte”, en AA.VV., *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E Massimo D’Antona, Collective Volumes 1/2011, pp. 13 y ss.

²³⁵ El art. 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la UE excluye del ámbito de la política social comunitaria el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga, el derecho de cierre patronal y el derecho a la retribución. No obstante, esta circunstancia no impide la ordenación de materias propiamente comunitarias que inciden directamente en los derechos de sindicación. Así ocurre con las regulaciones dirigidas a garantizar el derecho a la no discriminación y a potenciar la representación y participación de los trabajadores en la empresa.

²³⁶ Una explicación de los distintos supuestos en Bronzini, G., *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, INT 118/2015, I, pp. 11 y ss.

derechos fundamentales de los ciudadanos de cualquiera de los Estados miembros (art. 263 TFUE), supuesto que exigiría tutelar el derecho fundamental afectado de acuerdo con el contenido y alcance de que le dote el instrumento normativo aplicable en dicho Estado (ya sea este nacional o internacional) que resulte más garantista, interpretación que, aunque deseable, no es la acogida por el TJUE. Efectivamente, tratándose de la aplicación y control del derecho de la Unión, el Tribunal considera que el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos es el que garantiza la CDFUE, estándar que solo quedará desplazado por el nivel de protección superior existente en el derecho nacional cuando la aplicación de la norma en cuestión deje margen de apreciación a los Estados²³⁷.

En ambos casos la actuación del TJUE puede generar distorsiones importantes en la protección de los derechos fundamentales en los ordenamientos internos y en el derecho internacional, razón por la que debemos realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, es necesario advertir que el valor preeminente que la UE otorga a la CDFUE y al CEDH no debe significar que se le otorgue preferencia a la hora de aplicar las normas de tutela de los derechos fundamentales en los procedimientos internos de cada uno de los Estados, puesto que esto podría producir, con toda probabilidad, un debilitamiento de la protección en los distintos ámbitos nacionales, normalmente caracterizados por el modelo de tutela que aplican los órganos de la OIT, desde nuestro punto de vista, más garantista. Ejemplo de ello es lo acontecido en los últimos meses en el ordenamiento jurídico español con la denominada “Reforma Laboral de 2012”, considerada lesiva de los principales derechos laborales consagrados en los instrumentos internacionales, Carta Social Europea (1969, en adelante CSE) y Convenios 87 y 98 OIT, mientras que en el ámbito interno se ha respaldado, en varias ocasiones, su constitucionalidad²³⁸.

²³⁷ STJUE de 26 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 54], C-399/11, Asunto Melloni, apartado 49; STJUE de 26 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 56], C-617/10, Asunto Akerberg, apartado 35. El análisis de esta doctrina en Alonso García, E., *El juez nacional en la enrucjada Europea de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2014, pp. 30 y ss.

²³⁸ Sobre el asunto, Guamán Hernández, A., “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)”, *Revista de Derecho Social*, n. 70/2015, pp. 149 y ss.; Salcedo Beltrán, M. C., *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014; Bajo García, I., “La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40/2015, pp. 154 y ss.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención la distorsión que se puede generar en la confrontación entre distintos sistemas, uno nacional y otro supranacional, que se basan en dos modelos distintos de derechos sindicales, especialmente si dichos sistemas concurren con un tercero, de ámbito internacional que resulta ser más garantista, que es lo que parece estar ocurriendo en el ámbito comunitario entre el TJUE y los órganos de la OIT respecto de la interpretación de algunos de los derechos fundamentales que integran la acción colectiva, especialmente el derecho de huelga²³⁹.

Ciertamente, los problemas que ocasiona un sistema de derechos fundamentales articulado en diversos niveles de protección son complejos y las distintas soluciones que se pueden adoptar como respuesta a cada uno de ellos o no están formuladas o están lejos de ser definitivas²⁴⁰; sin embargo, consideramos que para analizar adecuadamente esta problemática es necesario abordar una cuestión previa y mucho más genérica, que no es otra que clarificar los rasgos esenciales de los modelos de protección que hemos identificado como prevalentes, abordando en un primer momento el que deriva de la OIT y después el que ofrece el Consejo de Europa a través del CEDH y de la CSE.

2. La tutela ofrecida por la Organización Internacional del Trabajo

En cualquier ordenamiento jurídico, sea de ámbito nacional, supranacional o internacional, la tutela del cúmulo de facultades que integran los derechos de libertad sindical (ámbito organizativo y funcional) debe construirse partiendo, prioritariamente, de los instrumentos de la OIT, por ser estas las normas que por primera vez y de forma más consistente han regulado este conjunto de derechos.

Ciertamente, ya antes de la intervención de la OIT existieron interesantes propuestas de protección en ámbitos más reducidos que contendrían la génesis de lo que sería, poco más tarde, la tutela internacional, debiendo

²³⁹ La cuestión ha sido analizada, entre otros, por Guamán Hernández, A., “¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 11/2014, pp. 105-131; De Stefano, V., “La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e Organi di supervisione internazionali”, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 143/2014, pp. 461 y ss.

²⁴⁰ Un análisis de estos problemas y de las respuestas ofrecidas por las distintas instancias judiciales en Alonso García, E., *El juez nacional...*, *óp. cit.*

destacar, desde estos momentos previos, la existencia de dos modelos distintos que vendrían a corresponderse con un modelo continental, marcado por una tutela directa de los derechos sindicales en cuanto derechos fundamentales constitucionalizados (a él responde la regulación contenida en la Constitución de Weimar), y un modelo americano o anglosajón, en el que la tutela de estos derechos se debe ejercitar de forma indirecta a través de los derechos de igualdad y la prohibición de discriminación, por ser estos últimos, y no los primeros, los que tienen naturaleza constitucional²⁴¹.

La normativa de la OIT, a pesar de tener ámbito internacional, adopta, en plena coherencia con los contenidos de su Declaración Constitucional, el modelo que se venía perfilando en los ordenamientos europeos; esto significa que apuesta por reconocer y desarrollar de forma contundente y explícita el conjunto de facultades que engloban los derechos de libertad sindical y que tutela su contenido de forma directa e inmediata sin necesidad de acudir al derecho de igualdad o a la prohibición de discriminación.

Efectivamente, el grueso de la normativa sobre libertad sindical, especialmente los Convenios núm. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, se han visto impulsados y en cierto sentido consagrados constitucionalmente con la adopción, en 1998, de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, que ha introducido en la Constitución de la OIT la regulación contenida en ellos²⁴². Dicha incorporación permite exigir la aplicación del contenido de los Convenios a todos los Estados que forman parte de la Organización, independientemente de que los hayan ratificado²⁴³.

²⁴¹ En Europa el antecedente más importantes es art. 159 de la Constitución de Weimar (1919), que establecía la nulidad de los pactos y medidas que tuviesen por objeto restringir o impedir la libertad sindical. En el derecho anglosajón, las previsiones hay que buscarlas en el Ordenamiento Jurídico Estadounidense, en el marco de la aplicación de la XIV Enmienda. En virtud de la doctrina de la clasificación razonable y la clasificación sospechosa, las diferencias legislativas realizadas deberán ser analizadas a través de diversos tests, dependiendo del rasgo que se haya tomado en consideración para realizar dicha diferenciación. Una exposición de los distintos tests en Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 48 y ss.

²⁴² Art. 2 a) y d) de la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998.

²⁴³ Kellerson, H., "La Declaración de la OIT de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales: Un reto para el futuro", *Revista Internacional de Trabajo*, v. 117, 1998, n. 2, p. 2; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, 1999, p. 8.

En la misma línea incide la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008), que, además de asumir y reafirmar la Declaración anterior, institucionaliza el concepto de trabajo decente y lo sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales²⁴⁴. En virtud de esta nueva Declaración, todos los Estados miembros se comprometen a propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos (el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo), reconocen la interrelación que debe existir entre ellos y la utilidad que para su consecución tienen las normas internacionales del trabajo, entre ellas, las normas sobre libertad sindical.

Es de destacar, en consecuencia, que la Organización, convencida de que el progreso económico, aun en las circunstancias actuales, no se puede desvincular de los derechos y principios fundamentales en el trabajo, sigue abordando sus objetivos sin renunciar a dichos principios²⁴⁵. Siendo así y teniendo en cuenta que todos los países de la UE forman parte la Organización, es lógico que la concepción de los derechos sindicales que se acoja en el ordenamiento interno de cada uno de ellos sea la imperante en la OIT, circunstancia que necesariamente ha de casar, en los casos de reclamaciones presentadas por los distintos Estados ante el TEDH y el TJUE, con la noción acogida por estos órganos jurisdiccionales y específicamente con la que deriva de los distintos instrumentos normativos, especialmente aquellos que rigen en el ámbito de la UE, esto es, la CDFUE y el CEDH.

2.1. La concepción de los derechos sindicales en las normas de la Organización Internacional del Trabajo

La configuración jurídica de los derechos sindicales que deriva de las normas de la OIT (y, con ella, el sistema y los mecanismos de tutela que han de proteger su contenido) responde a una concepción amplia que integra facultades sindicales organizativas, individuales y colectivas (constitución y afiliación), y funcionales (acción sindical individual y colectiva), si bien, en virtud del desarrollo normativo efectuado por la Organización, parece primar la faceta funcional de los derechos de

²⁴⁴ OIT, Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada en 97ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008.

²⁴⁵ El respeto a estos principios y derechos constituye un aspecto fundamental e irrenunciable de todos las Declaraciones de la OIT, incluso de aquellas que se producen en las circunstancias más adversas [OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª Reunión, Ginebra, 2009].

libertad sindical. Las normas fundamentales que debemos considerar son el Convenio 87 OIT (1948) sobre libertad sindical y protección de los derechos de sindicación y el Convenio 98 OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), dirigidos a proteger el derecho de libertad sindical de los trabajadores y de sus organizaciones frente a las injerencias públicas y privadas que se puedan producir en los distintos sistemas de relaciones laborales.

El Convenio 87 OIT (1948) destina gran parte de sus disposiciones a consagrar el contenido de los derechos de libertad sindical, mencionando expresamente los derechos (individuales) de constitución y afiliación a las organizaciones sindicales sin necesidad de autorización previa (art. 2), así como, en el ámbito de los sujetos colectivos, el derecho de las organizaciones a constituir federaciones y confederaciones sindicales, afiliarse a ellas y a otras organizaciones internacionales (art. 5)²⁴⁶. Garantizado este conjunto de facultades organizativas (de naturaleza estructural), el Convenio reconoce también facultades organizativas de carácter funcional al consagrar el derecho de las organizaciones a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el derecho a elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y, por último, el de formular su programa de acción (art. 3).

Junto a estas disposiciones, centradas en el contenido de los derechos de libertad sindical, la norma contiene numerosas previsiones específicas que prohíben las intromisiones de los poderes públicos. En este sentido, se recoge la prohibición a las autoridades públicas para realizar intervenciones que limiten el contenido de estos derechos o entorpezcan su ejercicio legal (art. 3.1); se les impide establecer requisitos para la adquisición de personalidad jurídica de las organizaciones de trabajadores (art. 7); se sanciona la promulgación y aplicación de legislación nacional que menoscabe las garantías establecidas para la libertad sindical (art. 8.2) y, finalmente, se obliga a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación (art. 11). No obstante, el art. 9.1 faculta a los Estados para decidir sobre la aplicación de este conjunto de garantías a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía²⁴⁷.

²⁴⁶ Se ha de destacar, a efectos de conformar el contenido del derecho, que el art. 10 considera sujetos de estas facultades colectivas a “toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

²⁴⁷ Los órganos de control, sin perder de vista que las posibles limitaciones se justifican en la protección de la seguridad de los ciudadanos, interpretan de forma restrictiva dichas excepciones, censurando que se extienda a otros colectivos no expresamente

Por su parte, el Convenio 98 OIT (1949) se centra en garantizar y tutelar los derechos sindicales de individuos y organizaciones frente a las injerencias privadas, especialmente, frente a las agresiones que provienen del ámbito empresarial²⁴⁸. Con objeto de tutelar las facultades individuales del derecho (constitución, afiliación y participación en actividades sindicales) la regulación insta a los distintos Estados a proteger a los trabajadores contra todo acto que menoscabe la libertad sindical en relación con el empleo, especialmente frente a aquellos que lo condicionen a la no afiliación a un sindicato o a la condición de dejar de ser miembro de un sindicato, y a dispensar especial protección frente a los despidos lesivos del derecho de libertad sindical o cualquier otra medida que perjudique a los trabajadores por razón de su afiliación sindical o participación en actividades sindicales (art. 1).

En el ámbito colectivo de la libertad sindical, es decir, en lo relativo a las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios, el Convenio 98 OIT obliga a la protección ante las injerencias que, en la constitución, funcionamiento y administración, puedan realizar unas organizaciones sobre otras, vedando, especialmente, aquellos actos que supongan la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por el empleador o sus organizaciones, así como cualquier otro mecanismos que tenga por objeto controlar las organizaciones de los trabajadores (art. 2)²⁴⁹. Junto a estos instrumentos normativos, reiteramos, centrados en proteger los derechos sindicales en su vertiente organizativa y funcional frente a injerencias de poderes públicos y privados, existen otras disposiciones a tener en cuenta. Especialmente relevante se muestra el Convenio 135 OIT (1971), si bien su regulación se dirige a la protección de los representantes de los trabajadores, independientemente de que tengan o no naturaleza sindical. El contenido normativo de este Convenio, muy similar a los anteriores, garantiza, ahora en favor de los representantes de los trabajadores en general: a) un sistema de protección eficaz contra todo acto que les pueda perjudicar por razón de su condición de representantes, de sus actividades como tal, de su afiliación al sindicato, o

mencionados: jueces y magistrados, personal de establecimientos militares, etc., [OIT (2012), *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo. Dar un rostro humano a la globalización*, Ginebra, 2012, párr. 21 y ss.].

²⁴⁸ Gernigon, B., “El Convenio núm. 98 OIT: Un instrumento que sigue siendo de actualidad cincuenta años después de su adopción”, en OIT, *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*, Educación Obrera, 1999/1-2, nn. 114/115, pp. 19 y ss.

²⁴⁹ OIT (2012), *Estudio General...*, *óp. cit.*, párr. 194; Gernigon, B., “El Convenio núm. 98 OIT...”, *óp. cit.*, p. 21.

de su participación en la actividad sindical (art. 2); y, b) un sistema de facilidades apropiadas que permita el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (art. 3).

Finalmente, debemos destacar la regulación contenida en el Convenio 158 OIT (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que contempla como causas injustificadas para el despido la afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales, ser candidato, ostentar el cargo o haber actuado como representante de los trabajadores, junto con otras causas relacionadas con el ejercicio de otros derechos fundamentales o con motivos de discriminación prohibidos (art. 5). Para estos casos, el Convenio prevé una regla especial que obliga, entre otras posibilidades, a que la carga de la prueba se impute al empresario (art. 9.2, ap. a).

Frente a este importante cúmulo de disposiciones normativas que, sin lugar a dudas, contempla el derecho de libertad sindical como un derecho fundamental plagado de facultades orgánicas y funcionales, destaca precisamente por su parquedad la poca relevancia que se otorga a la designación de mecanismos específicos para la protección de los derechos mencionados. A estos efectos, la única previsión que contienen los convenios mencionados (exceptuando la referencia a la inversión de la carga de la prueba efectuada en el art. 9.2 del Convenio 158 OIT) consiste en un mandato general dirigido a los distintos Estados con objeto de que creen los organismos necesarios para respetar los derechos de sindicación especificados en cada uno de los Convenios (art. 11 del Convenio 87 OIT y art. 3 del Convenio 98 OIT)²⁵⁰.

Mucho más concreta es la Recomendación 143 OIT sobre representantes de los trabajadores (1971), que con objeto de proteger a los representantes, y con ellos a la actividad representativa, de cualquier acto lesivo, recomienda a los Estados la adopción de un serie de medidas, entre las que destacan: a) el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos, para los casos de terminación injustificada de la relación laboral; y, b) la imposición al empleador de la obligación de probar la justificación del acto cuando se alegue que el despido o cualquier otro acto perjudicial tiene carácter discriminatorio (art. 6.1).

A pesar de las referencias expresas respecto de la discriminación sindical, la protección articulada a través de los mecanismos mencionados (así se

²⁵⁰ OIT (2012), *Estudio General...*, *óp. cit.* párr. 25.

ha puesto de manifiesto en otros trabajos de investigación²⁵¹) no se vincula a que se produzca una diferencia de trato por razones sindicales sino más bien a evitar las represalias por el ejercicio de esos derechos, lo que indudablemente constituye una lesión de su contenido constitucionalmente garantizado²⁵². Por ello, es necesario insistir en que ambos mecanismos, la nulidad del acto lesivo y la inversión de la carga de la prueba (prueba de indicios o principio de prueba, que es como se conoce la institución en el ordenamiento jurídico español) constituyen mecanismos que protegen el contenido de los derechos sindicales (precisamente por contar con un contenido mínimo garantizado) frente a cualquier injerencia o actos de represalia y que no son, como se viene afirmando de forma constante desde hace algunos años, mecanismos propios de la tutela antidiscriminatoria, circunstancia que solo se puede afirmar en la medida en que el derecho o el principio de igualdad y la prohibición de discriminación estén expresamente constitucionalizados.

Esta es la razón de que una configuración de los derechos sindicales como la que plasma la OIT (o cualquier otro ordenamiento que tenga constitucionalizados los derechos de libertad sindical en sentido amplio) no necesite articular su protección o tutela a través del principio o del derecho de igualdad y no discriminación. La consagración de los derechos sindicales, en su faceta organizativa y funcional, en los Convenios y en la propia Constitución de la OIT garantizan su vigencia directa e inmediata y hacen innecesario recurrir a la prohibición de discriminación para proteger su contenido, especialmente cuando su utilización no se destina precisamente a reforzar su tutela, como ha ocurrido en el ordenamiento jurídico español²⁵³.

2.2. Un sistema de tutela basado en la eficacia directa de los derechos de libertad sindical

De la regulación contenida en los instrumentos normativos de la OIT se pueden extraer las siguientes conclusiones a efectos de definir el modelo de tutela diseñado por la Organización.

En primer lugar, que los derechos de libertad se reconocen en un sentido

²⁵¹ Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Sevilla, Junta de Andalucía- CARL, 2009, pp. 136 y ss.

²⁵² OIT, *Estudio general. Libertad sindical y negociación colectiva*, Ginebra, 1994, p. 2.; OIT, *Estudio General...*, 2012, *óp. cit.*, párr. 167; Gernigon, B., “El Convenio núm. 98 OIT...”, *óp. cit.*, p. 20.

²⁵³ Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical...*, *óp. cit.*, pp. 377 y ss.

amplio que obliga a considerar un cúmulo de facultades individuales y colectivas que tienen naturaleza esencialmente organizativa (constitución, afiliación, etc.), pero también funcional (actividad sindical y actividad representativa). De hecho, son varios los Convenios que se dirigen a proteger el ámbito funcional de la actividad sindical, destacadamente los Convenios 98 y 135 de la OIT. La profusión de normas y mecanismos destinados a proteger al trabajador, al trabajador que es representante y al trabajador sindicado indican que, además de a los sujetos, la Organización protege la actividad sindical, actividad representativa o acción colectiva, si se prefiere (art. 6.1 Recomendación 143 OIT y art. 3 del Convenio 135 OIT).

Obviamente, dentro de la actividad sindical y de la actividad representativa adquiere una importancia fundamental el derecho de negociación colectiva, aunque también el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, especialmente el derecho de huelga. La inclusión del derecho de huelga dentro de la acción sindical ha ocasionado, con más intensidad en los últimos meses, controversias en el seno de la Organización, debido fundamentalmente a que dicha integración se ha cuestionado por parte de los representantes de los empleadores. Tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos han considerado que aunque el derecho de huelga no esté regulado y desarrollado expresamente en ninguno de los instrumentos normativos, su base y fundamento radica indudablemente en el reconocimiento del derecho de libertad sindical y, específicamente, en dos disposiciones del Convenio 87 OIT; de un lado el art. 3, que consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizar sus actividades y a formular sus programas de acción, y de otro el art. 10, donde se indica que el objetivo de estas organizaciones es fomentar y defender los intereses de los trabajadores²⁵⁴.

De hecho, insiste la Organización, durante más de medio siglo el derecho de huelga ha sido reconocido y desarrollado como principio esencial de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical, por lo que no cabe ninguna duda de que deriva del Convenio 87 OIT, lo que no significa que se deba reconocer con carácter absoluto e ilimitado²⁵⁵.

²⁵⁴ OIT (2012), *Estudio General...*, *óp. cit.* párr. 117.

²⁵⁵ La doctrina de La OIT sobre el derecho de huelga puede resumirse en los siguientes puntos: a) el derecho de huelga se configura como un medio esencial del que disponen los trabajadores para defender sus intereses; b) en cuanto tal, deben disfrutar de este derecho las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones) y los propios trabajadores e interpretarse de forma restrictiva las categorías de trabajadores excluidos y las restricciones a su ejercicio; c) el objetivo de las huelgas consiste en promover y defender los intereses económicos y sociales de los trabajadores; d) el

La segunda conclusión que podemos extraer del análisis efectuado es que los principales instrumentos normativos de la Organización prohíben, con carácter general, las injerencias de poderes públicos y privados en las distintas facultades de la libertad sindical, si bien existe una cierta profusión de normas e instrumentos para tutelar el ámbito funcional, esto es, la actividad sindical (o actividad representativa) desempeñada por parte de los trabajadores frente a los poderes empresariales. A estos efectos, hay que llamar la atención sobre un dato fundamental, y es que la protección ha de dispensarse frente a cualquier conducta (independientemente de su tipología y del momento en que se produzca) que se adopte como represalia por el ejercicio de los derechos sindicales o de actividades representativas.

No es, en consecuencia, elemento constitutivo de la tutela articulada por la OIT la existencia de una diferencia de trato o que se produzca un supuesto típico de “discriminación sindical”, basta con la injerencia o la represalia por el ejercicio de los derechos sindicales. Precisamente para controlar la legitimidad de esos actos que, en principio deben considerarse lesivos, la Organización recomienda aplicar mecanismos efectivos de tutela, como la declaración de la nulidad del acto lesivo y la inversión de la carga de la prueba, que, como ya hemos visto, obliga al empresario a probar la justificación de su conducta cuando existen indicios de discriminación sindical o, lo que es más apropiado, cuando existen indicios de lesión de los derechos de libertad sindical²⁵⁶.

3. La tutela ofrecida por el Consejo de Europa

Son varios los instrumentos normativos sobre derechos fundamentales que se aplican en el ámbito europeo: de un lado, los elaborados en el seno del Consejo de Europa²⁵⁷, esto es, el CEDH y la CSE; de otro, el instrumento fundamental de la UE, la CDFUE. Aunque procedentes de instituciones y ordenamientos distintos, entre ellos existen importantes conexiones reconocidas tanto en los textos normativos como en la labor

ejercicio legítimo del derecho de huelga no puede dar lugar a sanciones de ningún tipo, lo que equivaldría a actos de discriminación antisindical [OIT (2012), *Estudio General...*, *óp. cit.* párr. 118-119].

²⁵⁶ OIT (2012), *Estudio General...*, *óp. cit.*, párr. 177.

²⁵⁷ Organización intergubernamental fundada en 1949 y con sede en Estrasburgo, que integra a 47 países (28 de ellos pertenecientes a la Unión Europea), a los que hay que sumar los Estados que adoptan el papel de observadores internacionales (Canadá, Estados Unidos, México, Japón, Israel y el Vaticano).

interpretativa desarrollada por el TJUE, antes y después de la adopción de la Carta.

3.1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El CEDH a pesar de ser uno de los primeros instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales (data de 1950), aporta como novedad más significativa la instauración de un sistema coercitivo para controlar el respeto por parte de los Estados de los derechos fundamentales que se reconocen a la persona²⁵⁸. El sistema de protección se encomienda a un órgano de naturaleza jurisdiccional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y se basa en diversos mecanismos: a) informes de los Estados sobre el grado de ejecución en su territorio a petición del Secretario General del Consejo de Europa; b) demandas interestatales o denuncias entre Estados miembros por incumplimiento de sus preceptos; y, por último, c) demandas individuales, para aquellos casos en que una personas, un grupo o una ONG considere que se le ha vulnerado alguno de los derechos garantizados.

A diferencia de la CSE, la protección dispensada a los individuos no se vincula a la ciudadanía, por lo que no es necesario que el demandante sea nacional del Estado infractor, basta con que, independientemente de la nacionalidad, se encuentre en el territorio de un Estado parte del Convenio y que se le haya vulnerado alguno de los derechos reconocidos en su articulado (arts. 34 y 35)²⁵⁹. El CEDH instaura un orden público europeo al proteger los derechos fundamentales, por lo que se permite que cualquier Estado parte exija el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la norma sin necesidad de que tenga un interés legítimo sobre el asunto (art. 33).

Como casi todos los instrumentos internacionales, las garantías incorporadas constituyen un mecanismo subsidiario cuyo objetivo es establecer límites mínimos que sean respetados por los Estados, lo que justifica que el catálogo de derechos recogido en sus preceptos sea

²⁵⁸ AA.VV (dir. Lasagabaster Herrarte, I.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004; AA.VV., *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEC, 2005.

²⁵⁹ Belorguey, J. M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n. 70/2007, pp. 352.

bastante reducido²⁶⁰. Con respecto al derecho de libertad sindical, el art. 11 CEDH lo regula en el marco de los derechos de asociación y reunión. El precepto enumera, muy esquemáticamente, las facultades que integran el derecho de sindicación, sin realizar alusión alguna a los convenios de la OIT, de forma que solo menciona los derechos de constitución y de afiliación y deja el desarrollo concreto de estas facultades a cargo de la jurisprudencia del TEDH²⁶¹. Como consecuencia de ello, las cuestiones sobre las que ha debido conocer el Tribunal han girado (durante décadas) en torno a esclarecer si los derechos sindicales garantizados integran el derecho a no afiliarse, esto es, la libertad sindical negativa, y la relación que existe entre los derechos de libertad sindical y las distintas manifestaciones de la acción colectiva, esto es, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga.

En relación a la primera cuestión, el TEDH ha admitido que la elección sindical es inherente al propio ejercicio del derecho de libertad sindical, de forma que, aun sin existir un reconocimiento expreso de la dimensión negativa del derecho, la obligación de afiliarse a un determinado sindicato puede ser contraria al art. 11 del CEDH, aunque sólo en determinadas circunstancias²⁶². Específicamente, el TEDH (así lo pondrá de manifiesto la jurisprudencia posterior) únicamente rechazará las injerencias en este ámbito cuando sean de tal magnitud que impidan completamente la libre opción sindical²⁶³.

Por lo que respecta a las posibles manifestaciones de la acción colectiva (negociación y conflicto colectivo, sustancialmente) y a su relación con los derechos sindicales, el TEDH ha mantenido, al menos hasta la última década del siglo XX, que el ámbito de protección del art. 11 CEDH se dirige fundamentalmente a garantizar las facultades organizativas y aquellas actividades que sean estrictamente indispensables para el

²⁶⁰ SSTEDH de 29 de mayo de 1997 (Asunto Tsirlis y Kouloumpas c. Grecia), ap. 57; de 20 de marzo de 1997 (Asunto Loukanov c. Bulgaria), ap. 41, y de 20 de marzo de 1997 (Asunto Beis c. Grecia), ap. 32.

²⁶¹ Así el derecho a fundar sindicatos incluirá las facultades para establecer libremente las normas sobre su funcionamiento, administrar los bienes sindicales, instaurar federaciones y adherirse a las mismas [STEDH de 2 de agosto de 2002 (Caso Gran Oriente de Italia), ap. 26].

²⁶² SSTEDH de 13 de agosto de 1991 (Caso Young, James et Webster), ap. 55; de 30 de junio de 1993 (Caso Sigurdur A. Sigurjónson c. Islandia), ap. 35; de 27 abril 2010 (Caso Vördur Ólafsson c. Islandia) ap. 16; de 11 enero 2006 (Caso Sorensen y Rasmussen c. Dinamarca) ap. 54.

²⁶³ La STEDH de 20 de abril de 1993 (Caso Sibson c. Reino Unido) ap. 29, legitima una conducta de traslado de un trabajador por cambiar su afiliación sindical basándose en que la conducta represiva no es tan incisiva como para condicionar la decisión del trabajador.

cumplimiento de las funciones sindicales, sin que se puedan considerar como tales el derecho a la negociación colectiva, las facultades de consulta o el derecho de huelga²⁶⁴. No obstante, dicha concepción ha evolucionado a lo largo de los últimos años y las consideraciones del Tribunal han pasado de una negativa expresa a un reconocimiento implícito y de este a declaraciones en las que considera estas facultades manifestaciones esenciales del derecho de libertad sindical²⁶⁵.

En lo que se refiere a las posibles limitaciones al derecho de libertad sindical, el CEDH constituye el instrumento internacional que con más extensión regula los supuestos de restricción permitida a los Estados, y ello por varias circunstancias. En primer lugar, las restricciones se podrán aplicar, y en este aspecto hay una gran diferencia con otros instrumentos internacionales, respecto de los tres derechos que se mencionan en el precepto (reunión, asociación y sindicación)²⁶⁶. En segundo lugar, se regulan con gran amplitud las causas que pueden originar la restricción: seguridad nacional, orden público, protección de los derechos y libertades ajenos, seguridad pública, prevención del delito y protección de la salud y de la moral pública²⁶⁷.

En cuanto al procedimiento para restringir el contenido de los derechos, el CEDH establece dos exigencias fundamentales. La primera referida a la disposición normativa adecuada y, por tanto, al sujeto legitimado para realizar la limitación: la ley como expresión de la soberanía popular. La segunda relativa a los requisitos que ha de observar dicha limitación: su necesidad en una sociedad democrática con objeto de hacer valer los fines que han de prevalecer (seguridad nacional, orden público y derechos y libertades de la personas).

²⁶⁴ SSTEDH 27 de octubre de 1975 (Caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga), ap. 38; de 6 de febrero de 1976 (Caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras), aps. 39-40.

²⁶⁵ Guamán Hernández, A., “¿Normas internacionales...?”, *óp. cit.*, pp. 116. Con respecto a la negociación colectiva, STEDH de 12 de noviembre 2008 (Caso Demir and Baykara v. Turquía) ap. 154. En cuanto al derecho de huelga, STEDH de 21 abril 2009 (Caso Enerji Yapi-Yol Sen v Turquía); más recientemente, STEDH de 21 de abril de 2015 (Caso Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) v España) ap. 32.

²⁶⁶ El art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) sólo mencionan restricciones respecto del derecho de asociación.

²⁶⁷ Los instrumentos posteriores descartarán algunas de estas causas por considerarlas fuera de contexto (el PIDCP acogerá la mayoría de los conceptos, obviando por completo la noción de prevención de delito, mientras que el PIDESC prescindirá del concepto de moral pública); o incluidas en categorías más amplias y homogéneas (es el caso del PIDESC, que termina englobando las causas de limitación en tres bloques: seguridad nacional, orden público y protección de los derechos y libertades ajenas).

Del contexto mencionado, cabe destacar dos aspectos esenciales que podrían definir el modelo de tutela articulado por el CEDH. El primero de ellos sería, sin lugar a dudas, la absoluta carencia en la regulación de las facultades que integran la acción sindical (especialmente derecho de negociación colectiva y derecho de huelga, aunque no sólo ellas), carencia que además se ha visto corroborada con una absoluta reticencia del TEDH, abandonada hace solo pocos años, a aceptar que la acción sindical integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical. Ciertamente, el TEDH ha corregido esta situación, pero la inexistencia de base normativa en el CEDH no impide que dicha doctrina pueda rectificarse para volver a la posición originaria y, en consecuencia, a la exclusión de dichas facultades del contenido garantizado por el art. 11 CEDH.

Con carácter adicional, hay que tener en cuenta que dicha posición, mantenida durante años, ha fraguado prácticas en los distintos Estados que serán difíciles de rectificar. Efectivamente, la falta de consagración expresa de los derechos que integran la acción sindical en el texto del Convenio ha justificado que durante años hayan recibido una tutela indirecta con anclaje no en los derechos de libertad sindical sino en la cláusula antidiscriminatoria que reconoce el art 14 del CEDH, que, en virtud de esta naturaleza, se acopla a los derechos sindicales a través del principio de universalidad, proscribiendo las diferencias entre organizaciones sindicales. Dicho planteamiento ha implicado, en último término, un control de las injerencias o de las represalias que no se ha canalizado, como hubiese sido deseable, a través del juicio de proporcionalidad sino de la razonabilidad, menos exigente que el primero en cuanto no integra el criterio de necesidad²⁶⁸.

La segunda circunstancia a destacar es la regulación detallada de un importante conjunto de garantías que deben regir la limitación o restricción de los derechos contemplados en el Convenio, sistema que debe desarrollarse en los próximos años respecto de las nuevas facultades que integran los derechos de libertad sindical y que ha de implicar la imposibilidad de privar a cualquier organización de facultades tan importantes como el derecho a la negociación colectiva o el derecho de huelga.

3.2. La Carta Social Europea

Como instrumento complementario al CEDH, el Consejo de Europa

²⁶⁸ Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical...*, *óp. cit.* pp. 267 y ss.

adopta la CSE, que recoge el catálogo de los derechos sociales que los distintos Estados miembros deben respetar y promocionar²⁶⁹. A pesar de que los objetivos que impulsan ambos textos son los mismos, podemos encontrar diferencias sustanciales que vendrán determinadas, sobre todo, por la diversidad en el funcionamiento de los órganos y mecanismos de control y por un mayor acercamiento de la CSE a la regulación contenida en las normas de la OIT²⁷⁰.

Con respecto a los mecanismos de control, las diferencias son significativas. Frente al órgano jurisdiccional implantado por el CEDH para conocer de demandas individuales por lesión de los derechos fundamentales perpetradas en territorio de un Estado miembro, la CSE establece órganos de control no jurisdiccionales (Comité de Expertos Independientes, Comité Intergubernamental, Asamblea Parlamentaria, Comité de Ministros). El sistema se estructura en base a dos mecanismos: informes bianuales emitidos por los distintos Estados miembro, que son evaluados por Comité de Expertos Independientes (desde 1998, Comité Europeo de Derechos Sociales, en adelante CEDS) de acuerdo con las exigencias reguladas en los arts. 21-29; y un procedimiento de reclamaciones colectivas, implantado en 1995, que encauza las quejas de organizaciones de trabajadores y empresarios por incumplimiento de los distintos Estados y que se resuelve por el CEDS a través de Decisiones²⁷¹. La regulación del derecho de libertad sindical, en principio, no parece presentar novedades significativas respecto de la contenida en el CEDH, al menos en su contenido, donde sólo se mencionan las facultades de constitución y adhesión (art. 5 CSE). A estos efectos, la diferencia fundamental se encuentra en la concepción del plano organizativo sindical. La libertad sindical deja de estar vinculada al derecho de asociación, y prueba de ello es que se utiliza, a semejanza de lo que ocurría con los Convenios de la OIT, el término *organización sindical*, sin predisponer la forma de organización hacia la opción de sindicato-

²⁶⁹ Pardell Veá, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, p. 8; Freixes Sanjuan, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en AA.VV., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 115.

²⁷⁰ La colaboración entre el Consejo de Europa y la OIT en la defensa de los derechos sindicales en Bartolomei De La Cruz, D. H., “La Carta Social Europea y la Organización Internacional de Trabajo”, AA.VV., *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*, Madrid, MTSS, 1989, pp. 131 y ss.

²⁷¹ Dicho procedimiento se articuló a través del Protocolo adicional de 1995 que no es aplicable a España, país que hasta el momento solo ha ratificado la versión original de la CSE (1961) y los Protocolos Adicionales de 1988 y 1991 [Bajo García, I., “La reforma laboral...”, *óp. cit.*, pp. 158].

asociación²⁷².

La mención expresa de las facultades de constitución y adhesión provoca algunas dudas sobre el contenido del derecho, sobre todo aquellas que se refieren a la existencia o no del derecho a no afiliarse y, por supuesto, la posible relación entre libertad sindical-negociación colectiva-medidas de conflicto colectivo. En principio, estas cuestiones deben resolverse en el sentido de admitir la vinculación, sin necesidad de mención expresa, en base a tres circunstancias distintas: a) el derecho de libertad sindical se reconoce de forma autónoma, sin encuadrarse en la libertad de asociación; b) junto a la libertad sindical (y, por tanto, relacionada con ella) se reconoce el derecho de negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, mencionándose expresamente el derecho de huelga (arts. 5 y 6); c) se reconoce, así mismo, el derecho a no sufrir represalias por el ejercicio de los derechos sindicales y de la actividad representativa (art. 5 y 28.1 CSE).

De forma explícita, el CEDS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto en algunas de sus Decisiones más recientes y ha considerado como “prerrogativas sindicales básicas” el derecho a expresar demandas o reivindicaciones relacionadas con las condiciones de trabajo y con la remuneración, el derecho a acceder al lugar de trabajo, así como el derecho de reunión y de expresión²⁷³. Con objeto de clarificar las dudas que puedan surgir, ha aclarado que el derecho a organizarse sindicalmente (art. 5 CSE) no puede definirse independientemente de los derechos de negociación colectiva y de huelga contemplados en el art. 6 CSE²⁷⁴, puesto que el derecho a expresar las demandas sobre condiciones de trabajo está garantizado como parte del derecho a la negociación colectiva. Así, cualquier restricción que tenga por efecto privar a las organizaciones de los medios más eficaces para la negociación de las condiciones de empleo, debe ser considerada desproporcionada y lesiva del derecho de libertad sindical y del derecho de negociación colectiva²⁷⁵.

²⁷² Destacadamente, *European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland*, Complaint No. 83/2012, Decision on admissibility and the merits, 2 December 2013, 77. En sentido contrario, Pardell Veá, A., *Los derechos sindicales... óp. cit.*, pp. 121.

²⁷³ *European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland*, Complaint No. 83/2012, Decision on admissibility and the merits, 2 December 2013, 80.

²⁷⁴ De forma más rotunda afirmará el Comité que en un contexto jurídico como el que impone la CSE, “el derecho a la negociación y a la acción colectiva son esenciales para garantizar la autonomía de los sindicatos y la protección de las condiciones de empleo de los trabajadores” [*Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, Complaint No. 85/2012, Decision on admissibility and the merits, 3 July 2013, 120].

²⁷⁵ *European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland*, Complaint No. 83/2012,

En sentido similar se pronuncia sobre el derecho de huelga, al que considera íntimamente relacionado con el derecho de negociación colectiva y con el derecho de libertad sindical aunque, evidentemente, rechaza que el derecho se configure con carácter absoluto o ilimitado. El derecho de huelga, afirma el Comité, puede ser objeto de restricción, si bien, dichas restricciones han de respetar los requisitos que establece el art. 31 de la CSE, de forma que solo serán compatibles con la Carta si se establecen por ley, persiguen un objetivo legítimo y son objetivamente necesarias en una sociedad democrática, es decir, si son proporcionadas al objetivo perseguido²⁷⁶.

Por lo que respecta a la faceta negativa del derecho, esto es, la libertad de no afiliación, la CSE no lo reconoce expresamente y la posición adoptada por los órganos de control ha variado sustancialmente a lo largo de los años. Inicialmente se consideraba, al menos así se puede derivar de las declaraciones sobre la legalidad de las cláusulas de seguridad sindical, que las presiones hacia la afiliación sólo estaban prohibidas si provenían de disposiciones de los Estados, por lo que no se fiscalizaban las prácticas establecidas por la autonomía colectiva. No obstante, es posible detectar cambios en la actitud del Comité a raíz de los pronunciamientos del TEDH sobre la materia. En este sentido, y siguiendo su jurisprudencia, se ha considerado que la obligación de afiliación a organizaciones sindicales impuesta por la autonomía colectiva puede, en determinadas circunstancias, ser contraria al art. 5 CSE²⁷⁷.

La influencia de la normativa de la OIT también es patente respecto de las posibles limitaciones que pueden practicar los Estados en el derecho de libertad sindical, sobre todo en lo que concierne a colectivos concretos de trabajadores. La regulación contempla a dos colectivos distintos, los trabajadores pertenecientes a las Fuerzas Armadas y los trabajadores del Cuerpo de Policía²⁷⁸.

El precepto que regula las restricciones generales a los derechos (art. 31), contiene varias previsiones. La primera establece que los derechos

Decision on admissibility and the merits, 2 December 2013, 80, 83 y 121.

²⁷⁶ European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland, Complaint No. 83/2012, Decision on admissibility and the merits, 2 December 2013, 201, 204.

²⁷⁷ De hecho, el canon de negociación colectiva establecido en el art. 11 de la LO 11/1985 constituye una de las preocupaciones constante en las Conclusiones del Comité De Derechos Sociales respecto a la situación de España [COE, 2014, Conclusions XX-3 - Spain - Article 5].

²⁷⁸ Las medidas que pueden afectar a uno u otro colectivo son distintas. Los Estados pueden limitar el derecho a los miembros de la policía y optar entre exclusión o limitación en el caso de las Fuerzas Armadas [Pardell Veá, A., *Los derechos sindicales...*, *óp. cit.*, pp. 142 y ss.; Bartolomei de la Cruz, D. H., "La carta Social...", *óp. cit.*, p. 145].

contemplados en la CSE sólo podrán ser limitados en los supuestos contemplados expresamente en la regulación. La segunda, que se configura como una excepción de la anterior, consiste en una cláusula genérica que permite la limitación por causas tipificadas (garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros, proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres) cuando resulte necesario en una sociedad democrática. La tercera y última, prohíbe el establecimiento de restricciones por causas distintas a las consignadas.

En consecuencia, podemos asegurar que la CSE presenta un sistema de protección algo distinto del plasmado por el CEDH, tanto en lo que respecta a los mecanismos de control como al contenido de los derechos de sindicación cuya configuración parece mucho más próxima a la normativa de la OIT al integrar expresamente los derechos de acción colectiva. En cuanto a la regulación de restricciones, la CSE reitera y consolida los requisitos necesarios para realizarlas, exigiendo que las limitaciones se introduzcan mediante ley y sólo y exclusivamente cuando sean necesarias para conseguir las finalidades que debe salvaguardar cualquier sociedad democrática.

4. A modo de conclusión. La diversidad de modelos de protección frente a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El estudio realizado pone de manifiesto que durante años han regido en el ámbito internacional distintos modelos de tutela de los derechos de libertad sindical. El primero, articulado por la OIT, se ha basado en una concepción amplia de los derechos sindicales que los entiende configurados por facultades organizativas y funcionales, consagradas en sus normas fundamentales y que, precisamente por ello, permite una tutela articulada a través de dos instrumentos, la nulidad del acto lesivo y la inversión de la carga de la prueba. En este contexto, la protección se dispensa en cuanto las facultades mencionadas conforman el contenido de los derechos de libertad sindical.

Junto a este sistema debemos considerar el estructurado por el TEDH (sobre el CEDH), que durante años ha entendido los derechos sindicales desde un plano estrictamente organizativo, excluyendo de su contenido las distintas facultades que integran la acción colectiva. La consecuencia ha sido un modelo de tutela deficitario y parcial que sólo protegía la acción colectiva cuando su regulación conllevaba diferencias entre sujetos u organizaciones sindicales. Esta tutela indirecta, a través del principio de

igualdad y de la prohibición de discriminación, propia de sistemas jurídicos donde no están constitucionalizados los derechos de libertad sindical, ha estado presidida por la aplicación de un juicio de razonabilidad incapaz de medir la incidencia de la injerencia sobre los derechos de libertad sindical.

La diversidad de los modelos de protección se ha atenuado en los últimos años a través de la aplicación de la CSE por parte del CEDS²⁷⁹ y de la reciente evolución de la doctrina del TEDH sobre el contenido del derecho de libertad sindical que, finalmente, reconoce la negociación colectiva y la huelga como parte del contenido esencial de este derecho fundamental. Estos avances, aunque de una importancia capital, no deben hacernos perder de vista que el verdadero objetivo debe ser uniformar los niveles de protección, aspecto que quedará absolutamente garantizado cuando existan previsiones normativas que incluyan las manifestaciones de la acción colectiva en el articulado de la generalidad de los instrumentos de protección, especialmente del CEDH.

No obstante, en tanto la falta de vinculación no significa ineficacia, es necesario reconocer que muchos ordenamientos jurídicos, entre los que se puede destacar el español, han sabido integrar los distintos modelos de tutela, extraer de ellos los mecanismos de aplicación más prometedores y construir un sistema de protección eficaz de los derechos de libertad sindical. Efectivamente, la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre derechos de libertad sindical aglutina la concepción amplia de estos derechos que se desprende de los Convenios de la OIT, el sistema de garantías que establece el CEDH y la CSE para su restricción (reserva de ley, necesidad y finalidad acorde a una sociedad democrática), los mecanismos de tutela que derivan de la Recomendación 143 de la OIT (nulidad de los actos lesivos e inversión de la carga de la prueba) y los propios del derecho constitucional español (garantía del contenido esencial).

Siendo así, y teniendo en cuenta que todos los países de nuestro entorno pertenecen a ambas organizaciones y, en consecuencia, se encuentran vinculados por sus instrumentos normativos, lo normal es que esta construcción se haya generalizado y convertido en el nivel estándar que determina la protección de los derechos de sindicación. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que en el ámbito comunitario existen otras organizaciones que pueden distorsionar la aplicación de estos modelos de

²⁷⁹ Sobre la relevancia de las actuaciones realizadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales, Salcedo Beltrán, M. C., “Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea”, en Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C., *La jurisprudencia del Comité Europeo...*, *óp. cit.*, pp. 97.

tutela, siendo esto lo que ha ocurrido en la Unión Europea.

Efectivamente, como decíamos al principio de nuestro estudio, la UE asume como modelo de inspiración en la protección de los derechos humanos el modelo de tutela plasmado en el CEDH, primero a través de la jurisprudencia del TJCE, más tarde como referencia normativa y, en los últimos años, como instrumento complementario a la CDFUE²⁸⁰. En contraposición, las referencias a los derechos sociales contenidos en la CSE aparecerán de forma intermitente en diversos instrumentos normativos (no vinculantes) hasta la adopción del Acuerdo de Política Social (1992) y la incorporación del mismo al TCE (Acuerdo de Ámsterdam)²⁸¹. La adopción de la CDFUE, que desde 2009 es el instrumento básico para la protección de los derechos fundamentales en dicho ámbito²⁸², parece equilibrar la importancia de ambos instrumentos al introducir en su articulado tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales fundamentales²⁸³.

El art. 12 regula, dentro del Título II, denominado Libertades, los derechos de reunión y de asociación, y desde ese marco asociativo se reconocen las asociaciones en el ámbito político, sindical y cívico, mencionando expresamente las facultades de constitución y afiliación a organizaciones sindicales para la defensa de los intereses que puedan tener sus titulares. Es de destacar que el texto, al igual que ocurría con el CEDH, no menciona algunas de las facultades que se integran generalmente en este derecho, como la libertad sindical negativa o los derechos de acción colectiva. Estos últimos se consagran por separado en el Título IV, denominado Solidaridad, concretamente en el art. 28 destinado a regular el derecho de negociación y de acción colectiva, incluida la huelga.

Además de la regulación material de los derechos de libertad sindical y de gran parte de los derechos o facultades que pueden conectar con ellos, las aportaciones fundamentales de la CDFUE consisten en establecer una serie de mecanismos que garantizan el contenido de esos derechos frente a las instituciones comunitarias, al exigir que cualquier limitación deba

²⁸⁰ Pi Llorens, M., Los derechos fundamentales..., *óp. cit.*, pp. 78 y ss.

²⁸¹ Un breve análisis de la política social europea hasta la década de los noventa en Vogel-Polsky, E., “La Europa Social del año 2000: La Carta Social y el Sistema Comunitario”, en AA.VV. (Ed. Lezertua, M., y Vida Soria, J.), *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*, Madrid, MTSS, 1989, pp. 68 y ss.

²⁸² Análisis de su contenido en Borelli, S., Guazzarotti, A. y Lorenzon, S., *I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei Diritti Fondamentali*, Napoli, Jovene, 2012.

²⁸³ Barbera, M., “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, en Borelli, S., Guazzarotti, A. y Lorenzon, S., *I diritti dei lavoratori nelle Carte...*, *óp. cit.* pp. 233.

establecerse mediante ley que, en todo caso, habrá de respetar su contenido esencial (reserva de ley y garantía del contenido esencial). En cuanto a los criterios que han de aplicarse para analizar la legitimidad de la injerencia, la norma exige que dichas limitaciones se efectúen respetando el principio de proporcionalidad, por lo que sólo pueden adoptarse cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la UE o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás²⁸⁴.

Dos cuestiones controvertidas plantea el precepto. La primera de ellas se refiere a la amplitud e indeterminación de una de las causas que justifica la restricción: objetivos de interés general reconocidos por la UE. La segunda hace alusión al haz de facultades que integran los derechos sindicales garantizados en la CDFUE pues, en principio y de acuerdo con la redacción literal y con la jurisprudencia del TJUE, parecen configurarse desde una perspectiva eminentemente orgánica que dejaría fuera de su contenido al derecho de negociación colectiva y al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo²⁸⁵.

No obstante, son varias las previsiones adicionales que intentan aclarar cuál debe ser el contenido y el alcance de los derechos contemplados en la CDFUE. La primera de ellas contiene una referencia al CEDH y establece que, en la medida en que la Carta contenga derechos garantizados por este, y la libertad sindical es uno de ellos, el sentido y alcance que haya de dársele serán similares a los que les confiere dicha norma, previsión que no obsta a que el derecho de la UE otorgue una protección más extensa. La segunda concreción del contenido de los derechos consagrados se refiere a los ordenamientos internos de los Estados, de forma que, en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales que resulten de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados, dichos derechos se interpretarán en armonía con dichas tradiciones.

Según estas previsiones, habría que considerar que los derechos de libertad sindical reconocidos en la CDFUE deben interpretarse de acuerdo con el sentido y alcance de que les dota el CEDH, lo que provoca que resulte aplicable la concepción amplia (organizativa y funcional) que

²⁸⁴ Entendemos que el principio de proporcionalidad estaría integrado por todos y cada uno de sus presupuestos: equivalencia de los bienes en conflicto, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el contenido del principio y su aplicación para proteger los derechos fundamentales, Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 123, 2004, pp. 471 y ss.

²⁸⁵ Sobre estas cuestiones, Guamán Hernández, A., “¿Normas internacionales...?”, *óp. cit.* pp. 107 y ss.; De Stefano, V., “La protezione del diritto...”, *óp. cit.*, pp. 467 y ss.

de estos derechos viene aplicando el TEDH desde 2008. El mismo sentido, en la medida que proceda, debe predicarse del hecho de que la CDFUE reconozca una interpretación armónica con las tradiciones nacionales en aquellos casos que los Estados reconozcan derechos en ella contemplados.

Por último, también relacionada con el contenido de los derechos garantizados, aparece la pretensión de consolidar el nivel de protección instaurado por los distintos Tratados e instrumentos Internacionales sobre derechos fundamentales, pues en ningún caso las disposiciones de la Carta pueden limitar o restringir el contenido de los derechos consagrados, en especial el garantizado por el CEDH y por las Constituciones de cada uno de los Estados (art. 53 CDFUE).

El TJUE ha aclarado en pronunciamientos recientes que esta previsión no significa que, en caso de conflicto o indeterminación sobre el grado de protección de un determinado derecho fundamental, se deba aplicar el estándar de protección superior que derive del catálogo nacional de derechos fundamentales, circunstancia que solo será posible en aquellos casos en que la disposición comunitaria aplicable deje margen de apreciación a los Estados y que su aplicación no afecte a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión. En sentido contrario, no es posible desplazar el estándar de protección ofrecido por la CDFUE cuando se trate disposiciones de la UE que los Estados tengan que aplicar o ejecutar en términos reglados²⁸⁶.

La interpretación efectuada por el TJUE dificulta la adopción del modelo de tutela más garantista cuando se trata de aplicar cualquier disposición normativa de la UE, a excepción de aquellas que permiten apreciación por parte de los Estados. Respecto de estas últimas, es importante destacarlo, cabe aplicar los modelos de tutela arbitrados en el derecho interno, ahora ya sí de acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas por cada uno de los Estados. El problema estará en determinar qué tipo de políticas o disposiciones de la UE permiten la apreciación por parte de los Estados, qué grado de apreciación es necesario para permitir el desplazamiento del estándar de protección impuesto por la CDFUE y, por supuesto, en qué supuestos se puede considerar que el desplazamiento afecta a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión, aspectos que deberán ser aclarados por el TJUE.

En el ejercicio de esta labor, el Tribunal no debería olvidar, a efectos de

²⁸⁶ Alonso García, E., *El juez nacional...*, *óp. cit.*, pp. 30 y ss.; STJUE de 26 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 54], C-399/11, Asunto Melloni, apartado 49; STJUE de 26 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 56], C-617/10, Asunto Akerberg, apartado 49.

articular la tutela de los derechos de libertad sindical en el seno de la UE, que en virtud de las disposiciones de la CDFUE: a) está obligado a interpretar los derechos fundamentales conforme a la concepción mantenida por el TEDH; b) que además de la faceta organizativa sindical, la CDFUE reconoce el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga y que ello es suficiente para evitar una tutela de los derechos de acción colectiva basada exclusivamente en los parámetros de la razonabilidad; c) que en cuanto derechos sustantivos garantizados en la Carta, el derecho de libertad sindical, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga solo pueden ser restringidos aplicando las garantías que esta menciona (ley, finalidad equivalente, garantía del contenido esencial y principio de proporcionalidad, integrado necesariamente por el criterio de necesidad); y, d) que el art. 53 de la CDFUE, bien puede resultar aplicable a las causas que justifican la restricción de los derechos fundamentales en los distintos ordenamientos, lo que, al menos, pondría en entredicho la alusión a “objetivos de interés general reconocidos por la UE”.

Los próximos años serán claves para articular de forma adecuada los modelos de tutela de los derechos fundamentales y, muy especialmente, los relativos a los derechos de libertad sindical en cuanto integran facultades que constituyen (la experiencia judicial así lo demuestra) obstáculos a las libertades económicas, aunque también (es necesario recordarlo) verdaderos puntos de anclaje para garantizar la dignidad e integridad del trabajador. Ante esta labor, tenemos la obligación de evitar que en las circunstancias actuales, en un contexto de crisis económica y de empleo estructural, se justifique (bajo la excusa de un carácter coyuntural que ya sabemos ficticio) el establecimiento de estándares de protección inferiores a los consagrados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT que, precisamente, nació para cumplir esa función.

5. Bibliografía

- Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Alonso García, E., *El juez nacional en la encrucijada Europea de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2014.
- Bajo García, I., “La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité

- Europeo de Derecho Sociales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 40/2015.
- Barbera, M., “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, en Borelli, S., Guazzarotti, A., y Lorenzon, S., *I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei Diritti Fondamentali*, Napoli, Jovene, 2012.
- Bartolomei De La Cruz, D. H., “La carta Social Europea y la Organización Internacional de Trabajo”, AA.VV., *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*, Madrid, MTSS, 1989.
- Belorguey, J. M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 70/2007.
- Borelli, S., Guazzarotti, A., y Lorenzon, S., *I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei Diritti Fondamentali*, Napoli, Jovene, 2012.
- Bronzini, G., *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, INT 118/2015, I.
- Caruso, B., “Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell’arte”, en AA.VV., *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, Collective Volumes 1/2011.
- Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 123, 2004.
- Carrizosa Prieto, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Sevilla, Junta de Andalucía-CARL, 2009.
- De Stefano, V., “La protezione del diritto di sciopero nella dialettica tra Corti e Organi di supervisione internazionali”, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 143/2014.
- Freixes Sanjuan, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en AA.VV., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Gernigon, B., “El Convenio núm. 98 OIT: Un instrumento que sigue siendo de actualidad cincuenta años después de su adopción”, en OIT, *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*, Educación Obrera, 1999/1-2, nn. 114/115, pp. 19 y ss.
- Giubboni, S., “I diritti sociali alla prova della crisi: L’Italia nel quadro Europeo”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 142/2014.

- Guamán Hernández, A., “¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 11/2014.
- Guamán Hernández, A., “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)”, *Revista de Derecho Social*, n. 70/2015.
- Guamán Hernández, A. y Noguera Fernández, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad*, Albacete, Bomarzo, 2015.
- Kellerson, H., “La Declaración de la OIT de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales: Un reto para el futuro”, *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 117/1998, n. 2.
- Martín y Pérez De Nanclares, J., “Cita con la ambición: El Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 48/2014.
- OIT, *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998.
- OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado en la 98ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.
- OIT, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo. Dar un rostro humano a la globalización*, Ginebra, 2012.
- Pardell Veá, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989.
- Pi Llorens, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., “OIT, derechos humanos y libertad sindical”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, 1999.
- Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- Salcedo Beltrán, M. C., “Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea”, en Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M. C., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Salcedo Beltrán, M. C., *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.
- Vogel-Polsky, E., “La Europa Social del año 2000: La Carta Social y el Sistema Comunitario”, en AA.VV. (Ed. Lezertua, M., y Vida Soria, A, J.), *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*, Madrid, MTSS, 1989.

- AA.VV. (dir. Lasagabaster Herrarte, I.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2004.
- AA.VV., *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEC, 2005.

Medidas de reparto de empleo en España en un contexto de crisis económica: ¿solución contra el desempleo o vía de incremento de la precariedad laboral?

Mariola SERRANO ARGÜESO*

RESUMEN: En un contexto de crisis económica en España en el que se ha optado por reformas del mercado de trabajo que dotan de mayor poder al empresario e inciden en la precariedad de las condiciones laborales de los trabajadores, proponemos el “buen uso” de las medidas de reparto de empleo existentes en la legislación laboral como solución para la creación y el mantenimiento del mismo.

La búsqueda en la legislación española de medidas de reparto de empleo se enmarcan dentro de las políticas de flexiseguridad laboral y su “buen uso” tiene como límites la voluntariedad, solidaridad, retribución económica justa, reducción efectiva del tiempo de trabajo y también la temporalidad de la decisión. Ello obliga a desechar algunas de las medidas que tradicionalmente se han entendido como tales y a condicionar su uso de otras.

Palabras clave: Reparto de empleo, crisis, precariedad, desempleo, trabajo digno.

SUMARIO: 1. El problema del desempleo en España y el deterioro de las condiciones laborales. 2. El concepto de trabajo digno. 3. Flexibilidad y organización del tiempo de trabajo. Aproximación al concepto de reparto de empleo. 4. Análisis jurídico crítico de las medidas de reparto de empleo en la legislación española. 5. Bibliografía.

* Profesora Doctora Encargada de la Universidad de Deusto y miembro del equipo de investigación “EDISPe, Economía, desarrollo e innovación social para las personas”, de la Universidad de Deusto (Bilbao, España).

1. El problema del desempleo en España y el deterioro de las condiciones laborales

En España, desde comienzos del siglo XIX hasta el año 2008 las tasas de desempleo se mantuvieron bastante constantes, en torno al 10%. En concreto, en el segundo trimestre de 2007 se llegó a registrar una tasa de desempleo en España del 7,9%. A partir de ese momento, dicho indicador comenzó a ascender ligeramente. Sin embargo, no fue hasta comienzos de 2008 (9,6% de desempleo) cuando empezaron a registrarse subidas realmente importantes. En 5 años se pasó de una tasa del 9,6% al 26,94%²⁸⁷ lo que significa que una de cada cuatro personas se encontraba sin trabajo. Aunque la situación ha ido mejorando sensiblemente, los datos son aún alarmantes siendo la tasa de desempleo en España del 23,78%²⁸⁸. En términos brutos hay, en estos momentos, 5.444.600 personas que no tienen trabajo en España²⁸⁹. En la Euro Zona, la tasa media se sitúa en un 11,3%. Así, entre comienzos de 2013 y 2014 el paro ha descendido en 21 Estados miembros, se ha mantenido en 1 y ha aumentado en 6. Noruega, Islandia, UK y Austria tienen la menor tasa de desempleo con un 4,1%, 4,2%, 4,7%, 5,5% y 5,6% respectivamente. Por el contrario, España es el segundo país con más desempleo, sólo por detrás de Grecia (25,4%). Países como Italia (13%), Portugal (13,5%) y Croacia (18,5%) reflejan también una tasa de empleo elevada²⁹⁰.

El empleo que se había creado no era tampoco un empleo de calidad. Desde finales de los años 90 hasta el año 2007 España registró, como hemos dicho, una etapa de crecimiento económico fundamentada en una especialización del crecimiento en sectores con bajos niveles de innovación y productividad y con bajos requerimientos de cualificación y alta temporalidad²⁹¹. Todos estos elementos contribuyeron a potenciar la creación de empleo, pero también supusieron una mayor vulnerabilidad del mismo ante futuros cambios del modelo económico. La precariedad laboral, además, supone un aumento de desigualdades laborales y sociales que afectan a los colectivos más débiles: jóvenes, mujeres, personas con menor nivel de cualificación, inmigrantes y trabajadores mayores de 45

²⁸⁷ Población activa: 23.304.380

²⁸⁸ Comisión Europea, *Informe sobre España*, http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/cs2015_spain_es

²⁸⁹ Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es>, (última visita el 9 de julio de 2015).

²⁹⁰ <http://www.datosmacro.com> (última visita el 15 de mayo de 2015).

²⁹¹ Ver al respecto: Rocha, F., Aragón, J. y Cruces, J., *Cambios productivos y empleo en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

años con bajos niveles de formación.

Las reformas laborales²⁹² que se han llevado a cabo en España en los últimos años al objeto de crear empleo y reducir la dualidad del mercado de trabajo y la temporalidad contractual en el marco de la estrategia de austeridad impulsada desde la Unión Europea han supuesto también, de facto, un aumento de la precariedad laboral de los trabajadores españoles.

La doctrina ha señalado reiteradamente que estas reformas, y muy especialmente la de 2012, suponen una vuelta de tuerca en la lógica de la precarización laboral impulsada por la mayoría de las reformas del mercado de trabajo adoptadas desde 1984. Un camino que, además, presenta una significativa incongruencia entre sus objetivos y contenidos, en la medida en que la “apelación al empleo estable, omnipresente en todas las reformas laborales que vienen sucediéndose en nuestro país al menos desde 1997, se ha convertido, por extraño que resulte, en un elemento depredador de las garantías laborales”²⁹³.

Actualmente en España son numerosas las previsiones normativas que afectan a la calidad del empleo. Así, entre otras, debemos resaltar la figura del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores²⁹⁴, la mayor flexibilidad del contrato de aprendizaje y formación, la modificación de la regulación del contrato a tiempo parcial, la modificación de la regulación de las empresas de trabajo temporal, la mayor flexibilidad en el régimen de despidos, el aumento del poder empresarial para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la reforma del sistema de negociación colectiva. Las modalidades contractuales de empleo atípico, por ejemplo, han adquirido gran relevancia durante la crisis económica, entre ellos, los contratos de duración determinada, el contrato a tiempo parcial o los empleos indirectos. A este respecto, se ha señalado que la ruptura de la relación bilateral entre un trabajador y un empleado, provocada por la creciente diversificación y complejidad de las figuras empresariales supone el principal factor de precariedad de la última década y uno de los retos del Derecho del Trabajo²⁹⁵. Sin entrar en un análisis exhaustivo de la reforma

²⁹² Ley 35/2010, de 17 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre) y RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012).

²⁹³ Pérez, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, *Revista de Derecho Social*, n. 57, p. 52.

²⁹⁴ Contrato que implica una quiebra radical de los criterios de estabilidad del empleo, mediante un dilatadísimo periodo de prueba que sumerge el contrato en un mar de precariedad, muy por encima de nuestras experiencias contractuales más descausalizadas. Pérez, J., *óp. cit.*

²⁹⁵ Al respecto Gaeta, L., y Gallardo, R. (dirs), *Los empresarios complejos: un reto para el*

del mercado de trabajo en España resulta preocupante la proliferación a raíz de la crisis económica de una serie de figuras afines al contrato laboral. Destaca, entre ellas, el “falso autónomo”, una figura difícil de conceptualizar en términos económicos, sociales y jurídicos. Estos *pseudo* trabajadores se caracterizan por tener una relación de trabajo situada entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente. Su relación laboral se califica formalmente como trabajo autónomo pero, en la práctica, su desarrollo sigue las mismas pautas del trabajo subordinado o asalariado con un importante grado de dependencia del trabajo respecto del empresario. La existencia y regulación del “trade” o trabajador autónomo económicamente dependiente, se ha discutido social y doctrinalmente puesto que puede camuflar el trabajo de los falsos autónomos. El rasgo característico de esta modalidad de empleo precaria sería la de ser una relación de trabajo independiente que encubre una dinámica real no reglada e informal de salario eludiendo el control de la negociación colectiva, entre otras cuestiones²⁹⁶. Las becas, prácticas formativas u otras situaciones de trabajo sin relación laboral también se pueden entender como una vía encubierta e informal de empleo. Muchos jóvenes se ven obligados a aceptar condiciones de trabajo precarias con la expectativa de adquirir experiencia profesional o incluso, simplemente, de acceder al mercado laboral a cambio de este tipo de becas o prácticas formativas con baja o nula remuneración, falta de cobertura de seguridad social, escasa o nula formación y sin derechos laborales²⁹⁷.

La precariedad de las condiciones laborales de los trabajadores es latente en el empleo sumergido o empleo irregular. Éste, se define como aquella actividad económica cuya realización sin ser irregular en sí misma, no se declara las autoridades administrativas²⁹⁸. A título de ejemplo, abarcaría conductas fraudulentas como el trabajo de los extranjeros sin regularizar, la falta de alta cotización a la seguridad Social, colaboradores familiares etc²⁹⁹. Recientemente, la OIT, en una *Recomendación sobre la transición de la economía formal a la economía informal*³⁰⁰ reconoce que la alta incidencia de la

Derecho del Trabajo, Bomarzo, 2010.

²⁹⁶ Vid. al respecto López, F., “El trabajo autónomo”, *Reflexiones y propuestas en torno a la economía social y al autoempleo*, Fundación 1º de Mayo, 2012.

²⁹⁷ European Commission, *Study on a comprehensive overview on traineeship arrangements in Member States*, 2012.

²⁹⁸ Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

²⁹⁹ Vid. al respecto el reciente estudio de Fernández Avilés, J. A., “La transición de la economía informal a la formal (a propósito de la nueva Recomendación de la OIT)”, *Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 388, julio 2015, pp. 5-14.

³⁰⁰ OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional

economía informal obstaculiza enormemente los derechos de los trabajadores y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los Gobiernos, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales³⁰¹.

Los trabajadores atrapados en esta dinámica de trabajo precario sufren de forma permanente un impacto negativo sobre sus condiciones laborales y vitales. De ahí que desde numerosos ámbitos se haya acuñado el término de “precariado”³⁰². La precariedad laboral es, de esta forma, lo opuesto al concepto de trabajo digno. En un contexto de crisis económica, proponemos el “buen uso” de las medidas de reparto de empleo como solución temporal y consensuada de mantenimiento y creación de empleo.

2. El concepto de trabajo digno

La Constitución Española garantiza entre los derechos y libertades de los ciudadanos, en su artículo 35.1, el derecho y el deber al trabajo³⁰³, derecho

de Trabajo, 103ª reunión 2014.

³⁰¹ Fernández Avilés, J. A., *óp. cit.*

³⁰² Standin, G., *El precariado. Una nueva clase social*, Ediciones del pasado y del presente, 2013.

³⁰³ Ampliamente reconocido en la normativa internacional y europea: 1919: Tratado de Versalles. (Parte XIII, art. 378-427 creación de la OIT; Versalles, 28 de junio de 1919); 1944: Declaración de Filadelfia (Filadelfia, 10 de mayo de 1944); 1948: Declaración universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948); 1948: Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (Bogotá, 10 de diciembre de 1948); 1950: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950); 1961: Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961). Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de junio de 1980 n. 153, pp. 14533 a 14540; 1966: Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 19 de diciembre de 1966). Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 1977, n. 103, pp. 9343 a 9347; 1966: Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966). Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de abril de 1977, n. 103, pp. 9337 a 9343; 1988: Protocolo Adicional a la Carta Social Europea (Estrasburgo, 5 de mayo de 1988). Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de abril de 2000, n. 99, pp. 16074 a 16078.

sobre el que pivota el modelo laboral de nuestra Constitución³⁰⁴. El derecho al trabajo incluye también una responsabilidad del Estado cuando establece que los poderes públicos deben llevar a cabo una política orientada al pleno empleo. Tal y como reconoció la sentencia 22/1981 del Tribunal Constitucional, de 2 de junio “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un puesto determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, no ser despedido si no existe justa causa”.

El trabajo puede contribuir al desarrollo integral de la persona u obstaculizarlo³⁰⁵. Así pues, es fuente de realización personal y ocupa una parte importante de la vida humana. “El trabajo es para la persona, no al revés; y por eso encuentra su dignidad y sentido último en el hecho de que es un ser humano quien lo desarrolla, por encima de los logros objetivos en los que éste se traduce”³⁰⁶. Es también un instrumento de integración social. No basta con que a uno le garanticen unos ingresos sin trabajar. Una sociedad en la que todos los hombres y mujeres tengan acceso a un trabajo que les permita vivir dignamente a ellos y a sus familias habrá avanzado mucho en el duro camino hacia la justicia social. Cuando nos acercamos a las realidades de pobreza y marginación de nuestro mundo, descubrimos inmediatamente que la imposibilidad de acceder a medios dignos de ganarse la vida con el trabajo, ya sea en negocios propios o como empleados por cuenta ajena, constituye una de las lacras fundamentales de esos colectivos³⁰⁷. Por último el trabajo es vía de acceso a la renta necesaria para la pura supervivencia.

El término “desempleo” alude a la falta de trabajo. Un desempleado es aquella persona que forma parte de la población activa y que busca empleo sin conseguirlo. La situación de desempleo es un problema de dimensiones económicas, sociales, culturales y sociológicas. Afecta a la

³⁰⁴ El reconocimiento del papel de los sindicatos en el artículo 7, el derecho de huelga en el artículo 28, el derecho de negociación colectiva y conflictos colectivos en el artículo 37 y la distribución de la renta, formación profesional y seguridad e higiene en el trabajo en el artículo 40, entre otros.

³⁰⁵ Camacho, I. y otros, *óp.cit.*, p. 162.

³⁰⁶ Sasía P. M, *La empresa a contracorriente. Cuestiones de ética empresarial*. Bilbao, Mensajero-Alboan, 2004, p. 129.

³⁰⁷ Sasía, *óp.cit.*, p.129.

salud de las personas pudiendo generar depresión y baja autoestima entre otras patologías. El propio término desempleo genera un estigma social, además de que puede suponer la exclusión del desempleado de la propia sociedad³⁰⁸. La sociedad española, en concreto, ha tenido que asumir en los últimos años esa rotación o ciclo de empleo-desempleo-empleo, lo que ha generado una mayor dependencia de las pensiones, subsidios y ayudas sociales, sobre todo de prestaciones por desempleo³⁰⁹. Paro, desempleo, subsidio y crisis son palabras utilizadas y temidas en este momento en España. Las personas desempleadas necesitan sentirse útiles puesto que, como hemos mencionado, el empleo adecuado y satisfactorio es una fuente de desarrollo personal. El cese en la actividad, por el contrario, implica una ruptura en el desarrollo profesional pudiendo suponer, incluso un desequilibrio en sus vidas por eso, el llamado “modelo S.O.S (Supervivencia, Organización y Solidaridad) para hacer frente a la crisis aboga por proporcionar a los desempleados técnicas de supervivencia, organización y solidaridad e implicar a toda la sociedad³¹⁰.

Es en este contexto de lucha contra el desempleo y búsqueda de un trabajo digno dónde encajan las medidas de reparto de empleo. Como veremos, en el siguiente epígrafe, no existe una definición legal de las medidas de reparto de empleo sino que es una opción empresarial o incluso política al objeto, bien de mejorar o salvar la situación económica de la empresa o bien contribuir a mejorar el bienestar de las personas gestionando el uso del tiempo. En contextos de crisis económicas agudas

³⁰⁸ “Unemployment” en inglés hace entrada en el diccionario con su significado actual a finales del siglo XIX y se encuentra implícito tanto el término desempleo como ociosidad. Hasta ese momento dicha palabra se utilizaba para definir a hombres y cosas no utilizadas mientras que se utilizaba el término *idleness* (inactividad, holgazanería, desocupación) para definir a las personas sin trabajo y su condición Murray, J.A *New dictionary of historical principles*, Vol. X, Oxford, Clarendon Press, 1908. Keynes aporta la visión del desempleo como fenómeno involuntario situando el problema del paro en el contexto de las inversiones y de los consumos. Keynes, J. M, *The general theory of employment, interest and money*, Londres, Macmillan, 1963. En Francia se pasa de utilizar el término “chomage” a “chomeur” siendo el primero despreciativo y el segundo simple y aparentemente connotativo. Salais, R, Bavarez, N. y Reynaud, B., *L’ invention du chomage*, Paris, Presses Universitaires de France (versión castellana), 1986. En España e Italia, culturas mediterráneas, el término desempleo se entendía hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX como la actitud mental de no asumir compromisos ni responsabilidad. A partir de ese momento el término define a una persona sin trabajo. Battaglia, S., *Grande dizionario de lla lingua italiana*, Turin, Utet, 1961.

³⁰⁹ Al respecto, Rubio Arribas, J., “Consecuencias sociales y laborales de la desregularización del mercado de trabajo”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 38, 2013.

³¹⁰ http://josebuendia.blogspot.com.es/2011/02/modelo-sos-contrala-crisis_08.html

las medidas de reparto de empleo se configuran como políticas que tienen como objetivo mejorar la situación económica de la empresa para la creación y/o el mantenimiento del empleo.

Las medidas de reparto de empleo, como políticas sociolaborales que son, deben preservar en todo momento la dignidad de la persona. Según Cabeza Pereiro y Cardona Rubert:

“La dignidad se relaciona con el valor de lo humano y con la consecución de una vida humana deseable. La dignidad dispone de un contenido positivo y negativo. El contenido positivo indica su papel como fuente de derechos y como agente coadyuvante y orientador en el favorecimiento y promoción de políticas destinadas a la satisfacción de derechos. Mientras que el contenido negativo se refiere a su papel como límite de actuación a otros, incluidos el propio Estado y el mercado, y límite de derechos”³¹¹.

La dignidad es la matriz desde donde deben partir los derechos y obligaciones en el ámbito laboral. No podemos considerar que el establecimiento de límites sea negativo, sino una vía de doble garantía a la función social del Estado. Y es que las “políticas sociolaborales interpretadas como aquellas que se proyectan sobre el trabajo y sobre la protección social”³¹², abarcan las fuentes reguladoras del trabajo (y por ende del tiempo de trabajo) y la consiguiente protección y tutela de sus actores en el plano de las relaciones laborales.

Ligado a la noción de dignidad en el trabajo, encontramos el concepto de trabajo decente. “El concepto de trabajo decente que ha ido configurando la Organización Internacional del Trabajo se basa, fundamentalmente, en la lucha contra la pobreza a través del trabajo en condiciones de dignidad”³¹³. Hablamos por tanto de la necesidad de arraigar el concepto de solidaridad colectiva, en virtud del cual y conforme a Sandel³¹⁴:

“Se entiende que todo ser humano se enmarca en una sociedad cuyos miembros están atados por relaciones de dependencia recíproca y responsabilidades mutuas. Reconocer el derecho a la dignidad significa que la sustancia de este derecho debe responder a las necesidades, problemas e intereses de todos los grupos sociales, incluyendo especialmente los más necesitados de tutela y los más vulnerables”.

³¹¹ Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. T. “Aproximación a las políticas sociolaborales”, *Políticas sociolaborales*. Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 49-50.

³¹² *Ibidem*, p. 41.

³¹³ Charcartegui Jávega, C., “La ley 3/2012, de 6 de julio. Una reforma laboral en detrimento de la dignidad y del concepto de trabajo decente de la OIT”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n. 31, 2013, p.10.

³¹⁴ Sandel, Michael, J., *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press, 1982, pp. 30 y ss. En Charcartegui Jávega, *op. cit.*, p.11.

Resulta de interés recordar³¹⁵ que es necesario integrar la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras con la calidad del trabajo garantizando, así, un trabajo decente. La propia noción de “decencia” aporta elementos de solución pues lleva implícita la virtud que tienen los hombres y las mujeres de practicar la solidaridad en el trabajo, en vez de procurar dominarse los unos a los otros³¹⁶; factor que, por consiguiente, materializa la solidaridad colectiva y el trabajo digno para toda la ciudadanía. En este razonamiento hay que tener presente, también, la transversalidad de género que la normativa jurídica debiera integrar.

En el contexto precitado, la ética y en especial la ética empresarial, son fundamentales³¹⁷. El problema básico de la ética empresarial se define como la armonización posible de las exigencias éticas y de los objetivos empresariales³¹⁸. Esta afirmación parte de tres consideraciones: 1) Las decisiones empresariales afectan a la calidad de vida de las personas, no son decisiones privadas; y por tanto deben tomarse teniendo en cuenta a los implicados y/o afectados; 2) El objetivo de la ética empresarial es buscar la integración de criterios éticos y económicos; 3) Es necesario un diálogo empresarial con los *stakeholders* para conseguir la legitimidad o justificación social. No se trata de contraponer ética y empresa sino de armonizarlas. En este contexto, “‘ofrecer trabajo’ y ‘ofrecer trabajo digno’ no son más que dos formas de plantear la misma exigencia ética [...] ‘Tener trabajo’ y ‘tenerlo en condiciones dignas’ se convierte en un único reto de justicia social. Y una única demanda ineludible para la ética empresarial”³¹⁹. Esta tarea compromete a todos los agentes de una sociedad: administraciones públicas, instituciones, empresas y organización, etc. “El empleo, y un empleo digno, siguen siendo una tarea de la sociedad; y también una responsabilidad del Estado, que no puede renunciar a políticas eficaces de empleo. Pero la crisis del Estado social,

³¹⁵ Tal y como se establece en el proyecto de investigación realizado por el equipo de investigación Economía, Desarrollo e Innovación Social para las Personas, Edispe (Universidad de Deusto) *Economía Social y reparto de empleo: análisis de experiencias de las organizaciones ubicadas en Gipuzkoa desde el año 2008 hasta la actualidad* (No publicado hasta el momento. Aprobado por Resolución del Consejo de Gobierno Foral, adoptada por acuerdo en su reunión de 22 de diciembre de 2014).

³¹⁶ Servais, J. M., “Política de Trabajo Decente y Mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, *Revista Internacional del Trabajo*, n. 123, 2004, p. 216.

³¹⁷ Equipo de investigación Economía, Desarrollo e Innovación Social para las Personas, Edispe, *óp. cit.*

³¹⁸ García-Marzá, D., Ética empresarial: un marco ético para la responsabilidad social de la empresa, en Schar, G. (coord.), *La empresa socialmente responsable. Ética y Empresa*, Madrid, Cideal, p. 25.

³¹⁹ Sasía, P. M., *óp.cit.*, p. 139.

así como sus menores posibilidades de actuación en un mundo tan globalizado, invitan a reconsiderar el rol de la sociedad civil frente a lo que llamaríamos intereses sociales generales. Y aquí la empresa, toda empresa y las organizaciones empresariales, tienen una responsabilidad de gran alcance: crear empleo es un componente esencial a la función social de la empresa³²⁰. En este momento de crisis económica las medidas de reparto de empleo se plantean como una oportunidad para alcanzar ese objetivo.

3. Flexibilidad y organización del tiempo de trabajo. Aproximación al concepto de reparto de empleo

Dos son las formas de entender el concepto de reparto de empleo. Por un lado se encuentran aquellas medidas de reparto de empleo que tienen como objetivo la mejora de la política económica de la empresa para mantener o crear empleo y, por otro, las basadas en una perspectiva más social que se sustenta en el bienestar de las personas gestionando el uso del tiempo.

Así pues, el reparto de empleo se plantea no sólo como una medida para crear o mantener el empleo sino como parte de una política de mayor justicia social y mejor distribución de la renta³²¹. Los cuatro pilares de las políticas de reparto de empleo son los siguientes: voluntariedad (decisión consciente); solidaridad (compromiso con otras personas); retribución económica justa y reducción efectiva del tiempo de trabajo³²². Desde la OIT se identifican cuatro componentes básicos para asegurar el buen funcionamiento de este tipo de medidas: a) reducción de las horas de trabajo para todos los trabajadores de la empresa o una determinada parte de la misma; b) aplicar disminuciones salariales proporcionales; c) ofrecer compensaciones a las reducciones salariales para atenuar la reducción de ingresos y d) crear vínculos con sistemas de formación de los trabajadores. Es necesario asegurar que las políticas de trabajo compartido tengan un carácter temporal, eviten la reducción permanente de horas y remuneración, o incluso que tan sólo pospongan determinados despidos inevitables³²³.

³²⁰ Camacho Laraña, I, *óp.cit.*, p. 189.

³²¹ Recio, A., “Reparto de trabajo y política social”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 118, 2012, pp. 67-78.

³²² Sánchez, C., *Acerca del reparto de trabajo*, Castilla La Mancha, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pendientedemigracion.ucm.com

³²³ Organización Internacional del Trabajo, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 2011,

Hay que reparar en que algunas de las modalidades jurídicas tradicionales utilizadas para el reparto de empleo, como es el contrato a tiempo parcial no son realmente contratos elegidos de forma voluntaria por los trabajadores y trabajadoras sino que la imposibilidad de encontrar un empleo a tiempo completo, la incapacidad o enfermedad propia o las responsabilidades familiares justifican la aceptación de dicha modalidad³²⁴. El contrato a tiempo parcial está asociado, además, a peores condiciones de empleo que el contrato a tiempo completo y es una modalidad de contrato que afecta mayoritariamente a las mujeres. También la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha de ser límite para las medidas de reparto de empleo, y ello porque una política de integración real de corresponsabilidad no está pensada para organizar la empresa sino para organizar la sociedad; eliminar pautas patriarcales que conducen a comportamientos laborales diferenciados de hombres y mujeres en el trabajo doméstico; asegurar políticas públicas orientadas a socializar la carga de los trabajos más fatigosos garantizando cargas de trabajo, retribuciones y reconocimiento social adecuado a quienes lo realizan y actuar a la vez en la esfera doméstica y en la privada.

Las políticas de reparto de empleo suponen una flexibilización de la organización del tiempo de trabajo pero deben velar por respetar los derechos de las personas trabajadoras. Tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”, ni que éste deba “soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”³²⁵. Esta teoría se debe fusionar una nueva conjetura: la derivada de la relación empleo y calidad. En medio de esta realidad emergente, junto a las medidas de reparto de empleo debe estar presente el respeto a los derechos fundamentales a fin de conseguir una progresión conjunta del Derecho del Empleo y del Derecho del Trabajo.

<http://www.ilo.org>. No hay políticas de reparto de empleo a nivel europeo más allá de la coordinación con los Estados miembros en la gestión del tiempo de trabajo en la empresa como medida para paliar la crisis económica.

³²⁴ Aragón *et al.*, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Madrid, Comisiones Obreras 2012. Un reciente estudio de UGT sobre la jornada de trabajo en España indica que más de la mitad de las personas que trabajan a tiempo parcial en España lo hacen de forma involuntaria. UGT, en *Análisis de las horas de trabajo y jornada laboral en España en el periodo 2008-2014*, Madrid, 2015.

³²⁵ Roqueda Buj, R., “Presentación”, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de seguridad social*, Ed. Cinca, Madrid, 2014, p. 9.

En el siguiente apartado mencionaremos lo que consideramos medidas concretas de reparto de empleo para, después, identificarlas en la legislación laboral, analizarlas de forma crítica y demostrar su encaje como políticas de reparto de empleo.

3.1. Reorganización del tiempo de trabajo para el reparto de empleo en España

La flexibilidad puede definirse como la “facilidad de adaptación del volumen de plantilla a los cambios productivos, o de gestionar la fuerza de trabajo de forma que sea capaz de hacer frente a dichos cambios”³²⁶. En la flexibilidad externa se incluyen, por ejemplo, políticas de impulso de contratación laboral, y en la flexibilidad interna aquellas relacionadas con la reorganización del tiempo de trabajo en la empresa. La pugna entre la flexibilidad de la jornada vinculada a la producción o una jornada más estable independiente de la misma no es un hecho novedoso. Ya en los años 70 (también en un contexto de crisis económica) la dinámica en la organización del trabajo osciló entre los seguidores del Toyotismo o sistema *just-in-time*, basado en una organización del trabajo de acuerdo a la producción requerida, o aquellos que continuaban junto al sistema del fordismo, más tendentes a establecer una única organización de las horas de trabajo sin tener en cuenta la producción³²⁷.

La flexibilidad laboral en España ha ido unida a un incremento de las prerrogativas empresariales que no ha sido consecuencia de una situación de emergencia sino de la preponderancia ideológica de una determinada concepción de la empresa³²⁸ que se ha venido produciendo en España desde 1994. Partiendo de la idea de que *las prácticas laborales deben adaptarse a las necesidades de la vida social y económica*³²⁹, la flexibilidad laboral se construye normalmente sobre los dos elementos antes mencionados: las necesidades sociales (uso de los tiempos de trabajo de la persona trabajadora) y/o las necesidades económicas (alteración del tiempo de trabajo por necesidades económicas).

³²⁶ Igartua Miro, M. T., “Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012 de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, n. 6, pp. 36-40.

³²⁷ Salguero Molina, P., “La reducción de jornada como medida para evitar despidos, tras la reforma laboral de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, n. 3, p. 48.

³²⁸ Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, p. 92.

³²⁹ En este sentido, véase Recio, A., *Trabajo, personas, mercados*, Madrid, Ed. Icaria, 1998.

En todo caso, las políticas de flexibilidad laboral deben garantizar la seguridad de las personas trabajadoras, esto es lo que se denomina flexiseguridad laboral. En el mismo sentido, la flexiseguridad es una herramienta para condicionar e impedir que la flexibilidad de las relaciones laborales dañe el ejercicio y el valor de los derechos laborales de los trabajadores³³⁰.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³³¹ establece en su Exposición de Motivos que *la reforma del mercado de trabajo apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y externa*" apuntando de forma sucesiva que el objetivo es la "flexiseguridad". Pero, incidiendo en lo que ya hemos mencionado con anterioridad: la llamada y no menos criticada reforma del mercado de trabajo en España no ha introducido medidas de reorganización del trabajo, ni de reparto de empleo y las medidas que introduce no parten de la perspectiva de la flexiseguridad sino únicamente de la flexibilización del marco normativo laboral. Se culpabiliza a la legislación laboral de la rigidez del mercado de trabajo, y se argumenta que solo flexibilizando la normativa laboral se incrementará la productividad, habrá más competitividad y, por supuesto, se fomentará el empleo³³².

En un contexto de crisis económica, las medidas de reparto de empleo pretenden conseguir una mejor organización del tiempo de trabajo para combatir el desempleo teniendo presentes los derechos sociales³³³. Es indispensable considerar la organización del tiempo de trabajo, la duración de la jornada y su retribución. El reparto de empleo y por ende, las oportunidades de aumentar las contrataciones, están estrechamente vinculadas a la capacidad de gestión y adaptación del tiempo de trabajo.

³³⁰ Resulta interesante abordar el término "flexiseguridad", noción introducida con el fin de "manejar la creciente flexibilidad de las relaciones laborales con una seguridad laboral inferior y una decreciente elegibilidad (oferta) a los subsidios sociales" Tangian, A. "Flexibilidad europea: conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes)", *Revista Lan Harremanak*, n. 16, 2008, p. 142, en Quintana Hernández, J. M. "¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?", *Revista Lan Harremanak*, n. 26, 2012, p. 142.

³³¹ Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, en *Boletín Oficial del Estado*, n. 305, de 21 de diciembre de 2013, páginas 103148 a 103162. En adelante, RDL.

³³² Díaz Aznarte, M. T. y Morata García de la Puerta, B., "Reforma laboral en España: precariedad, desigualdad social y funcionamiento del mercado de trabajo", *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 2, 15, 2013, p. 47.

³³³ Por este modelo de hacer frente al desempleo por la vía del reparto del tiempo de trabajo y la evolución de políticas de regeneración del tiempo personal de la persona trabajadora se aboga en la década de los 80. Así, Guy Aznar, *Trabajar menos para trabajar todo*. 20 propuestas, Hoac, 1994.

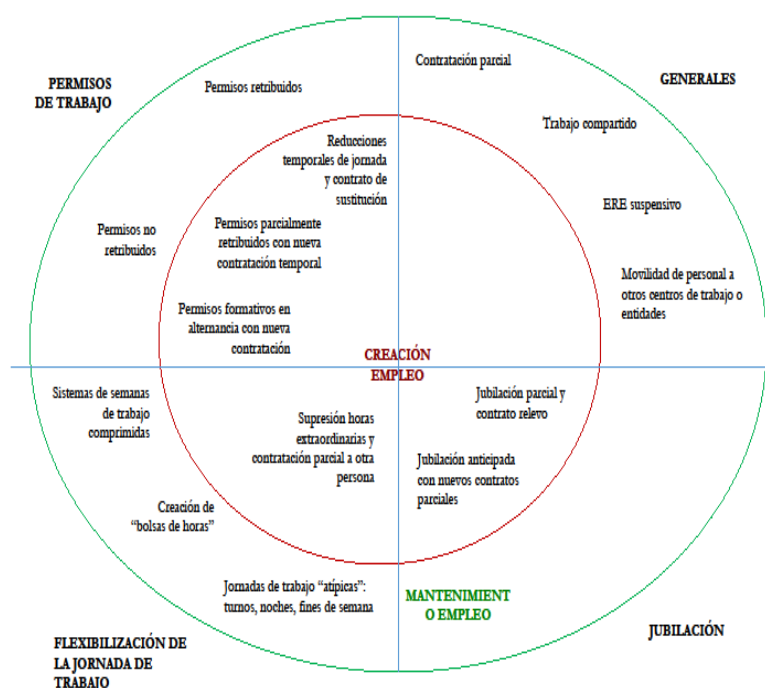
En este sentido, creemos que es necesario configurar un sistema de flexibilidad compatible con el reparto de empleo partiendo de una reducción efectiva del tiempo de trabajo, de la voluntariedad, de compromiso con otras personas y con retribución económica justa. Por el contrario, los cambios en la organización del trabajo y la regulación del tiempo de trabajo que se lleven a cabo mediante decisión unilateral de la empresa (al hilo de los establecidos en la reforma del mercado de trabajo) no tienen cabida en las políticas de reparto de empleo.

Partiendo de las premisas antes mencionadas vamos a identificar las medidas que, desde nuestro punto de vista, en el ámbito laboral pueden utilizarse para el reparto de empleo en las empresas para, posteriormente, hacer un análisis jurídico crítico de las mismas:

- Permisos de Trabajo: permisos de trabajo no retribuidos permisos retribuidos; permisos formativos en alternancia con nueva contratación temporal; permisos formativos parcialmente retribuidos con nueva contratación temporal; reducciones temporales de jornada y contrato temporal.
- Medidas de Flexibilización de la Jornada; bolsas de horas; sistemas de semanas de trabajo comprimidas; supresión horas extraordinarias y contratación parcial a otra persona; jornadas de trabajo atípicas.
- Medidas de Jubilación: Jubilación parcial y contrato relevo; jubilación anticipada con nuevo contrato parcial.
- Medidas Generales: contratación parcial; movilidad de personal a otros centros de trabajo o entidades; ERE suspensivo; trabajo compartido.

De forma gráfica se puede observar en el siguiente mapa³³⁴ las medidas que suponen creación de empleo y las identificadas como vías para el mantenimiento del empleo en la empresa.

³³⁴ El mapa que se expone a continuación es inédito y se configuró por el equipo de investigación Economía, Desarrollo e Innovación Social para las Personas, Edispe (Universidad de Deusto) para el proyecto *Economía Social y reparto de empleo*, *óp. cit.*



4. Análisis jurídico crítico de las medidas de reparto de empleo en la legislación española

Una vez señaladas de forma teórica las medidas que pueden utilizarse como medidas de reparto de empleo en el contexto de crisis económica en el que vivimos, vamos a identificarlas en la normativa laboral y justificar su encaje como medida de reparto de trabajo. En este sentido, sólo son consideradas medidas de reparto de empleo aquellas que lo creen o bien contribuyan a su mantenimiento y además respeten los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de los pilares antes mencionados. A tal fin, hemos dividido dichos instrumentos legales en 4 grandes grupos: medidas organizativas, permisos de trabajo, gestión del tiempo de trabajo y jubilación.

Dentro de las medidas organizativas destacan el contrato a tiempo parcial; la movilidad geográfica de las personas trabajadoras a otro centro de

trabajo de la misma empresa; la suspensión temporal del contrato de trabajo y las reducciones de jornada basadas en los expedientes de regulación de empleo suspensivos³³⁵. También, aunque carece de regulación en el Estatuto de los Trabajadores³³⁶, se analizará el “trabajo compartido”.

“La evolución normativa del contrato a tiempo parcial es la historia de una carrera progresiva hacia la flexibilización”³³⁷. De este modo ha sido definida esta modalidad contractual que desde su redacción originaria en el primer ET ha sido modificada consecutivamente, tras la justificación de fomentar la creación de empleo y atender de forma adecuada a las exigencias de adaptabilidad de las empresas. De conformidad con su regulación actual en el artículo 12 del ET, y tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, se intenta fomentar en España la contratación a tiempo parcial tanto de duración indefinida como temporal, a fin de dotar de mayor flexibilidad a la organización del tiempo de trabajo. En términos generales, esta modalidad contractual posibilita la creación de jornadas laborales distintas, basadas en una duración inferior a la jornada laboral ordinaria³³⁸. En este sentido, el contrato a tiempo parcial puede ser utilizado como una vía de creación o mantenimiento de empleo. Por un lado, porque supone una posibilidad de contratación de personas desempleadas más flexible y más barata. Por otro lado, porque podría ser utilizada para el mantenimiento de empleo en situaciones de crisis económica y como alternativa al despido. En este caso, la extinción de un contrato a jornada completa y la ulterior celebración sin solución de continuidad de un contrato a tiempo parcial con la misma empresa constituye una situación de desempleo protegida, al ser compatible la prestación por el cese en el primer contrato con la realización de un trabajo a tiempo parcial. Desde el punto de vista de la gestión del tiempo de trabajo y mejora del bienestar personal de los trabajadores es un instrumento viable siempre y cuando sea voluntario y no contribuya a

³³⁵ En lo sucesivo haremos referencia al mismo como ERE.

³³⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, n.75, de 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688. En adelante, ET.

³³⁷ Lahera Fortaleza, J. y García Quiñones, J. C. “La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, n. 2, p. 43.

³³⁸ El contrato a tiempo parcial implica la realización de un número inferior de horas a la jornada a tiempo completo que lleva a cabo otra persona trabajadora en la misma empresa, realizando un trabajo igual.

generar precariedad laboral o sea una vía de discriminación por razón de sexo, tal y como se ha advertido anteriormente en este artículo.

La movilidad del personal a otros centros de trabajo o entidades se regula en el artículo 40 del ET. La medida legal tiene encaje como medida de reparto de empleo en cuanto que posibilita el mantenimiento del mismo. La posibilidad de recurrir a esta medida requiere *la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen*. Y establece el ET que se *consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial*. Algunos autores³³⁹ han criticado que a lo largo del articulado el ET mezcla el presupuesto desencadenante con la finalidad que posibilita la adopción de estas medidas. Así, Roqueta Buj establece que la referencia a la *competitividad* y a la *productividad*, de un lado, y a la *organización técnica o del trabajo en la empresa*, de otro, parecen indicar que hay causa económica no sólo cuando existan pérdidas o una disminución persistente de los beneficios, sino también cuando se pretenda mejorar la posición competitiva de la empresa o la productividad, y causa técnica u organizativa cuando se hayan producido cambios en los medios o instrumentos de producción o en los sistemas y métodos de trabajo personal. Sólo las causas económicas que pongan en peligro el empleo posibilitarían la adopción de esta medida en el sentido que estamos defendiendo.

El ERE suspensivo abarca dos posibilidades. Por un lado, la suspensión temporal de los contratos de trabajo de toda o parte de la plantilla regulada en el artículo 45.1.i) del ET. Durante el tiempo en el que el contrato quede suspendido, las personas trabajadoras percibirán la prestación por desempleo, o en su defecto el subsidio por desempleo, siempre y cuando reúnan las condiciones legales para su atribución. Por su parte, el artículo 47 del ET, regula la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Así pues, su finalidad es superar la dificultosa situación económica que afecta a la actividad de la empresa. Al producirse la suspensión del contrato, la parte trabajadora cesa en su labor productiva y la parte empresarial deja de abonar los salarios. Acudir a un ERE suspensivo es una clara medida de mantenimiento del empleo en la empresa. Al respecto, conviene señalar que la posible carencia salarial que proviene de esta medida debería atenderse de forma minuciosa, y es que a pesar de recibir la prestación, ésta se convierte en un límite al periodo de

³³⁹ Roqueta Buj, R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral; La ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 33.

protección de los trabajadores que se encuentran en esta situación. Es más, en términos generales la protección puede tener una duración máxima de 720 días cuando el trabajador haya cotizado por desempleo durante 2160 días³⁴⁰. La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, de esta manera se pretende evitar la obtención indebida y fraudulenta de las prestaciones por parte de los trabajadores afectadas por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Dentro del segundo grupo de medidas se regula en el artículo 47.2 del ET la reducción temporal de entre un 10-70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante este periodo no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor y se percibirá la prestación por desempleo correspondiente a la diferencia entre la jornada real y la jornada reducida. El artículo introduce una enorme flexibilidad para que las empresas dispongan de esta medida en función de sus necesidades. Sin embargo, aplicar la reducción de jornada por sí sola, tal y como se establece en el ET no conlleva disminuir el impacto de la destrucción de empleo que la crisis económica ha originado y contribuiría al aumento de la precariedad laboral. Actualmente, existen estudios que avalan una posible combinación de esta medida de flexibilidad interna con la contribución de los poderes públicos en forma de subvenciones a las cotizaciones de la Seguridad Social (flexibilidad externa). Precisamente, si la Seguridad Social subvencionara hasta un 33% de las cotizaciones sociales de los expedientes regulatorios, la tasa de desempleo podría disminuir³⁴¹. No obstante, la reducción de jornada puede precisar y exigir una modificación del régimen de la jornada establecida en el convenio colectivo de aplicación. Esta cuestión junto a la prohibición que el artículo 12.4.e) del ET establece sobre la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial sin la aceptación del trabajador afectado podría llegar a cuestionar esta iniciativa. A pesar de ello, ante una situación de crisis, la medida puede reforzar la postura de no adoptar decisiones extintivas y optar por la reducción del tiempo de presencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo, manteniendo vigente su contrato. Presuponiendo, en todo momento, la existencia de una justificación objetiva que demuestre que esa medida temporal es viable como vía para

³⁴⁰ Artículo 210.1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE n. 154 de 29 de junio de 1994).

³⁴¹ Léase en este sentido, el estudio elaborado en colaboración entre FEDEA, y Osuna, V. y García Pérez, J. I., "On the effectiveness of short-time work schemes in dual labor markets", *Estudios sobre la economía española 2015/06*, FEDEA (19 de febrero de 2015).

el mantenimiento de empleo. Al respecto, Salguero Molina establece que “la reducción de jornada colectiva se constituye en una medida de garantía de empleo ya que el empresario ha debido reconocer que la crisis que padece es coyuntural o pasajera, por lo que previsiblemente no provocará una dificultad estructural que ponga en riesgo el empleo”³⁴². Es decir, el artículo 47 constituye un compromiso de reposición de la situación previa al trabajador, bajo la premisa de que la empresa volverá a encontrarse en la misma situación.

La posibilidad de distribución irregular de la jornada de trabajo de forma pactada prevista en el artículo 34.2 del ET puede suponer una medida de reparto de empleo siempre y cuando suponga el mantenimiento del mismo. Resulta criticable la posibilidad de distribución irregular a lo largo del año del 5% de la jornada de forma unilateral por el empresario en defecto de pacto.

En cuanto al trabajo compartido reseñar, en primer lugar, que no se encuentra regulado en la normativa laboral. Se recoge, por primera vez en el pacto “Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo” adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 19 de junio de 2009 al objeto de limitar el riesgo del desempleo de larga duración y del empleo informal³⁴³. Por lo tanto, en términos legales podemos considerar que tal medida supone disminuir la jornada laboral de una persona trabajadora con el objetivo de que ese tiempo de trabajo pueda ser trabajado por otra persona. Lo que conllevaría una reducción de la jornada laboral semanal. Se configura como instrumento para el ajuste de horas de trabajo ante los cambios que pueda haber en la demanda de las empresas y la disminución del volumen de trabajo. El fin de reducir el tiempo de trabajo es que toda la plantilla conserve su empleo y evitar despidos dando lugar a la posibilidad de que estas personas puedan llevar a cabo oportunidades de formación, y que las empresas refuercen su situación o posición en el mercado pero conservando su fuerza de trabajo.

El segundo bloque de medidas abarca los permisos laborales que la normativa laboral reconoce, es decir, los establecidos en el ET o en los convenios colectivos correspondientes. En este grupo se encuentran las

³⁴² Salguero Molina, P., *óp.cit.*

³⁴³ El capítulo “III Respuestas basadas en el trabajo decente, punto 11. 4) establece como vía de actuación “limitar o evitar la pérdida de puestos de trabajo y apoyar a las empresas para que puedan conservar su fuerza de trabajo, por medio de mecanismos bien concebidos que se pongan en práctica a través del diálogo social y la negociación colectiva. Entre estos mecanismos se podrían incluir el trabajo compartido y las prestaciones de desempleo parcial”.

excedencias forzosas, las excedencias voluntarias y las excedencias por cuidado de hijos e hijas, y por cuidado de familiares, reguladas en los artículos 45.1.k) y 46 del ET. Para que puedan ser utilizados como medidas de reparto de empleo es necesario establecer una garantía más completa en lo que respecta a la reincorporación al puesto de trabajo tras su disfrute y extrapolar el cómputo de dicho periodo excedente a efectos de antigüedad y cotizaciones a todas las modalidades de excedencias reguladas en el ET. Sería interesante utilizar lo recogido en el artículo 46.3 del ET, en el cual se fija la opción de que el periodo de duración de la excedencia se pueda disfrutar de forma fraccionada, lo que facilitaría que los trabajadores se pudiesen acoger a la misma en periodos en los que la empresa tenga menos carga productiva. Requisito imprescindible es la voluntariedad del trabajador y que no se trate, en consecuencia, de una decisión unilateral de la parte empleadora que fuerce al trabajador a acogerse a ella, pues de otra manera estaríamos fomentando una clase de flexibilidad interna por la que no abogamos, además de la ilegalidad de la decisión. Resulta indispensable recordar que el adherirse a estas medidas supone de antemano la decisión y el esfuerzo de la persona trabajadora de renunciar al salario durante un tiempo para mantener su empleo en el futuro. Este esfuerzo puede verse compensado con el de la empresa, ya que ésta puede adoptar una política mediante la cual avale y proteja estas propuestas.

Dentro de los permisos retribuidos y aparte de los regulados en el artículo 37.3 del ET, destacamos a estos efectos el permiso de lactancia, regulado en el artículo 37.4 del ET, el permiso por nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto del 37.4 bis y el permiso de estudios y formación profesional para el empleo, regulado en el artículo 23 del ET³⁴⁴. Los permisos de este tipo se consideran interrupciones no periódicas de la prestación de trabajo, a saber, el contrato de trabajo se interrumpe en un determinado momento que no se repite con frecuencia y no conlleva la pérdida del salario correspondiente. Se pueden entender como medidas de mantenimiento de empleo si la empresa ofrece a los trabajadores que cumplan los requisitos para solicitarlos acogerse a los mismos en los periodos en los que la empresa tenga menos carga productiva, aprovechando su carácter retribuido y que

³⁴⁴ En el apartado 1.c) se refiere a los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. Este precepto lleva consigo la existencia de un derecho al permiso con el objetivo de asistir a un curso, pero sin derecho a remuneración, pues se ordena la reserva de su puesto de trabajo. (Este supondría una excepción a los demás permisos analizados en este apartado debido a su remuneración).

los primeros contribuyen a la conciliación de la vida familiar y laboral y el segundo a hacer efectivo el derecho a la formación y readaptación profesional.

Encaje claro como medidas de reparto de empleo tienen los permisos formativos en alternancia con nuevas contrataciones temporales. Si bien no contienen una regulación específica en el ET han sido impulsados desde la negociación colectiva para posibilitar la formación de los y las trabajadoras. El hándicap del permiso es su carácter no retribuido pero, siendo voluntarios, durante la ausencia del titular del puesto se puede tramitar una contratación temporal constituyendo entonces una medida de creación de empleo.

Los permisos formativos parcialmente retribuidos no constan tampoco de una regulación específica en el ET y, del mismo modo que los permisos formativos sin remuneración, su origen está vinculado a la negociación colectiva. A diferencia del permiso formativo ordinario, éste sí implica una retribución económica aunque el salario no será equivalente al que se venía percibiendo con anterioridad al disfrute del permiso. Para que puedan ser considerados medidas de creación de empleo deben ser voluntarios e ir acompañados de una nueva contratación para cubrir el tiempo restante de la jornada laboral en el que la persona titular estará ausente de su puesto de trabajo. Centrándonos en los permisos con orientación formativa, abogamos por fomentar estos permisos en tiempos de menos actividad productiva, supone invertir en las y los empleados, en su desarrollo profesional y en un mayor potencial humano en la empresa.

En lo referente a las reducciones temporales de jornada el ET comprende los siguientes supuestos: reducción para casos de nacimientos de hijos/as prematuramente o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados/as a continuación del parto, regulado en el artículo 37.4 bis; y en el artículo 37.5 la reducción para cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida; la reducción de la jornada por cuidado de menor a su cargo que requiere ingreso hospitalario de larga duración por estar afectado de cáncer u otra enfermedad grave de las determinadas reglamentariamente y la reducción para cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. Las reducciones de jornada temporales, bien para el cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, o bien para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe

actividad retribuida (cuidado de personas mayores, por ejemplo) pueden considerarse medidas para el reparto de empleo. Y es que cuando una persona de la plantilla por voluntad propia quiera acogerse a una reducción, la empresa podría apoyar tal medida y realizar una nueva contratación para sustituir a la persona titular de la actividad laboral durante el tiempo que permanezca en reducción, es decir, para cubrir el tiempo de trabajo en el que la persona trabajadora se ausenta por la reducción. Por lo tanto, esta medida deber ir acompañada de un contrato de sustitución para que se convierta en una medida para crear empleo. El problema de las reducciones, excepto en el caso de que sea para el cuidado de menor hospitalizado con enfermedad de larga duración que tiene un subsidio específico que compensa la pérdida de salario, se encuentra en la merma proporcional de la retribución.

El tercer bloque a analizar contiene las medidas de gestión del tiempo de trabajo que hacen posible flexibilizar la jornada laboral ordinaria. El sistema de las bolsas de horas no está regulado en el ET. Conlleva la posibilidad de distribuir las horas de trabajo hasta un número máximo, acumulando las horas bajo unos límites preestablecidos mediante acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras. De este modo, es un mecanismo que podría configurarse con una doble dirección. En primer lugar, para adaptar parte de la jornada de las personas trabajadoras a sus necesidades. Y en segundo lugar, para adaptarse a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Como medida para mantener el empleo permite a la plantilla computar las horas trabajadas y las no trabajadas a lo largo del año, creando saldos positivos y negativos de horas por cada persona trabajadora. Pero no supone nuevas contrataciones, únicamente un nuevo modelo de organización del tiempo de trabajo o jornada laboral establecida bien de acuerdo a la demanda, o bien de acuerdo las necesidades vitales de las personas trabajadoras.

El sistema de semanas de trabajo comprimidas carece también de regulación en el ET. Supone trabajar el número de horas correspondientes a la jornada ordinaria de las personas trabajadoras en menos días y en jornadas más largas. La semana laboral quedaría comprimida y formada por más horas diarias de trabajo en menos días de trabajo semanales. Exige un acuerdo de las partes para que la plantilla de la empresa trabaje durante turnos más largos a cambio de una reducción de los días de trabajo dentro del ciclo correspondiente. De este modo, se disminuye el número de días que las persona trabajadoras pasan en el trabajo, y se dispone de más días libres sin que ello conlleve ninguna reducción económica sobre su retribución. Por otro lado, la parte empleadora podría aumentar las horas diarias de funcionamiento de la empresa sin necesidad

de recurrir a las horas extra. El sistema de semanas de trabajo comprimidas supone cambiar el régimen del tiempo de trabajo como estrategia para la conservación del empleo de las personas trabajadoras ya contratadas en la empresa. Por consiguiente, puede enmarcarse como una medida para el mantenimiento del empleo.

En cuanto a la realización de horas extraordinarias (artículo 35 del ET) suponen un sobreesfuerzo que puede verse aligerado mediante su supresión. Ante ello, y como medida de creación de empleo, proponemos dejar de lado la iniciativa de hacer uso de este mecanismo legal a favor de realizar contrataciones a tiempo parcial de otras personas desempleadas lo que nos permite situar a esta medida entre las de creación de empleo.

La normativa laboral acopia entre las jornadas de trabajo atípicas el trabajo a turnos (artículo 36.3 del ET), el trabajo nocturno (artículo 36.1 del ET) y el trabajo de fin de semana. Todas ellas suponen la organización del trabajo en función de estas variedades de horarios o de días laborales. Las personas trabajadoras de una empresa pueden acceder voluntariamente a realizar una jornada diferente a la que inicialmente estaban sujetas. Ello supone la posibilidad de que la empresa mediante el trabajo nocturno, los turnos, o el trabajo de fin de semana pueda gestionar su actividad productiva. Esta medida de flexibilidad interna adoptada previo acuerdo con los representantes de los trabajadores podría ayudar al mantenimiento del empleo adaptando el tiempo de trabajo y los horarios en la empresa.

En cuanto a las medidas de jubilación destacamos como medidas de reparto de empleo la jubilación parcial y el contrato de relevo y la jubilación anticipada con un nuevo contrato a tiempo parcial. Las dos modalidades constituyen dos subespecies del contrato a tiempo parcial, con regímenes jurídicos diferentes, a pesar de que ambos derivan de una misma situación. A diferencia de los puntos anteriores, la jubilación parcial y el contrato de relevo se consideran dentro de una figura laboral, por tanto van siempre unidas y configuran una medida de creación de empleo directo. La jubilación anticipada con nuevo contrato parcial es, habitualmente, fruto de una negociación con la empresa, que se encargará de compensar/complementar económicamente la adopción de la misma para que no suponga pérdida de salario. Debe ir acompañada de una nueva contratación, en este caso parcial, para que sea concebida como una medida de creación de empleo y se enmarca, de esta forma, dentro de la línea tendente a repartir el empleo.

Lo cierto es que la coyuntura demográfica y económica ha llevado a la Comisión Europea a recomendar hacer frente a los problemas derivados del envejecimiento y del aumento de la esperanza de vida mediante el

fomento del envejecimiento activo³⁴⁵ y la realización de reformas que garanticen la sostenibilidad de los sistemas de pensiones al medio-largo plazo. El RD-Ley 5/2013 de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo introduce un nuevo tipo de jubilación, la “jubilación activa”³⁴⁶, y modifica la Ley 27/2011³⁴⁷ en lo relativo a las jubilaciones anticipada³⁴⁸ y parcial³⁴⁹ endureciendo sus requisitos de acceso y cotización y disminuyendo los beneficios para quienes acceden a ellas lo que las convierte de facto en figuras poco atractivas para los trabajadores. Desde nuestro punto de vista, el alargamiento de la edad de jubilación, la creación de la jubilación activa, el endurecimiento de los requisitos de jubilación anticipada y jubilación parcial se utiliza tanto por Europa como por España, en este caso, como una justificación para mantener a las personas de mayor edad dentro del mercado laboral y conseguir carreras de cotización más larga. De esta forma, a costa de lo que debiera ser el descanso laboral tras una vida de trabajo se afronta el problema del gasto cuando pensamos que es el impulso de políticas de empleo y de crecimiento económico el gran reto del sistema del sistema. En este sentido, el fomento de políticas de reparto de empleo en la empresa es una opción para mantener o, al menos, no destruir empleo y contribuir a la sostenibilidad del sistema de pensiones.

³⁴⁵ Comisión Europea, *Ageing Report: economic and budgetary projections for the UE-27 member states, 2008 – 2060*. Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, 2012, p. 465. El Libro Blanco de la Comisión establece que el objetivo principal al que deben ir dirigidas las reformas introducidas por los Estados miembros en sus respectivos sistemas de pensiones es *instaurar un sistema de pensiones que sea sostenible desde un punto de vista financiero, de manera que pueda lograrse su objetivo básico, a saber, proporcionar unos ingresos adecuados por jubilación y permitir que la gente mayor disfrute de un nivel de vida digno y goce de independencia económica*, Comisión Europea. *Libro Blanco, óp. cit.*, p. 9.

³⁴⁶ Esta nueva modalidad de pensión, introducida por el RD-Ley 5/2013, permite compatibilizar el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena o propia, a tiempo completo o parcial, con la jubilación. Esto es posible en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo en el de clases pasivas. La diferencia principal de esta modalidad respecto de la pensión de jubilación parcial reside en que *esta modalidad de jubilación queda contemplada como forma de vuelta al trabajo del trabajador ya jubilado*. Cea Ayala, A., “Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Breve referencia a la jubilación flexible”, *Revista Actualidad Laboral*, n. 2, Madrid, 2014, p. 172.

³⁴⁷ Modificación aplicable partir del 17 de marzo de 2013 y que cambia aspectos establecidos por la Ley 27/2011, sobre las que se estableció un amplio plazo de “asimilación” y que nunca llegaron a ver la luz.

³⁴⁸ Los diferentes supuestos en los que se permite la anticipación de la edad de jubilación respecto de la edad ordinaria aplicable se establecen en el 161.1.a) y D.T. 20ª LGSS.

³⁴⁹ Artículo 166.1 de la LGSS.

5. A modo de conclusión

Las reformas laborales que se han llevado a cabo en España al objeto de crear empleo y reducir la dualidad del mercado de trabajo y la temporalidad, en el marco de la estrategia de austeridad impulsada desde la Unión Europea, han supuesto un aumento de la precariedad laboral de los trabajadores y, al mismo tiempo, del poder empresarial. Es en este contexto de lucha contra el desempleo y búsqueda de un trabajo digno dónde encajan las medidas de reparto de empleo al objeto de conseguir el mantenimiento y/o la creación del mismo desde la decisión consciente y solidaria de los trabajadores y del empresario, que optan por reducir y/o reorganizar el tiempo de trabajo en la empresa como medida temporal y con retribuciones económicas justas. El buen uso de las políticas de reparto de empleo en contextos de crisis económica supone conocer y utilizar el marco normativo existente para mantener empleo y crearlo, si es posible. La utilización de la legislación en este sentido debe ser una medida temporal transparente, voluntaria para el trabajador, con acuerdo de los sus representantes en los términos legales y con un fuerte compromiso ético por parte de la empresa.

6. Bibliografía

- AA.VV., *Reflexiones y propuestas en torno a la economía social y al autoempleo*, Fundación 1º de Mayo, 2012.
- Aragón, J. *et al.*, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Madrid, Comisiones Obreras, 2012.
- Arpaia, A. *et al.*, *Short-time working arrangements as response to cyclical fluctuations*, European Economy Occasional, Paper n. 64, European Commission, 2010.
- Baker, D., *Work sharing. The quick route-back to full employment*. Center for Economic and Policy Research, <http://www.cepr.net/publications/reports/work-sharing-the-quick-route-back-to-full-employment>, 2011 (última consulta 19 de mayo de 2015).
- Ballester Pastor, M. A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, pp. 53-92.
- Battaglia, S., *Grande dizionario de lla lingua italiana*, Turin, Utet, 1961.
- Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. T., “Aproximación a las políticas sociolaborales”, *Políticas sociolaborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

- Camacho, I. *et al.*, *Ética y responsabilidad social*, Bilbao, Unijes-Desclée de Brower.
- Charcartegui Jávega, C., “La ley 3/2012, de 6 de julio. Una reforma laboral en detrimento de la dignidad y del concepto de trabajo decente de la OIT”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 2013, n. 31, pp. 1-29.
- Comisión Europea, *Informe sobre España*, http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/cs2015_spain_es
- Díaz Aznarte M. T. y Morata García de la Puerta, B., “Reforma laboral en España: precariedad, desigualdad social y funcionamiento del mercado de trabajo”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 2, n. 15, 2013, pp. 41-71.
- Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *Informe anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.
- European Commission, *Study on a comprehensive overview on traineeship arrangements in Member States*, 2012, ec.europa.eu
- Gaeta, L., y Gallardo, R. (dirs), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2010.
- García-Marzá, D., Ética empresarial: un marco ético para la responsabilidad social de la empresa, en Sichar, G. (coord.), *La empresa socialmente responsable. Ética y Empresa*, Madrid, Cideal, pp.21-53.
- Guy Aznar, *Trabajar menos para trabajar todo. 20 propuestas*, Hoac, 1994.
- Igartua Miró, M. T., “Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012 de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, n. 6, pp. 34-54.
- Keynes, J. M., *The general theory of employment, interest and money*, Londres, Macmillan, 1963.
- Lahera Fortaleza, J. y García Quiñones, J. C. “La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, n. 2, pp. 39-54.
- Murray, J. *A New dictionary of historical principles*, Oxford, Clarendon Press, Vol. X, 1908.
- Organización Internacional del Trabajo, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 2011, <http://www.ilo.org>
- Pérez Alonso, J., “El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, *Revista de Derecho Social*, n. 57, 2013, pp. 198-213.

- Quintana Hernández, J. M., “¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?”, *Revista Lan Harremanak*, n. 26, 2012, pp. 131-159.
- Recio, A., “Reparto de trabajo y política social”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 118, 2012, pp. 67-78.
- Recio, A., *Trabajo, personas, mercados*, Madrid, Ed. Icaria, 1998.
- Rocha, F., Aragón, J. y Cruces, J., *Cambios productivos y empleo en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.
- Roqueda Buj, R., “Presentación”, en Blasco Pellicer, Á., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de seguridad social*, Madrid, Cinca, 2014, p. 9.
- Roqueta Buj, R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral; La ley 3/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Rubio Arribas, J., “Consecuencias sociales y laborales de la desregularización del mercado de trabajo”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 38, 2013.
- Salais, R., Bavarez, N., Reynaud, B., *L'invention du chômage*, Paris, Presses Universitaires de France (versión castellana), 1986.
- Salguero Molina, P., “La reducción de jornada como medida para evitar despidos, tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, n. 3, pp. 48-66.
- Sánchez, C., *Acerca del reparto de trabajo*, Castilla La Mancha, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pendientedemigracion.ucm.com
- Sasia P. M., “La empresa a contracorriente”, *Cuestiones de ética empresarial*, Bilbao, Mensajero-Alboan, 2004.
- Servais, J. M., “Política de trabajo decente y mundialización. Reflexiones sobre un planteamiento jurídico renovado”, *Revista Internacional del Trabajo*, n. 123, pp. 215-238.
- Standin, G., *El precariado. Una nueva clase social*, Ediciones del pasado y del presente, 2013.
- UGT, *Análisis de las horas de trabajo y jornada laboral en España en el periodo 2008-2014*, Madrid, 2015.

El compromiso de actividad como instrumento de participación activa del trabajador en la lucha contra su desempleo

Esther GUERRERO VIZUETE*

RESUMEN: La protección frente al desempleo es objeto de un permanente debate en el ámbito legislativo y doctrinal viéndose este acentuado en tiempos de crisis económica. Configurada constitucionalmente como un derecho social (art. 41), su contenido se ordena hacia la satisfacción de la situación de necesidad del individuo derivada de su inactividad laboral, teniendo el carácter de renta sustitutiva de los ingresos dejados de percibir. Es precisamente esta ordenación de la prestación de desempleo como ingreso “suficiente” a que el sujeto tiene derecho durante un determinado periodo de tiempo la que ha originado las mayores fricciones al respecto, “culpabilizándola” de la pasividad con que el trabajador puede afrontar su expulsión del mercado laboral. El presente trabajo se dirige a analizar el papel activo que la actual regulación impone al trabajador desempleado en su proceso de reinserción profesional y en qué medida ello se constituirá en el revulsivo que permitirá una aceleración de las transiciones profesionales.

Palabras clave: Políticas pasivas, activación, desempleo, compromiso de actividad.

SUMARIO: 1. Pleno empleo, política de empleo y protección frente al desempleo. 2. La tendencia a la contractualización en la regulación de la protección por desempleo en el ordenamiento español. 3. El compromiso de actividad del desempleado. 3.1. ¿Es efectiva la condicionalidad del compromiso de actividad en el proceso de reinserción laboral? 4. Bibliografía.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rovira i Virgili.

1. Pleno empleo, política de empleo y protección frente al desempleo

La radiografía básica del contexto económico-social en el que nos encontramos nos muestra una sociedad empobrecida, con un mercado de trabajo cada vez más precarizado y una mayor dosis de segregación social al no afectar el desempleo por igual a todos los grupos sociales³⁵⁰. Los más de siete años de austeridad nos han dejado una tasa de desempleo desconocida hasta la fecha y el vaticinio de un retorno a los niveles anteriores a la crisis lento y sectorizado³⁵¹. El debate sobre el desempleo, referido no solo a sus términos porcentuales sino también a la condición social de quienes se encuentran en esta situación, es recurrente en nuestro ordenamiento jurídico. Desde hace décadas su regulación, o más bien debemos decir constricción, es objeto de continuos cambios normativos bajo el adalid de la eficacia. En este contexto devaluador de condiciones y derechos laborales es necesario tener presente el modelo de Estado Social que nuestra propia Constitución diseña, uno de cuyos rasgos identificadores es el reconocimiento al individuo de un *status activae socialis* o *status positivus socialis*³⁵² en base al cual es posible requerir una actuación estatal de carácter prestacional. De este modo, se atribuyen a los ciudadanos derechos sociales que presuponen un protagonismo activo de los poderes públicos correspondiéndoles la responsabilidad de procurar la existencia de las condiciones fácticas que permitan hacer realidad su efectivo disfrute³⁵³.

³⁵⁰ Las reformas laborales operadas, especialmente la de 2012, no han producido los efectos esperados fundamentalmente porque la reducción del ritmo de destrucción de empleo se ha asentado sobre la base de una contratación cada vez más precaria e inestable. Así se desprende del tercer informe del Observatorio de seguimiento de la reforma laboral 2012 elaborado por el Instituto para las Relaciones Laborales y el Empleo (IRLE) de la Fundación Sagardoy. Disponible en www.adecco.es

³⁵¹ El informe de la OCDE sobre Perspectiva del Empleo (*Employment Outlook 2015*) de julio de 2015 prevé una caída de la tasa de paro en España hasta finales de 2016, si bien ésta no será inferior al 20%, una de las cifras más altas entre los países de la OCDE. Disponible en www.oecd.org

³⁵² Se reconocen así al individuo un conjunto de derechos que exigen una prestación por parte del Estado, aun cuando el verdadero problema que sobreviene con su reconocimiento jurídico es el de predisponer los medios prácticos para su satisfacción. Fernández Avilés, J. A., “Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador”, en Garrido Pérez (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Monografías de Temas Laborales n. 51, CARL, Sevilla, 2013, pp. 218 y 224.

³⁵³ Monereo Pérez, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, p. 161.

Dentro del conjunto de derechos sociales delimitados constitucionalmente, el derecho al trabajo (art. 35) ocupa un lugar destacado. Su naturaleza no responde a la de un derecho subjetivo³⁵⁴ implicando la garantía de un concreto puesto de trabajo para cada individuo, siendo esta lectura además incompatible con el modelo económico que la Constitución diseña basado en la iniciativa privada y la libertad de empresa³⁵⁵. De este modo, su contenido tiene un alcance más amplio, entendiéndose como un derecho a la empleabilidad, es decir, un derecho a acceder a una organización de medios, procedimientos o servicios establecidos por los poderes públicos y dirigidos a facilitarle esa ocupación³⁵⁶. El empleo, objetivo final al que se encamina el ejercicio del derecho constitucional, se configura así desde sus orígenes no como un concepto pasivo, en el cual unos proveen y otros asumen, sino activo exigiendo una implicación de su titular en su doble vertiente de acreedor frente a la obligación de medios que corresponde a los poderes públicos y deudor de un deber de resultado como consecuencia del comportamiento activo que le es exigible. Debemos en este punto recordar que en nuestro texto fundamental el reconocimiento del derecho al trabajo va precedido del deber de trabajar, entendible no como un deber jurídico sino moral, es decir, como íntima obligación de cada sujeto de colaborar en la satisfacción de las necesidades tanto individuales como colectivas.

La vinculación que a nivel constitucional existe entre pleno empleo, política de empleo y protección frente al desempleo se asienta en la realidad fáctica sobre un delicado equilibrio cuyo resultado no es otro que un continuo ajuste provocado por la incidencia de diversos factores económicos, sociales, productivos o políticos sobre sus respectivos ámbitos de actuación. El mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la realización de una política tendente al pleno empleo (art. 40) se complementa con el establecimiento de un régimen público de Seguridad Social destinado a satisfacer las necesidades de los individuos,

³⁵⁴ Sobre el reconocimiento limitado de los derechos sociales por nuestra Constitución, *vid.* Noguera Fernández, A., “El Estado social y el tratamiento de los derechos sociales en la Constitución Española de 1978”, en *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (dir.), Tirant lo Blanch, 2014; García Morales, A., “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”, en AA.VV., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

³⁵⁵ Devaluando con ello, en opinión de Pérez Rey, el propio concepto de derecho al trabajo. Pérez Rey, J., “Derecho al trabajo y estabilidad en el empleo”, en Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, *óp. cit.*, p. 243.

³⁵⁶ Monereo Pérez, J. L., “La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral”, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 18.

especialmente en caso de desempleo (art. 41). La protección frente al desempleo tendría así un carácter subsidiario, pasando a un primer plano solo cuando la política de empleo fracasa. El pleno empleo, definible conceptualmente como la situación en la que todos aquellos que quieren trabajar encuentran un trabajo, debe ser realizado mediante la puesta en práctica de una eficiente política de empleo. Esta, en cuanto conjunto de decisiones adoptadas por los poderes públicos, se ha de dirigir a la consecución no solo de ese pleno empleo en términos cuantitativos sino también cualitativos, al tiempo que debe tender a la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo. No obstante, su realización práctica está normativamente condicionada por la política económica. En este sentido, la crisis económica mundial iniciada a mediados de 2007 ha tratado de ser superada a nivel comunitario sobre la base de una política de austeridad y limitación del gasto público impuesta a los Estados Miembros. Esta decisión afectó especialmente a la economía española, pues ante la caída de ingresos públicos el déficit presupuestario se hizo insostenible repercutiendo negativamente sobre el mercado de trabajo. Su activación se impulsó sobre la base de una sucesión de reformas laborales operadas en 2010 y 2012 destinadas a flexibilizar³⁵⁷ el mercado de trabajo superando sus rigideces, favoreciendo así la contratación de los desempleados y la reducción del gasto social. No obstante sus efectos han sido muy limitados³⁵⁸. Ello nos conduce a considerar que en la situación actual el pleno empleo pasa a ser una utopía, rebajándose las aspiraciones a una simple reducción porcentual de la elevada tasa de desempleo existente³⁵⁹. En un mundo cambiante, las políticas de empleo se suceden

³⁵⁷En nuestro país la flexibilidad en el empleo se ha entendido como un espacio de confrontación y desencuentro debido a que el término flexibilidad es objeto de una diferente apreciación, pues lo que para unos (trabajadores) constituye una merma de derechos laborales, para otros (empresarios) es un incentivo necesario para la creación de empleo. Guerrero Vizuete, E., “La eficiencia del mercado de trabajo a través de la flexibilización descausalizadora introducida en los procesos de extinción contractual”, *Relaciones Laborales*, n. 6, 2013, p. 30.

³⁵⁸ Las reformas operadas, especialmente la de 2012, no han producido los efectos esperados fundamentalmente porque la reducción del ritmo de destrucción de empleo se ha asentado sobre la base de una contratación cada vez más precaria e inestable. Así se desprende del tercer informe del Observatorio de seguimiento de la reforma laboral 2012 elaborado por el Instituto para las Relaciones Laborales y el Empleo (IRLE) de la Fundación Sagardoy. Disponible en www.adecco.es

³⁵⁹ Los últimos datos estadísticos referidos al segundo trimestre de 2015 sitúan la tasa de desempleo española en el 22,37%. En esta situación, la resistencia a una reducción de los salarios reales por parte de los trabajadores es menor, “de tal forma que la deflación salarial terminará por enseñarles, tanto a ellos como a los demandantes de empleo la dura lección de la austeridad, mostrándoles la alternativa a la que se enfrentan: reformas o tasa

bien condicionadas por nuevas necesidades, bien deconstruyendo lo hasta entonces cimentado. La falta de ocupación de quienes tienen la edad, la capacidad y la voluntad necesarias no es un problema de reciente aparición en la sociedad moderna. Sin embargo, sí lo es la forma cómo los gobiernos reaccionan ante esa situación y hacen frente a las implicaciones que en términos económicos y sociales se derivan de aquella infrautilización de la mano de obra. Las medidas dirigidas a corregir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo llevan a la puesta en marcha de acciones de distinto signo cuyo denominador común será la afectación del derecho a una protección suficiente en caso de desempleo, y cuyos efectos serán parecidos en los países de nuestro entorno dado el carácter programable y coordinado de la política de empleo³⁶⁰. Debido al perfil subsidiario de la protección frente al desempleo al que antes aludíamos, su regulación se encuentra especialmente condicionada por los avatares de la política económica seguida por los gobiernos. En el caso español ello se ha traducido en una progresiva contractualización de la protección arbitrada frente a las situaciones de desempleo cuyo resultado es una desnaturalización y continua devaluación del mandato constitucional, imponiendo a los beneficiarios cada vez más obligaciones de distinto signo.

2. La tendencia a la contractualización en la regulación de la protección por desempleo en el ordenamiento español

El desempleo, en cuanto situación fáctica, viene conformado por un doble matiz, individual y social. El primero se construye sobre la base de la posición en la que se encuentra quien queriendo trabajar no encuentra la posibilidad de hacerlo, mermando su autoestima y su desarrollo profesional. La connotación psicológica implícita en esta vertiente del desempleo es de gran trascendencia, pues al desempleado se le requiere un comportamiento activo en el que no tiene cabida la debilidad anímica. El

de desempleo creciente". Bliet, J. G y Parguez, A., *Le plein emploi ou le chaos*, ed. Económica, París, 2006, p. 108.

³⁶⁰ La Estrategia Europea de Empleo adoptada inicialmente en 1997, articulada en el Consejo Extraordinario de Lisboa (2000) y renovada posteriormente al amparo de la Estrategia Europa 2020 (2010), contiene los objetivos comunes a alcanzar en materia de empleo. Estos se dirigen principalmente a la promoción de un alto nivel de empleo, a la garantía de una protección social adecuada y a la lucha contra la exclusión social. El instrumento a través del cual se conseguirá la convergencia de las políticas de empleo nacionales con aquellos objetivos es el Método Abierto de Coordinación, instrumento esencial para la armonización, evaluación y control de las medidas adoptadas.

aspecto social queda patente en el tratamiento que esta situación recibe desde los poderes públicos, arbitrando diversas técnicas a través de las cuales se trata de regular tanto la protección a dispensar como la corrección de la propia situación, incentivando de este modo una rápida reinserción en el mercado de trabajo. Separadas tradicionalmente de las medidas de política activa, las llamadas políticas pasivas dirigen su actuación precisamente a ofrecer una cobertura económica a quienes se ven privados de las rentas del trabajo, quedando por esta vía latente la estrecha vinculación entre ambas pues “la protección jurídica del desempleo a través de prestaciones y subsidios revela que la política de pleno empleo no ha logrado sus objetivos”³⁶¹, poniéndose de manifiesto que “la mejor política de Seguridad Social es una seria y eficiente política de empleo”³⁶². El recurrente deterioro del empleo, al vaivén de las crisis económicas sufridas, llevó al legislador a iniciar un proceso de reforma de esta situación protegida influenciado por las propuestas que, en el marco más amplio de la política de empleo, se han realizado desde instancias comunitarias. De este modo, tanto a nivel interno como externo, la protección por desempleo ha sido objeto de una reconfiguración en la que no sólo ha primado el interés por perfeccionar el ejercicio de un derecho social en términos de eficacia sino también de eficiencia materializada en la consecución de objetivos económicos y sociales. Paradójicamente resulta así que, cuando más necesaria es la protección por desempleo, más restricciones a su ejercicio se implementan a través de reformulaciones varias guiadas por una visión economicista de la misma.

La Ley 61/1962 de 22 de julio fue la primera norma destinada a dar cobertura jurídica al problema del desempleo poniéndose de manifiesto desde sus primeras formulaciones la existencia de una arraigada convicción sobre la necesidad de conectar la prestación económica con la empleabilidad, entendida ésta como participación del propio trabajador en su proceso de cualificación profesional. La posterior formulación de la Ley 51/1980 de 8 de octubre, Básica de Empleo, trajo consigo la expresa inclusión de la protección por desempleo dentro del concepto de política de empleo³⁶³, si bien esta integración no sería plena, siendo

³⁶¹ Martínez Abascal, V. A. y Herrero Martín, J. B., *Curso de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 415.

³⁶² Monereo Pérez, J. L., *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 10.

³⁶³ Al tiempo que el primer recorte referido a la duración de la prestación. Frente a una protección de 6 meses para un periodo de cotización previo de 6 meses dentro de los 18 anteriores al cese de actividad, la Ley 51/1980 estableció un periodo de cobertura de 3 meses para periodos de cotización de más de 6.

posteriormente objeto de regulación independiente a través de la Ley 31/1984 de 2 de agosto, de protección por desempleo. Esta Ley supuso el inicio de la asistencialización de la protección por desempleo, extendiéndose su cobertura más allá de la situación de inactividad laboral abarcando también la situación de necesidad derivada de esta, al tiempo que comienza a vincularse su satisfacción con la suficiencia de los mecanismos públicos de financiación. Esta conexión pasa a ser manifiesta en la Ley 22/1992 de 30 de julio incorporándose a ella un tercer elemento: la búsqueda activa de trabajo. El objetivo de la racionalización del gasto en el ámbito de la protección por desempleo se dirige así a asegurar el futuro equilibrio financiero del sistema y la protección efectiva *a quienes encontrándose en paro busquen activamente trabajo*. El demandante de empleo pasará así a ser un sujeto activo, impulsándose esta actividad mediante una reducción de la duración y cuantía de la prestación con el fin de *moderar las elevadas tasas de reposición de la prestación contributiva en relación con los salarios dejados de percibir, en tanto que tales tasas pueden desincentivar la búsqueda de empleo*³⁶⁴. De este modo se subjetiviza el problema del desempleo, considerando el legislador que la prestación de desempleo es excesiva y sitúa al desempleado en una situación de confort que retrasa su reincorporación al mercado de trabajo. Esta orientación legislativa se irá progresivamente asentando en línea con el papel cada vez más dinámico que la Unión Europea va adquiriendo en materia de política de empleo. La consolidación de una Estrategia Europea de Empleo (2000) contribuirá en gran medida a definir una estrategia global para el empleo en la que la activación de los demandantes de empleo jugará un papel importante. El término “activación” conectará así los recursos destinados a la protección por desempleo con el objetivo de incrementar los niveles de empleo situando a los desempleados como beneficiarios no sólo de prestaciones económicas sino también de prestaciones de servicios. En este contexto de cambio de tendencia respecto de la protección por desempleo se situó la Ley 45/2002 de 12 de diciembre. Entre sus objetivos declarados figura el de facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo. No obstante, debemos destacar que la consecución de este objetivo no descansó, como pudiera pensarse, en un aumento cualitativo de las funciones que a tal fin correspondían a los servicios públicos de empleo, sino más bien sirvió para desnaturalizar la configuración de la protección por desempleo como medida pasiva³⁶⁵, es

³⁶⁴ Preámbulo de la Ley 22/1992 de 30 de julio de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

³⁶⁵ Quintero Lima advierte la imprecisión del término por cuanto la protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social descansa sobre el principio de

decir, como garantía de una renta sustitutoria que los trabajadores percibían por el solo hecho de encontrarse en situación legal de desempleo. De este modo, a partir de dicha norma, la prestación económica a percibir por el desempleado estará sometida a una contrapartida cual es la suscripción de un compromiso de actividad, instrumento que supondrá la definitiva contractualización de la protección por desempleo asumiendo el sujeto una responsabilidad activa y directa en su proceso de reinserción laboral. Quiebra así, en palabras de MELLA MÉNDEZ, el modelo social clásico del Estado de bienestar, configurado por políticas pasivas de protección social que conceden subsidios y ayudas asistenciales a cambio de nada³⁶⁶, transmutándose en una suerte de hibridación en la que la responsabilidad de la búsqueda y reincorporación laboral asumida por el desempleado adquiere un papel protagonista, hasta tal punto que condicionará la obtención y mantenimiento de la correspondiente prestación económica. Este giro copernicano en la configuración de la protección por desempleo, en el que se enfatiza más el deber del trabajador que su condición de titular de un derecho, se plasma en la Ley 56/2003 de 16 de diciembre de Empleo (LE), derogadora de su homóloga de 1980 y dirigida a ofrecer una mejor respuesta a los cambios económicos y sociales producidos en el mercado de trabajo. Con este fin se intensifica el papel de las políticas activas, verdaderas herramientas de activación frente al desempleo, al tiempo que se modaliza la protección por desempleo siguiendo la técnica de contractualización anteriormente señalada. Cuestionado desde siempre su papel de mero receptor de beneficios sociales se intenta hacerle copartícipe en la responsabilidad de su bienestar³⁶⁷. Las posteriores reformas legislativas y Recomendaciones comunitarias³⁶⁸, reactivas ante el mantenimiento de una alta tasa de

contribución al sistema, lo cual implica que el beneficiario de la prestación ha mantenido hasta el momento de la pérdida involuntaria de su empleo una condición de trabajador activo. Quintero Lima, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coord.), *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 178.

³⁶⁶ Mella Méndez, L., *El compromiso de actividad del desempleado*, CEF, Madrid, 2005, p. 10.

³⁶⁷ Este cambio de orientación se conecta con un cambio de tendencia en la concepción del papel que debe jugar el Estado, pasando de un Estado nodriza a un Estado servicio, capaz de proporcionar una igualdad de oportunidades a los individuos. Inza Bartolomé, A., “Consecuencias de la sobrecarga del Estado y la globalización en la concepción del Estado de Bienestar. Hacia un régimen de pensiones condicionadas”, *Revista de sociología*, n. 81, 2006, p. 124.

³⁶⁸ En este sentido, la Recomendación específica del Consejo de la UE de 8 de julio de 2014 relativa al Programa Nacional de Reformas de España (2014) aconseja reforzar los requisitos de búsqueda de empleo para la percepción de las prestaciones de desempleo.

desempleo agravada por la crisis económica iniciada en 2008, no hicieron más que perfilar el deber pro-activo del desempleado frente a la situación de inactividad laboral, configurando una protección por desempleo cada vez más condicionada a la ejecución de medidas de política activa. De este modo, la contractualización del papel del demandante de empleo, en opinión De La Casa Quesada, lleva al beneficiario-titular del derecho a comprometerlo en el retorno social de una parte de la solidaridad pública que recibe³⁶⁹, priorizándose normativamente el rol que corresponde tan sólo a uno de los sujetos implicados en la contienda.

En definitiva, la activación del desempleado tiene como centro de gravedad el compromiso de actividad, “auténtica declaración de diligencia y buena fe expresada solemnemente y por escrito”³⁷⁰, el cual aglutina las obligaciones mutuas que asumen Estado y trabajador en orden a conseguir un mayor nivel de empleo, si bien en la realidad práctica este formalismo enlaza prioritariamente el conjunto de deberes asumidos por el desempleado como consecuencia de su condición de beneficiario social. En este sentido es significativo el último dato ofrecido por la OCDE según el cual las oficinas del Servicio Público de Empleo a menudo no tienen la capacidad para implementar políticas de activación en una escala suficiente como para ofrecer un apoyo eficaz a los solicitantes de empleo³⁷¹.

3. El compromiso de actividad del desempleado

La reforma de 2010 modificó el artículo 27 de la LE al objeto de establecer una más estrecha conexión entre las políticas activas y la protección económica por desempleo. De este modo, se vincula el percibo de prestaciones o subsidios con la previa inscripción como demandante de empleo lo cual conllevará, a su vez, la suscripción de un compromiso de actividad. Esta nueva redacción que, en cierta medida pudiera parecer reiterativa al formar parte este instrumento de los requisitos exigibles a los beneficiarios de prestaciones y subsidios ex art. 231 Ley General de la Seguridad Social (LGSS) desde 2002, tiene sin

³⁶⁹ De la Casa Quesada, S., “Políticas activas y políticas pasivas de empleo: la respuesta de la protección por desempleo ante la crisis económica”, en De la Casa Quesada, S. y Vallecillo Gámez, M. R. (coord.), *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2011, p.188.

³⁷⁰ Quesada Segura, R., “Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo”, CARL, 2004, p. 86.

³⁷¹ Informe de la OCDE sobre Perspectiva del Empleo, julio 2015, *óp. cit.*

embargo una finalidad concreta. Nótese como la vinculación entre ambas obligaciones no tiene el mismo alcance en la LGSS y en la LE. Mientras que en la primera el art. 231.1 las contempla como dos obligaciones independientes (inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción y cumplir las exigencias del compromiso de actividad) en la segunda, el art. 27 establece una conexión directa entre las mismas de forma que la inscripción significa la suscripción del correspondiente compromiso de actividad. Se configura así con el carácter de requisito constitutivo para el acceso a una protección, siendo su alcance el de un compromiso genérico con un contenido concretable *ad futurum*³⁷². El contenido del compromiso de actividad es, además, heterogéneo estando integrado por acciones de distinta naturaleza. En primer término, se impone la búsqueda activa de empleo. Desde una perspectiva individual la implicación del trabajador es un elemento que, desde sus orígenes, ha estado presente en las transiciones profesionales. De este modo, la situación de desempleo se ha venido configurando como la situación en la que el sujeto quiere estar en activo si bien no dispone de un empleo con el que estarlo. Esa voluntad de trabajar debe materializarse en la realización por parte del desempleado de acciones tendentes a subvertir su situación, no bastando su mera declaración inicial en el momento de formalizar la inscripción como demandante de empleo. Sin embargo, el problema reside en que nos encontramos ante la exigencia de una obligación de hacer de difícil concreción práctica. Nada dispone la LGSS al respecto sobre la forma cómo esa búsqueda activa se ha de desarrollar si bien sí que advierte que su falta de acreditación se considerará incumplimiento del compromiso de actividad produciendo los efectos sancionatorios oportunos. Ante la indefinición legal ¿debemos considerar que cualquier realización de actos positivos y repetidos dirigidos a la obtención de un empleo satisfacen el contenido de esta obligación?. La respuesta tiene en nuestro ordenamiento un sentido afirmativo. Por analogía a los requisitos exigidos para acceder al subsidio correspondiente al programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (conocido como Plan Prepara)³⁷³ la búsqueda activa de empleo

³⁷² “Ello determina que su operatividad desde el punto de vista (...) de la ocupabilidad de los desempleados sea más bien escasa”. Montoya Medina, D. y Blasco Jover, C., “El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la ley 45/2002: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo”, *Desempleo*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colección Informes y Estudios n. 61, MTAS, Madrid, 2003, p. 689.

³⁷³ Esta ayuda, junto con la Renta Activa de Inserción y el Programa de Activación para el Empleo integran las medidas que, con carácter extraordinario, se dirigen

queda acreditada mediante la realización de un mínimo de tres acciones entre las que figuran el envío o presentación del *curriculum* en al menos tres empresas distintas; la realización de, al menos, una entrevista de trabajo; la inscripción en, al menos, una agencia de colocación acreditada o la presentación, como mínimo, a una oferta de trabajo de los servicios públicos de empleo, entre otras. La realización de estas acciones deben justificarse documentalmente, haber sido realizadas en un plazo temporal determinado y consignarse en el formulario establecido al efecto. Llama la atención la laxitud de esta “búsqueda activa de empleo” si la ponemos en relación con la regulación de este mismo requisito en el ordenamiento francés. Junto con la repetición y actuación positiva, el art. R-311-3-5 del Código de Trabajo francés requiere para considerar efectuada la búsqueda de empleo el carácter real y serio de los actos realizados, los cuales no solo deben existir sino que además deben tener un sentido. La seriedad del acto se deriva de su pertinencia, debiendo quedar referidos a empleos que el interesado pueda razonablemente ocupar. En este sentido, la jurisprudencia francesa ha venido negando que el envío de correos con el *curriculum vitae* del demandante a un listado de empresas justifique el cumplimiento de actos positivos y repetidos de búsqueda de empleo³⁷⁴.

Aun cuando el cumplimiento de la obligación referida a la búsqueda activa de empleo se configura inicialmente como una obligación que requiere básicamente un comportamiento activo del demandante de empleo, posteriores normas tratan de poner el énfasis en la labor de acompañamiento que realizan los servicios públicos de empleo. Con este objetivo el RD 7/2015 de 16 de enero dispone el servicio de orientación profesional, dentro de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Empleo. Su finalidad es el asesoramiento, la motivación y el acompañamiento en las transiciones profesionales a partir del diagnóstico de la situación individual del demandante de empleo. Para ello se identificarán las habilidades, competencias, formación y experiencia del trabajador, elaborando así su perfil de cara al diseño de un itinerario personalizado para el empleo. A través de este instrumento se encauza la búsqueda activa de empleo, dirigiéndola específicamente hacia aquellos ámbitos en los cuales el trabajador tiene unas mayores posibilidades de acceder a un empleo conforme a sus competencias profesionales.

específicamente a aquellas personas que hayan agotado las prestaciones y subsidios de desempleo.

³⁷⁴ Entre otras, sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles n. 12VE00524 de 18 de diciembre de 2012. La ausencia o insuficiencia de la búsqueda activa de empleo se sanciona en el ordenamiento francés con el cese de la correspondiente prestación por un periodo que oscila entre 15 días y 6 meses.

En segundo lugar, forma también parte del compromiso de actividad el deber del desempleado de participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad. Esta obligación se reitera en el texto de la norma hasta en tres ocasiones (arts. 206, 231.1 i y 231.2 LGSS), siendo en opinión de Mella Méndez la que mejor refleja la naturaleza contractual y bilateral del compromiso de actividad, en tanto que su realización requiere de la actuación y voluntad tanto del desempleado como de los servicios públicos de empleo³⁷⁵. Las obligaciones que recíprocamente se imponen se dirigen específicamente a aumentar la empleabilidad del trabajador favoreciendo una más rápida transición profesional, por cuanto la prolongación de la situación de desempleo incide negativamente sobre aquella. Siguiendo la tendencia normativa, de nuevo, se previene al trabajador de los efectos que la falta de participación en las acciones dirigidas a la mejora de su ocupabilidad podrán desencadenar, si bien debemos señalar la existencia de dos excepciones a respecto: en primer lugar, la participación tiene el carácter de voluntaria durante los primeros 30 días de percibo de la prestación, por lo que su incumplimiento no desencadenará efecto sancionador alguno (art. 231.1.i LGSS); en segundo lugar, la participación en acciones dirigidas al fomento de la ocupabilidad del desempleado está conectada a la profesión habitual y a sus aptitudes formativas por lo que si no existiese conexión entre la acción y el fin al que se dirige cabría admitir como justificada la negativa del desempleado a participar en la misma³⁷⁶.

El tercer elemento que integra el compromiso de actividad es la obligatoria aceptación por parte del desempleado de aquella colocación adecuada que le sea ofrecida. La subjetividad de este concepto es delimitada por la propia norma (art. 231.3 LGSS) en base a tres parámetros: a) colocación adecuada es aquella que sea demandada por el trabajador, b) aquella que coincida con su profesión habitual y c) cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas o formativas. Junto a estos criterios delimitadores se introduce a continuación un mecanismo de corte generalista al tiempo que excluyente: *en todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses*. No obstante, estos elementos

³⁷⁵ Mella Méndez, L., “El compromiso de actividad...”, *óp. cit.* p. 88.

³⁷⁶ En este sentido debe tenerse en cuenta que “la idea fuerza de la empleabilidad supone un punto de inflexión porque pone por delante un aspecto de la política activa encaminado a la realización del derecho a la reinserción profesional”. López Gandía, J., “Las políticas pasivas: protección por desempleo”, en Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. B. (coord.), *Políticas Sociolaborales*, Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 492.

de determinación del carácter adecuado o no de la colocación ofrecida al trabajador, al objeto de acreditar el mantenimiento de la obligación contractualmente asumida por medio del compromiso de actividad, pueden ser desplazados de tal forma que serán consideradas “colocación adecuada” aquellas *otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador*. El único requisito que señala la norma para que se produzca esta traslación desde la objetividad del trabajo anteriormente desempeñado por el trabajador a la subjetividad, o quizá debiéramos decir discrecionalidad de la Administración, es ser beneficiario de una prestación por desempleo durante un año interrumpido. Dos consideraciones de distinto alcance deben ser realizadas al respecto. La primera está conectada con los conceptos de empleabilidad y calidad del trabajo. La segunda queda referida a la tradicional falta de eficiencia de los servicios públicos de empleo a la hora de facilitar a los desempleados inscritos una colocación³⁷⁷.

La empleabilidad del trabajador está vinculada a su cualificación profesional y al contexto económico en el que se sitúa su expulsión del mercado de trabajo. Siguiendo a Videcoq la empleabilidad es la capacidad de evolucionar de manera autónoma en el interior del mercado de trabajo y depende de los conocimientos, cualificaciones y competencias que cada uno tiene³⁷⁸. En este sentido, dos deben ser los presupuestos fácticos a considerar: en primer término, frente a un déficit formativo condicionante de la expulsión del mercado de trabajo, la activación del desempleado comprenderá acciones dirigidas a incrementar su capacitación profesional y sus oportunidades de colocación en un sector concreto de actividad³⁷⁹. Sin embargo, y en segundo lugar, el planteamiento es diferente si el desempleado ya dispone de la experiencia y capacitación necesarias. En este supuesto el contexto económico en el que se enmarque su expulsión juega un importante papel que no debe ser potenciado por los servicios públicos de empleo. Ante una situación económica delicada los

³⁷⁷ Si bien esta deficiencia es, en mayor o menor medida, predicable de otros servicios públicos de empleo europeos. En Francia la tasa de salida de los demandantes de empleo es del 4.8% tachándose el Servicio Público de Empleo francés de ineficiente al proporcionar un acompañamiento insuficiente y falta de individualización. Videcoq, E., “Le chômeur en rupture de protections: des voies et moyens d’activer les droits des privés d’emploi”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 4, 2014.

³⁷⁸ Videcoq, E., “Le chômeur en rupture de protections: des voies et moyens d’activer...” *óp. cit.*, p. 659.

³⁷⁹ Sin que sea coherente “exigir al trabajador acciones, compromisos de actividad, participación en cursos de formación y reciclaje que mejoren su empleabilidad para luego obligarle a aceptar cualquier tipo de trabajo”, López Gandía, J., “Las políticas pasivas...”, *óp. cit.*, p. 483.

empleadores pueden ser más exigentes en la contratación al haber un mayor número de candidatos, produciéndose una infracontratación de trabajadores sobrecualificados. Es esta situación la que debe ser evitada por los servicios públicos de empleo mediante una aplicación restrictiva de su potestad de calificar como adecuada cualquier *colocación que pudiera ser ejercida por el trabajador* intencionalmente dirigida a una rápida disminución de la tasa de desempleo, evitándose con ello la primacía del principio de colocación sobre el de profesionalidad del trabajador. Una condición ésta que enlaza con la necesaria calidad de los empleos que se ofrezcan, garantía *sine qua non* de permanencia de los activos en el mercado de trabajo, máxime teniendo en cuenta como indica Vaquero García que la cobertura por desempleo puede favorecer una mejor adaptación de los desempleados al proporcionarles más tiempo para encontrar el empleo que mejor se adapte a sus capacidades o aspiraciones³⁸⁰, sin que la tendencia al abuso por parte de un porcentaje de desempleados justifique incrementar la presión sobre el conjunto de demandantes de empleo, incitándoles a aceptar lo más rápidamente posible un empleo probablemente precario y en condiciones de trabajo particularmente difíciles³⁸¹. Quizá debiera haberse seguido en este punto la regulación francesa sobre qué debe entenderse por oferta razonable de empleo asentada sobre elementos marcadamente cuantitativos referidos tanto al salario como al tiempo de trabajo y susceptibles de ser revisados periódicamente para incrementar las oportunidades de retorno al empleo. En este sentido el Código de Trabajo francés establece como elementos constitutivos de la oferta razonable de empleo la naturaleza y las características del empleo/s buscados, la zona geográficamente preferente y el salario esperado (art. L. 5411-6-2). Este último elemento es el que actúa posteriormente como requisito prevalente al establecerse que después de 3 meses se considera como oferta razonable de empleo aquella compatible con sus cualificaciones y competencias profesionales y remunerada al menos en un 95% del salario anteriormente percibido. Este porcentaje disminuye a medida que transcurre el tiempo de permanencia en situación de desempleo (art. L. 5411-6-3) sin que en ningún caso el demandante de empleo pueda ser obligado a aceptar un nivel de salario

³⁸⁰ “Las personas que consideran que poseen un empleo idóneo tienen más productividad y menor probabilidad de quedarse en el paro en el futuro”. Vaquero García, A., *¿Resulta tan evidente la existencia de un efecto desincentivador de las prestaciones por desempleo sobre la búsqueda de empleo?*, IX Encuentro de Economía Pública, Vigo, 2002, disponible en dialnet.unirioja.es, p. 4.

³⁸¹ Véricel, M., “Droits et devoirs des demandeurs d’emploi”, *Revue de Droit du travail*, n. 101, 2009, p. 2 del formato electrónico.

inferior al normalmente percibido en la región y para la profesión demandada. Además se dispone que si en el proyecto personalizado de acceso al empleo se prevé que los empleos buscados son a tiempo completo no podrá ser obligado a aceptar un empleo a tiempo parcial (art. L 5411-6-4)³⁸².

La segunda consideración a realizar respecto de la forma de delimitación del concepto de colocación adecuada es referible a la calidad de los servicios ofrecidos por las oficinas de empleo a los desempleados. Las críticas a la deficiente actividad de los servicios públicos de empleo en materia de colocación han sido una constante en nuestro ordenamiento desde hace décadas³⁸³. Recientemente, el informe de la OCDE sobre Perspectivas de Empleo ha señalado la deficiente estructura de las oficinas de empleo en orden a prestar un adecuado servicio a los demandantes de empleo³⁸⁴. Llamamos la atención sobre esta circunstancia porque la exigencia de una participación más activa de los desempleados en su retorno al empleo debe acompañarse inexorablemente de un servicio público más eficaz y eficiente en la gestión de la colocación y el cumplimiento de las acciones que en materia de política activa le son encomendadas. Baste reseñar al respecto que el RD 7/2015, anteriormente mencionado, prevé un acompañamiento personalizado en el cumplimiento del compromiso de actividad por parte de tutores u orientadores (art. 8.2 c) en un escenario presidido por una tasa de desempleados que supera el 22% y la denuncia desde diversos foros de una cada vez menor afectación de medios personales para su realización³⁸⁵. Unas deficiencias que parecen ser comunes en otros países de nuestro entorno, como es el caso de Francia, en el que frecuentemente se ha denunciado la falta de atención personalizada por parte de los

³⁸² No obstante, esta redacción ha sido criticada por la doctrina francesa al eliminar la referencia a la vinculación entre trabajo ofrecido y especialidad del trabajador, presente en el texto normativo con anterioridad a la Ley de 1 de agosto de 2008. Vid. Camaji, L., "Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations", *Droit Social*, n. 6, 2010, p. 3 del formato electrónico.

³⁸³ Baste recordar al respecto cómo las Exposiciones de motivos de las Leyes 35/2010 de 17 de septiembre y 3/2012 de 6 de julio justificaron la apertura de la actividad de colocación a la iniciativa privada en la insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo.

³⁸⁴ En dicho informe se señala que las oficinas del Servicio Público de Empleo a menudo no tienen la capacidad para implementar políticas de activación en una escala suficiente como para ofrecer un apoyo eficaz a los solicitantes de empleo.

³⁸⁵ Véase al respecto las informaciones publicadas sobre el despido de técnicos de empleo (orientadores) en www.público.es (04.10.12), www.castillayleon.ccoo.es (19.02.13); www.laverdad.es (23.12.13) o www.eldiario.es (21.05.14).

consejeros de empleo, la elaboración de itinerarios genéricos que no tienen en cuenta las especificidades del demandante de empleo, el incumplimiento de los plazos periódicos de atención³⁸⁶ o la sobrecarga de trabajo de los respectivos consejeros sometidos a una elevada ratio de demandantes por cada empleado³⁸⁷. En definitiva, la suscripción obligatoria del compromiso de actividad instrumentaliza jurídicamente la posición jurídica deudora que el desempleado ostenta en su condición de beneficiario social, “difuminando el vínculo entre la pérdida involuntaria del empleo y la protección de la situación de necesidad que de ella se deriva mediante la correspondiente prestación económica”³⁸⁸.

3.1. ¿Es efectiva la condicionalidad del compromiso de actividad en el proceso de reinserción laboral?

De lo expuesto hasta ahora sobre este instrumento específicamente configurado para que el desempleado se constituya en el actor principal (y héroe) de la tragedia que constituye estar en paro, el aspecto más destacable es su condicionalidad a efectos del acceso al reconocimiento de una prestación. Presupuesta su renuencia a trabajar y su tendencia al *dolce far niente*, la regulación legal se orienta en derredor de un recorte del derecho social a la protección por desempleo tanto cualitativo como cuantitativo. Este último es fácilmente advertible bajo el argumento del exceso del gasto y las dificultades de financiación del sistema que ello conlleva. El primero es el más preocupante. La idea de empleabilidad, como bien expresa Fernández Avilés y cuya opinión compartimos, “ha calado en los mecanismos activos y pasivos de tutela del desempleado en un sentido “contractualista” y “remercantilizador”, donde los objetivos

³⁸⁶ Una encuesta efectuada entre sus lectores por el periódico *Le monde* a propósito de la supresión por el Servicio Público de Empleo de las citas mensuales de seguimiento puso de manifiesto que se trataba de una práctica abandonada desde hacía tiempo, siendo lo más frecuente la realización de entre 2 y 5 controles en tres años. Disponible en www.lemonde.fr (25.06.2012).

³⁸⁷ Su número oscila entre 40 y 275 demandantes de empleo por cada consejero según datos facilitados por el propio servicio público de empleo. Datos disponibles en www.lemonde.fr (30.07.2014). Véase también al respecto Véricel, M., “L’accompagnement vers l’emploi”, *RDSS*, n. 6, 2012.

³⁸⁸ Torrents Margalef, J., “La activación actual de los desempleados en España ante las tendencias selectivas en Europa”, *Relaciones Laborales*, n. 12, 2006, p. 27 del formato electrónico.

del empleo de “calidad” se han visto relegados a un segundo plano³⁸⁹. El desempleado pasa a ser el sujeto activo de una situación no querida ni buscada, en la que se pone en duda su voluntad de trabajar, sus capacitaciones profesionales y en la que no existe una correspondencia con la actuación de los organismos públicos, estando ésta desvitalizada, diluida al sustentarse su realización sobre una estructura ineficiente. Se le impone al desempleado la activación, entendida como estrategia global que tiene por objeto reducir los gastos pasivos en beneficio de los gastos activos³⁹⁰, sin que la intensidad que se le exige en el cumplimiento de las obligaciones que integran su compromiso de actividad equivalga a las que en el plano real corresponden a los servicios públicos de empleo.

Desde un punto de vista crítico la condicionalidad no sería efectiva en el proceso de reinserción laboral. La protección por desempleo juega un papel complementario en el proceso de reincorporación a la vida activa. Más bien lo que debería imponerse es una corrección de la unilateralidad a la que se enfrenta el desempleado en su búsqueda de empleo, debiéndose imitar el modelo de las empresas de recolocación, proporcionando la metodología, formación y entrenamiento necesarios para que verdaderamente el desempleado sea el gestor de su propio proceso de búsqueda de empleo³⁹¹. En segundo término, sería necesaria una prevalencia de la profesionalidad sobre la colocación como máxima de actuación, desechando el axioma según el cual cualquier empleo es válido para cualquier trabajador, porque con ello se corre el riesgo de entrar en un círculo vicioso en el que se ocupan empleos por trabajadores sobrecualificados provocando su desprofesionalización. Asimismo se corre el riesgo de crear un mercado de desempleados a dos velocidades, porque la política de colocación rápida no será efectiva para todos los privados de empleo, dada la diversidad de sus circunstancias personales o profesionales, pudiendo con ello agravar aun más el riesgo de exclusión laboral de los parados de larga duración. Conviene precisar que ello exigiría un cambio en el modelo productivo español, actualmente asentado en la temporalidad contractual y la precariedad de las condiciones de trabajo, y dirigido hacia la minoración de costes laborales.

³⁸⁹ Fernández Avilés, J. A., “Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador”, *óp. cit.*, p. 252.

³⁹⁰ Gautié, J., *Le chômage*, ed. La Découverte, París, 2009, p. 97.

³⁹¹ Sáez Lara, C., “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010, p. 348. En este sentido es importante destacar el último informe presentado por Lee Hecht Harrison referido a 2014 pone de manifiesto que 2 de cada 3 participantes en sus programas de recolocación consiguieron empleo en 5,9 meses de media. Informe de Recolocación disponible en www.llhspain.es

En tercer y último lugar, debería actuarse sobre las acciones de formación para el empleo, definiendo y evaluando su incidencia sobre la mejora de la ocupabilidad de los desempleados. De nada sirve “imponer” la participación en acciones formativas mal planificadas y peor gestionadas. Solo abordando una verdadera redefinición de las obligaciones que integran el compromiso de actividad y de su finalidad, desconectándola del acceso a prestaciones y subsidios, y en el que se refuerce una colaboración realmente activa de las partes implicadas podremos hablar del compromiso de actividad como verdadero instrumento de planificación del proceso de reinserción laboral tendente a procurar mayor celeridad en las transiciones profesionales.

4. Bibliografía

- Blik, J. G. y Parguez, A., *Le plein emploi ou le chaos*, ed. Económica, París, 2006.
- Camaji, L., “Le demandeur d’emploi à la recherche de ses obligations”, *Droit Social*, n. 6, 2010.
- De la Casa Quesada, S., “Políticas activas y políticas pasivas de empleo: la respuesta de la protección por desempleo ante la crisis económica”, en De la Casa Quesada, S. y Vallecillo Gámez, M. R. (coord.), *Empleo, mercado de trabajo y sistema productivo: el reto de la innovación en políticas de empleo*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- Fernández Avilés, J. A., “Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador”, en Garrido Pérez (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Monografías de Temas Laborales n. 51, CARL, Sevilla, 2013.
- García Morales, A., “La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales, en AA.VV., *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- Gautié, J., *Le chômage*, ed. La Découverte, París, 2009.
- Inza Bartolomé, A., “Consecuencias de la sobrecarga del Estado y la globalización en la concepción del Estado de Bienestar. Hacia un régimen de pensiones condicionadas”, *Revista de sociología*, n. 81, 2006.
- López Gandía, J., “Las políticas pasivas: protección por desempleo”, en Cabeza Pereiro, J. y Cardona Rubert, M. B. (coord.), *Políticas Sociolaborales*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.
- Martínez Abascal, V. A. y Herrero Martín, J. B., *Curso de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid, 2013.

- Mella Méndez, L., *El compromiso de actividad del desempleado*, CEF, Madrid, 2005.
- Monereo Pérez, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- Monereo Pérez, J. L., *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Monereo Pérez, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- Montoya Medina, D. y Blasco Jover, C., “El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la ley 45/2002: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo”, en *Desempleo*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Colección Informes y Estudios*, n. 61, MTAS, Madrid, 2003.
- Noguera Fernández, A., “El Estado social y el tratamiento de los derechos sociales en la Constitución Española de 1978”, en Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, 2014.
- Pérez Rey, J., “Derecho al trabajo y estabilidad en el empleo”, en Noguera Fernández, A. y Guamán Hernández, A. (dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Quesada Segura, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, CARL, 2004.
- Quintero Lima, M. G., “La contrapartida como instrumento teórico-práctico de articulación de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo”, en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (coord.), *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- Sáez Lara, C., “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, n. 107, 2010.
- Torrents Margalef, J., “La activación actual de los desempleados en España ante las tendencias selectivas en Europa”, *Relaciones Laborales*, n. 12, 2006.
- Vaquero García, A., *¿Resulta tan evidente la existencia de un efecto desincentivador de las prestaciones por desempleo sobre la búsqueda de empleo?*, IX Encuentro de Economía Pública, Vigo, 2002.
- Véricel, M., “Droits et devoirs des demandeurs d’emploi”, *Revue de Droit du travail*, n. 101, 2009.
- Véricel, M., “L’accompagnement vers l’emploi”, *Revue de Droit Sociale et Sanitaire*, n. 6, 2012.

Videcop, E., “Le chômeur en rupture de protections: des voies et moyens d’activer les droits des privés d’emploi”, *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n. 4, 2014.

El suicidio del trabajador acosado en la Europa del Sg. XXI*

Fernando ALONSO FALCÓN**

RESUMEN: A pesar del tiempo transcurrido desde que se dio a conocer el “mobbing” o “acoso moral en el trabajo” en Europa, a pesar del expreso conocimiento que del mismo tienen todas las instituciones responsables de su seguimiento y control en la UE, y a pesar de la gravedad de las últimas consecuencias que pueden acontecer en estos casos – la muerte del trabajador –, la “democrática y civilizada” Europa del siglo XXI no ha sido capaz de consensuar su tutela jurídica a nivel de la UE, en cuanto a su posible regulación específica y concreta. En lo que respecta a España, los suicidios derivados del hostigamiento psicológico al que los trabajadores han sido sometidos superan al año a las muertes por accidente de tráfico. Es una siniestralidad con resultado de muerte que, no obstante, no aparece en los informes estadísticos anuales publicados y relacionados con la siniestralidad laboral. Son las “muertes olvidadas” del mercado de trabajo del XXI.

Palabras clave: Acoso moral, suicidio, accidente de trabajo.

SUMARIO: 1. El acoso moral en el trabajo en pleno Siglo XXI. 1.1. La magnitud del problema. 2. La desaparición de la percepción social en sus inicios sobre el acoso moral: falta de regulación. 2.1. Las distintas aportaciones institucionales a su definición y la tipificación del delito de acoso laboral. 2.2. Datos en España sobre siniestralidad laboral y los suicidios calificados accidente de trabajo. 3. La concreción de los riesgos psicosociales y la actuación ante este nuevo tipo de siniestralidad laboral. 3.1 La UE ante el acoso moral y la dificultad de su transposición y regulación específica. 4. Figuras jurídicas afines de violencia psicológica que inducen a confusión. 4.1. La insuficiente regulación del acoso moral en el ordenamiento español. 4.2. Distintas teorías doctrinales sobre la regulación del acoso moral. 5. Bibliografía.

* Síntesis de uno de los capítulos de la Memoria de Investigación «El suicidio por acoso moral como accidente de Trabajo», tutelada por el Dr. D. Félix Salvador Pérez, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España), y defendida por el autor para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados, acreditativo de su Suficiencia Investigadora.

** Licenciado en Ciencias del Trabajo por la Universidad de Sevilla (España). Consultor jurídico laboral.

1. El acoso moral en el trabajo en pleno Siglo XXI

Por todos es sabido que del acoso moral en el trabajo se ha dicho y escrito mucho. En consecuencia y para evitar ser reiterativo y aportar – al menos pretenderlo – un enfoque distinto a anteriores publicaciones, en éste artículo se incidirá en una cuestión eludida en la mayoría de los estudios revisados, sobre todo los de tipo jurídico, donde en muy pocas ocasiones, y salvo muy notables excepciones³⁹², se menciona la palabra suicidio, eje central de este artículo, debido, sobre todo, a que existen investigaciones que postulan que se producen alrededor de 30 intentos de suicidios al día en España, el 15-20 por ciento de ellos por problemas laborales, lo que nos arroja unas cifras de 4-6 trabajadores al día que intentan suicidarse en España por causas profesionales, y que los consumados dejan marcados de por vida, como mínimo, a seis personas de su entorno mediato, normalmente familiares y amigos de la víctima.

Sus orígenes nacen del análisis de las condiciones de trabajo³⁹³, iniciadas por investigadores ajenos al ámbito del Derecho y desde disciplinas tan diversas como la sociología, psicología y psiquiatría³⁹⁴, que hacen coincidir el actual concepto de acoso moral con el de *mobbing* de Leymann y con su explicación del fenómeno desde la óptica psicosocial ya en 1986, sin obviar que en nuestro país pioneras sentencias sobre el suicidio por motivaciones profesionales datan de fechas que sorprenden: la primera tuvo lugar en el año 1952³⁹⁵, que negó la calificación de AT, aún

³⁹² Díez-Picazo Giménez, G., “El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral. A propósito de la sentencia del JS número 11 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 18, 2007, pp. 117-132. Artículo doctrinal también disponible en AA.VV., *Compilación Jurídica para Mutuas: Tomo nº 2: monográfico sobre el accidente de trabajo*, 2007, pp. 115-135.

³⁹³ Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (coord. Cruz Villalón, J.), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Investigación FIPROS, MEYSS, DGOSS, 2007, p. 5, donde refieren que: “Las categorías jurídicas presentes en las normas y en las resoluciones judiciales, frecuentemente derivan de la reflexión de la doctrina científica o de las categorías analíticas de las ciencias sociales o de la salud”. [disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema4Salud/index.htm]. Nota: Páginas no numeradas.

³⁹⁴ Cfr. Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo, Análisis Jurídico-Laboral*, Madrid, 2008, pp. 33-34. El insoslayable vínculo entre el acoso moral, las enfermedades o patologías de salud mental que provoca en las víctimas, y la irrefutable probabilidad de suicidio de los acosados, requiere, en mi opinión, analizar los estudios doctrinales sobre el acoso moral de forma multidisciplinar.

³⁹⁵ STS DE 31/03/1952, [RJ 1952,673].

produciéndose el suicidio del trabajador después de ser acusado de robo de material de trabajo, hecho que se expresa para subrayar que el asunto que nos ocupa no es nada nuevo. Lo novedoso y preocupante es la situación actual de éste denominado por algunos “fenómeno” que perdura en nuestros días y, según se verá, con enorme virulencia.

En definitiva, el estudio ha de ser, por fuerza, interdisciplinar y sobre la base inicial de investigadores de doctrinas ajenas al Derecho, a fin de evitar que su enfoque legal esté falto de contenido y donde como premisa fundamental para central el asunto, lo primero a señalar es que el acoso moral no es una patología, pero sí el origen de ellas, hecho incontrovertido en la doctrina psicosocial, jurídica y judicial, con opiniones que postulan que el estrés es el arma más perjudicial para la salud, el acoso moral es fuente de estrés y causante de daños físicos, situaciones estas que deberían ser denunciadas como un delito contra la salud³⁹⁶.

En consecuencia, y como ideas básicas, diremos que es un comportamiento del hostigador causante de importantes daños psicológicos en el acosado, es una conducta ilícita y dolosa³⁹⁷, al margen de la legalidad vigente y merecedora de reprobación legal, y sobre todo y a veces, con resultado de muerte del trabajador acosado.

Por tanto, ciñéndonos en exclusiva al ámbito laboral y sin obviar la multiplicidad de situaciones que podrían provocar estas conductas acosadoras³⁹⁸, aunque todas ellas deriven de interrelaciones personales entre los sujetos implicados, según defienden algunos autores, creo necesario plantear dos cuestiones.

La primera, analizar las posibles causas de ese comportamiento hostigador en el mundo empresarial. En ese sentido, según declara la doctrina, los motivos podrían ser los siguientes: 1) manifiesta intencionalidad de fraude de ley, al eludir lo dispuesto respecto a la extinción de la relación laboral, para conseguir “*coste 0*” en la indemnización por despido³⁹⁹; 2) un

³⁹⁶ Véase Peris I Pascual, M. D., “Fundamentos científicos para la defensa del *mobbing*”, *LH*, n. 7.2, 2002, p. 251.

³⁹⁷ Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral tendenciosa, (MOBBING)*, Ginora, 2005, Tesis, p. 88. Nota: ISBN 8468925810.

³⁹⁸ Jurado Segovia, A., *Tipificación jurídica del acoso moral en el trabajo*, memoria de investigación, Palma de Mallorca, 2006, pp. 10 y 11. (en línea disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/memoriesUIB/import/Jurado_Segovia_Angel.pdf). Véase su cita al pie n. 9 de los autores en cuyos estudios se recogen la multitud de causas que, según ellos, pueden provocar conductas acosadoras. Del mismo autor, en su obra *Acoso moral...*, *óp. cit.*, pág. 34, *vid.*, en el mismo sentido, su cita al pie n. 7.

³⁹⁹ Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral...*, *óp. cit.*, p., 133. En ese mismo sentido, Piñuel, I. y Oñate Cantero, A., “La incidencia del *mobbing* o acoso psicológico en el trabajo en

planificado “*acoso estratégico*” con la finalidad de conseguir el abandono voluntario del trabajador y evitar el procedimiento de despido⁴⁰⁰; 3) que el hostigador presente algún trastorno psicótico de la personalidad⁴⁰¹, bien estemos ante la figura de la “*mediocridad inoperante activa*”⁴⁰², o la del jefe tóxico⁴⁰³, con personalidad y manifestaciones clínicas de carácter psicopáticas organizacionales no delincuentes en el sentido legal⁴⁰⁴, que influyen en la organización del trabajo; y 4) el mayor triunfo del hostigador: el suicidio del acosado⁴⁰⁵.

La segunda cuestión giraría en torno a dilucidar, y sólo en cuanto al efecto de esa posible estrategia empresarial – intencionada – que hemos citado, si ello implica someter al sujeto pasivo a un hostigamiento de tal magnitud que le induzca al suicidio⁴⁰⁶.

Pues bien, la práctica forense dictamina dos importantes consideraciones, que expuestas de forma resumida serían: 1) cuanto menos, se ha de tener muy en cuenta el riesgo de suicidio del acosado, y cuanto más, el de su

España: Resultados del barómetro CISNEROS II sobre violencia en el entorno laboral”. *LH*, n. 7, 2002, p. 41.

⁴⁰⁰ Hirigoyen, M. F., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona, 2001, p. 100.

⁴⁰¹ Piñuel y Zabala, I. y Oñate Cantero, A., “La incidencia del *mobbing* o...”, *óp. cit.*, p. 38. En esa misma línea, Piñuel en su libro *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander, 2001, p. 128 y ss.

⁴⁰² González De Rivera y Revuelta, J. L., “El Trastorno por Mediocridad Inoperante Activa (síndrome MIA)”, *Psiquis*, n. 18.6, 1997, p. 231, y del mismo “El síndrome de acoso institucional”, *Diario médico*, 2000 (18/07), p. 14 (2), y su versión modificada por el autor de lo publicado en *Diario médico*, publicado en *psiquiatría.com*, 2001, n. 5.1, p. 3, (también en línea, disponible en: <http://www.psicoter.es/search?ordering=&searchphrase=all&searchword=acoso+institucional>); Piñuel, I., *Mobbing, como sobrevivir...*, *óp. cit.*, p. 163. Según los autores, es esos casos, el acoso moral será inherente a la organización del trabajo en esa empresa.

⁴⁰³ *Cfr.* Piñuel y Zabala, I., *Jefes tóxicos*, Madrid, 2004. En la misma línea, artículo de González De Rivera, J. L., “Como protegerse de un jefe tóxico”, en *EL PAIS*, 12 enero 2008, Suplemento Salud, p. 4. (Disponible en pdf en artículo dominical en <http://www.uv.es/ccoo/downloads/jefestoxicos.pdf>, y en formato html en http://www.psicoter.es/component/option,com_docman/Itemid,73/gid,211/task,doc_details/).

⁴⁰⁴ Piñuel, I., *Mobbing, como sobrevivir...*, *óp. cit.*, p. 152.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁰⁶ González De Rivera y Revuelta, J. L., “El síndrome del acoso...”, *óp. cit.*, en su versión actualizada del 2001, pp. 2-3. El autor refiere que entre las maniobras que utiliza el mediocre inoperante activo para el acoso psicológico, está la de: “Comprometer su salud, física y psíquica, mediante una constante presión estresante que favorece las alteraciones depresivas, psicosomáticas, y actos de huida que pueden llegar hasta la renuncia brusca al puesto laboral o el suicidio”.

consumación⁴⁰⁷; y 2) algunos expertos ponen su énfasis en la creciente incidencia del suicidio como una secuela del acoso moral⁴⁰⁸.

Dicho lo cual, las conclusiones más ajustadas, en síntesis, serían como inicio, la manifiesta intencionalidad conductual del acosador, y como drástico final, la muerte por suicidio del trabajador acosado que, no obstante, no siempre deriva en asunción de responsabilidades, sobre todo en la vía penal⁴⁰⁹. Aún así, las resoluciones judiciales del TS y de los distintos TSJ son contundentes respecto a los suicidios por motivaciones profesionales⁴¹⁰, ya sean a causa de estrés, “burn out” (por algunos escrito burnout [sic]), acoso moral⁴¹¹, o sexual.

A modo de resumen, lo importante es la existencia de una relación causa-efecto: si en el acto suicida no han intervenido otros factores concomitantes, intercurrentes y ajenos a la relación laboral, el suicidio será considerado accidente de trabajo, y no obtendrá amparo judicial de darse esos otros factores que rompan el nexo causal, o en su caso, no llegar a demostrarse suficiente y razonadamente ese nexo entre el suicidio y el trabajo desempeñado, incluso aunque éste se haya producido en lugar y tiempo de trabajo.

Este hecho es lo que provoca el pronunciamiento de sentencias, en apariencia contradictorias, ante actos muy similares y coincidentes, dada la dificultad probatoria del acoso moral. Prueba de ello, es la sentencia de 19 de julio del 2012, del TSJ Castilla y León⁴¹², del suicidio de un empleado de banca que no se estima AT debido a que no han quedado acreditadas las concretas circunstancias concurrentes que han rodeado el hecho causante, su etiología laboral y el nexo causal que conduce a la decisión

⁴⁰⁷ Leymann, H., “The Content and...”, *óp. cit.*, p. 176. En ese mismo sentido, González De Rivera, J. L. y López García-Silla, J. A. (sic), “La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo”, *Diario La ley*, n. 5723, 2003, 20-feb, *La ley*, núm. 1, 2003, p. 1704, y del mismo, “El síndrome del...”, *óp. cit.* p. 14 (2).

⁴⁰⁸ Piñuel Y Zabala, I., *Mobbing, cómo sobrevivir...*, *óp. cit.*, p. 87, citando a López García Silva y Camps Del Sanz en “Aspectos clínicos y prevención del psicoterror laboral”, Madrid, *Mapfre Medicina*, n. 10.4, 1999, pp. 253-260. Cervilla Garzón, M. J., “Tratamiento jurisprudencial de los riesgos psicosociales como contingencia profesional desde la perspectiva de la Seguridad Social”, en AA.VV. (coord. Cruz Villalón, J.), *Análisis de la regulación jurídico-laboral...*, *óp. cit.*, pp. 209, 217-218.

⁴⁰⁹ STS, 2ª, nº. 945/2010, Rec. 701/2010, de 28/10/2010, [EDJ 2010/246603]. Id. Cendoj: 28079120012010100887.

⁴¹⁰ STS, 4ª, nº. 7151/2007, Rec. 5452/2005, de 25/09/2007, [EDJ 199892].

⁴¹¹ *Cfr.* la STSJ 248/2006 de Navarra, de 18/04/2006, [Rec. 84/2006] en su FD6º, que explica la diferencia entre acoso laboral, acoso moral o *mobbing*, *burnout* [sic] o “síndrome del quemado” y acoso sexual, y entre otras, la STSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2005, [Rec. 2436/2005] [JUR 2006\79887].

⁴¹² STSJ Castilla y León, núm. 577/2012, de 19 de julio del 2012, [JUR 2012\256634].

suicida.

1.1. La magnitud del problema

Sobre la base cuantitativa de los datos de muertes por suicidio según fuentes del INE, se citan estudios doctrinales que señalan que entre el 15 y el 20 por ciento de ellos tienen un trasfondo de causalidad de contenido laboral⁴¹³, muertes por suicidio que derivan de las historias clínicas hospitalarias publicados por el INE según la causa de fallecimiento, de muertes reales sin lugar a interpretaciones subjetivas cuantitativas, y bien distinto será la discusión doctrinal sobre el porcentaje de los que tengan un trasfondo de causalidad laboral.

Lo que puntualizo en relación al constante debate doctrinal en torno a los datos estadísticos sobre el acoso moral, siempre muy cuestionados en su época⁴¹⁴, por estar basados en “campos de población significativamente pequeños”, que debían ser tomados con cierta cautela a causa de la “disparidad de resultados”⁴¹⁵. En contra de lo anterior, hay quienes opinan que la coherencia del conjunto de datos “muestra su simultáneo y homogéneo crecimiento en todo el nuevo orden económico mundial”⁴¹⁶, e incluso en sus inicios se dijo parecía existir una “intencionada y organizada volatilización de la realidad del acoso moral”⁴¹⁷.

Nuestra opinión se decanta por la realidad de los hechos, y aunque como refiere un autor, *no es lo mismo decir que se sufre mobbing, que ser víctima de mobbing*, ello no es óbice para cuestionar la gravedad de la situación, y más aún ironizar sobre el asunto con ideas del tipo “ahora, al mandar lo llama *mobbing*”⁴¹⁸.

⁴¹³ Reyes Núñez, M^a, *Diagnóstico, consecuencias, tratamiento y prevención del acoso moral en el trabajo*, Conferencia invitada, apartado 1.3 de su informe, p. 9. La autora nos remarca que el 15% de los suicidios, (algunos autores hablan incluso del 20%) pueden deberse al acoso moral (en línea disponible en <http://www.anamib.com/colaboraciones/Conferencia.htm>).

⁴¹⁴ J. Castiñeira Fernández (coord.), *El Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social en el Año 2002: Puntos Críticos*, Sevilla, 2003, p. 292.

⁴¹⁵ Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral...*, *óp. cit.*, p. 35.

⁴¹⁶ Peris I Pascual, M. D., “Fundamentos científicos...”, *óp. cit.*, p. 245.

⁴¹⁷ *Ibidem*, *óp. cit.*, p. 243-244.

⁴¹⁸ Prades, J. A. en su foro de RR.HH. n. 173, *mobbing* (capítulo 14), (en línea: disponible en: <http://www.aprenderh.com/contenidos.asp?id=395>), *Aprende RH: la Revista de RR. HH y del e-learning*, ISSN 1696 3008. El autor critica esa opinión, en clara alusión a los cargos directivos, jefes y encargados en las empresas. En ese mismo sentido, Niño Escalante, J., “El mobbing y la evaluación de riesgos laborales”, *MAPFRE SEGURIDAD*, n. 95, 2004, tercer trimestre, p. 10.

Al margen de ello, según los estudios analizados (3.429 fallecidos por suicidio en 2009), estos nos sugieren que en España fallecen alrededor de 500 personas al año a causa de suicidio por motivaciones profesionales⁴¹⁹. Esa es la magnitud del problema en España, donde uno de cada cinco suicidios es consecuencia de situaciones de mobbing, actuales o pasadas, en la vida del suicida⁴²⁰.

2. La desaparición de la percepción social en sus inicios sobre el acoso moral: falta de regulación

El acoso moral adquiere una enorme repercusión mediática a principios de la década de los 2000, estudios que para unos investigadores fue el despertar de la conciencia social sobre la insidia de lo que denominaron un acto repugnante para la moral social colectiva⁴²¹.

Otros, defendieron que “han proyectado sobre la conciencia colectiva la insidia del mobbing”⁴²², a la vez que provocaron un alarmismo social al que contribuyeron los medios de comunicación con sus artículos de prensa⁴²³, e incluso se calificó de “realidad emergente en España en los últimos años”⁴²⁴, pues se trataba de un asunto de importante conflictividad jurídica en los Tribunales.

La pérdida de esa percepción inicial sobre el entonces desconocido fenómeno del acoso moral, causa tres fenómenos: primero, y ya señalado en su día por algunos autores, la cautela del poder político y su “estrechez de miras”⁴²⁵, en lo que fue considerado como la “apatía del legislador” y

⁴¹⁹ De 3.421 fallecidos por suicidio en 2008 (INE: nota de prensa 588), 3.429 en 2009 (INE: nota de prensa 664), 3.145 en 2010 (INE: nota de prensa 703), a los 3.180 en 2011 (INE: nota de prensa 767), el suicidio, cada año, es la primera causa externa de defunción en España, según su nota de prensa de 23 de febrero de 2013. Si el 15% refieren los investigadores tienen trasfondo laboral, de los 3.429 fallecidos por suicidio en 2009, 514,35 lo fueron por motivaciones profesionales. Leymann estimaba que en su país, Suecia, el acoso moral estaba detrás del 10 y el 20 % de los suicidios. Véase, en ese mismo sentido, Gimeno Lahoz, R., *La presión...*, *óp. cit.*, en su nota al pie n. 6, p. 27, y no podemos dejar de indicar que son datos de 1986.

⁴²⁰ Piñuel Y Zabala, I., *Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas*, Madrid, 2004, p. 155.

⁴²¹ Medeiros De Oliveira, F. P., *El acoso laboral*, Universitat de Valencia, 2005, Tesis, p. 671.

⁴²² Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral...*, *óp. cit.*, p. 33.

⁴²³ *Ibidem...*, *óp. cit.*, p. 14.

⁴²⁴ Pastrana Jiménez, J. I., “Cuánto cuesta el *mobbing* en España”, *LH*, n. 7.2, 2002, p. 173.

⁴²⁵ Gorelli Hernandez, J., *El acoso moral en el ámbito del derecho del trabajo*, disertación sobre el acoso moral, p. 4. Nota: en línea, disponible en: <http://www.forpas.us.es/documentacion/05->

el abandono de la identificación y protección del acoso moral⁴²⁶; segundo, la desaparición de la aludida concienciación social que se produjo en los inicios del 2000; y por último y derivado de lo anterior, el aumento de éste fenómeno y su evolución actual, en tan sólo una década, hacia un tipo de siniestralidad laboral – invisible a nivel estadístico – con resultado de muerte, según los casos.

Y a pesar de todo ello, es manifiesta su falta de regulación convencional y unitaria⁴²⁷, tanto en nuestro país como en la Unión Europea y, más aún, su carencia de definición legal y regulación expresa⁴²⁸, puesto que en sentido formal, salvo excepciones, sólo se menciona y muy de pasada el “acoso”, no el acoso moral, en la normativa del empleado público [arts. 14.h) y 95.2.b del EBEP]⁴²⁹.

En España se lleva a efecto su regulación durante los años 2000 al 2005 o, para ser más precisos, se intenta acometer la misma, pero se hace incurriendo en dos importantes errores: su conexión con el acoso sexual, sus figuras afines y demás actos discriminatorios, y ello sin olvidar su claro componente machista, dada la enorme disparidad entre las mujeres y hombres (70% y 30% respectivamente) afectados por este fenómeno laboral⁴³⁰; y peor aún, con criterios muy dispares, bien mediante instrumentos legislativos o, incluso, dejándolo al vaivén de la responsabilidad social de las empresas o de la autonomía colectiva⁴³¹.

60_ponencia_GORELLI2%C2%AAedicion.pdf.

⁴²⁶ Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, E. I., “El acoso como causa de despido disciplinario”, *Revista General del Derecho del Trabajo y la de Seguridad Social*, Iustel.com, n. 7, 2004, p. 3-4.

⁴²⁷ DGITSS en colaboración con INSHT, *Guía de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre Riesgos Psicosociales*, Madrid, MEYSS, 2012, p. 12 (en línea: disponible en <http://publicacionesoficiales.boe.es/detail.php?id=011579012-0001>). Nota: NIPO 270120612.

⁴²⁸ STSJ Navarra 248/2006, de 18/04/2006: “Con excepción del Código Penal que tipifica el delito de acoso sexual en el artículo 184, comprendido dentro del Título VIII del Libro I, De los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual, no se contempla en el ordenamiento jurídico español ni en el Derecho Comunitario una regulación específica de estas conductas en el ámbito laboral”. A lo indicado, se ha de tener en consideración la reforma del CP en 2010, que incluye el acoso laboral en su art. 173.1. Véase in extenso Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, J., *Derecho del trabajo*, 21ª ed., Madrid, 2012, p. 684-687.

⁴²⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. *Vid.* Martín Valverde, A. y otros, *Derecho del...*, *óp. cit.*, p. 685.

⁴³⁰ Ces García, E. M., “El *mobbing*, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002”, *RMTAS*, n. 37, 2002, p. 216. Véase Resolución 2001/2339 (INI), p. 21.

⁴³¹ Véase Zarzalejo Carbajo, M., “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): concepto y responsabilidad jurídica”, en AA.VV. (coord.

No obstante lo anterior, y en cuanto a esa precitada “progresiva toma de conciencia” en la sociedad española⁴³², para Leymann, inventor del término mobbing y el autor de mayor prestigio en su investigación⁴³³, el acoso moral es “un fenómeno muy antiguo y bien documentado en todas las culturas”⁴³⁴. Téngase en cuenta que sus primeras publicaciones datan de 1986 y su etiología, con probabilidad, sea inherente al origen mismo de la “división del trabajo, a cuya evolución vaya unido”⁴³⁵, y por ello sea “virtualmente tan antiguo como la propia humanidad”⁴³⁶, investigador que hace ya tres décadas dijo que el mobbing está detrás del 10 y el 20 por ciento de los suicidios habidos en Suecia, de ahí que su ámbito temporal, en absoluto, cuestionaría su presencia en las RR.LL. sino, en todo caso, corrobora su larga estancia en el mundo del trabajo al que, como expresa un autor, “parece ser inherente”.

A todo lo dicho hasta ahora, se ha de adicionar las conclusiones de la Resolución [2001/2339(INI)]⁴³⁷, o “Harassment at the workplace” del Parlamento Europeo sobre el acoso en el lugar de trabajo, que puso encima de la mesa, hace ya casi quince años, unos resultados demoledores⁴³⁸, época en la que el PSOE presenta dos Proposiciones de

Correa Carrasco, M. y Valdés De La Vega, B.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada, 2007, pp. 3-6, donde cita el derecho comparado de distintos países regulando el acoso moral, en algunos de ellos desde hace décadas. En relación a autonomía colectiva en nuestro país, véase De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuervo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, en su nota al pie n. 13, p. 14.

⁴³² Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuervo, A., «Concepto y tratamiento jurídico...», *óp. cit.*, p. 12.

⁴³³ Leymann, H., “*Mobbing and psychological terror...*”, *óp. cit.*, p. 119-126. Nota: La primera publicación en Estados Unidos, traducida al inglés, sobre el *Mobbing*. Edición original: H. Leymann “*Vuxenmobbing – ompsykisktvald i arbetslivet*”, Stockholm, 1986.

⁴³⁴ Leymann, H., “*The Content...*”, *óp. cit.*, p. 166. El autor refiere, que a pesar de su antigüedad, el fenómeno no ha sido descrito sistemáticamente antes de su investigación que realizó junto con A. Gustavsson en 1982, cuyo informe científico se publicó en 1984 por el Comité Nacional Sueco de Seguridad y Salud Ocupacional de Estocolmo. Trad. por F. Fuertes.

⁴³⁵ Hernández Zubizarreta, J., “*Mobbing, un antiguo desconocido*”, *LH*, n. 7 (2), 2002, p. 11.

⁴³⁶ *Cfr.* Fuertes Martínez, F., “Elementos y dinámica psicosocial del Acoso Institucional. Como prevenirlo y como evitarlo”, *Cuadernos STE-Intersindical*, CAP. VIII. 2003, ISBN 84-688-3618-4, revisado 14-10-2010, p. 1.

⁴³⁷ DOCE 2002/C/ 77 E/002, n. 45, de 28/03/2002, Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (Código A5-0283/2001 de 20/09/2001), p. 138.

⁴³⁸ Véase en la Resolución citada [2001/2339(INI)], las pp. 138 a 141, que recogen las conclusiones del Parlamento, Código CELEX 52001IP0283, de 20/09/2001.

Ley: “*El derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo*” (rechazado)⁴³⁹, y Proposición de LO por la que se incluye un artículo 314 bis en el Código Penal tipificando el acoso moral en el trabajo (rechazado)⁴⁴⁰, las dos, según refiere la doctrina, de enorme contenido técnico-jurídico, que no prosperaron. No obstante, se argumentó para su no promulgación⁴⁴¹, que la Comisión Europea había formado un grupo de trabajo para estudiar el fenómeno de la violencia en el ámbito laboral, a efectos unificar normativamente las actuaciones que debían aplicar los diversos Estados miembros, grupo de trabajo culminó con la ya citada Resolución 2001/2339(INI)⁴⁴².

Ya en el 2004, el Grupo Popular realiza una pregunta escrita (184/000874, presentada el 26/05/2004 y calificada el 01/06/2004) sobre las “Políticas reales de empleo previstas para lograr el pleno derecho de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”⁴⁴³. Ello da lugar, en lo que al trabajo nos interesa, a dos modificaciones del ET, el artículo 4.2.c) a través de la publicación de la ley 62/2003, en cuanto a regular la discriminación directa o indirecta⁴⁴⁴, y el artículo 4.2.e) del ET a través de la LO 3/2007 en cuanto a regular el acoso⁴⁴⁵, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Pero a pesar de la expresa mención en la página número 95 del diario de sesiones del término “*acoso moral*”, en el tenor literal de la contestación del Gobierno a la pregunta formulada⁴⁴⁶, la

⁴³⁹ Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre “Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo”, BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n. 175-1, de 23/11/2001. (Número de expediente 122/000157), (Página 7133). Presentado el 16/11/2001 y calificado el 19/11/2001 (rechazado el 05/03/2002), votos emitidos, 292; a favor, 123; en contra, 158; abstenciones, 11. También citado por Jurado Segovia, A., *El acoso...*, *óp. cit.*, p. 385.

⁴⁴⁰ Proposición de Ley Orgánica por la que se incluye un artículo 314 bis en el Código Penal tipificando el acoso moral en el trabajo. “BOCG. Congreso de los Diputados”, serie B, número 176-1 de 23/11/2001 (Número de expediente 122/000158), (Página 8344), presentado el 16/11/2001 y calificado el 19/11/2001 (rechazado), votos emitidos, 279; a favor, 114; en contra, 163; abstenciones, 2.

⁴⁴¹ Domínguez Perejón, C., *Las vías de defensa frente al acoso moral en el trabajo: la responsabilidad administrativa*, en una conferencia sobre el Criterio técnico 34/2003, en las II Jornadas andaluzas contra el acoso moral en el trabajo y primer encuentro nacional de asociaciones y foros contra el AMT, Marbella, 2003.

⁴⁴² *Cfr.* Epg. 3.1, p. 21, y nota n. 48 a pie de página.

⁴⁴³ BOCG. Congreso de los Diputados n. D-63 de 29/07/2004.

⁴⁴⁴ Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M^a. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 109 y 171-172.

⁴⁴⁵ Se refiere al acoso “por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, que nada tiene que ver, desde el punto de vista jurídico, con el acoso moral.

⁴⁴⁶ Contestación del Gobierno, p. 95: “Establecer garantías para la protección adecuada

tipificación del acoso moral no aparece recogida en el art. 4.2.c del ET. La ya citada Ley 62/2003⁴⁴⁷, establece la definición jurídica de acoso, lo que provocó, según algunos autores, que fuera calificada en su momento como reguladora del mobbing, cuando no lo es⁴⁴⁸, y la doctrina laboral en su mayoría opina lo mismo, ya que en la definición del precepto que lo regula (artículo 28.d)⁴⁴⁹, no tiene expresa cabida una tutela real frente al acoso moral, por su falta de concreción jurídica, aun cuando vaya dirigida a considerar ilícita aquella conducta no deseada cuyo objetivo sea atentar contra la dignidad de la persona y “crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”, pero en puridad jurídica, no regula el acoso moral en estricto sentido⁴⁵⁰.

2.1. Las distintas aportaciones institucionales a su definición y la tipificación del delito de acoso laboral

Comenzando y, sin citar a todas, por el Parlamento Europeo (2001)⁴⁵¹, siguiendo con la propia OIT (2001)⁴⁵², y finalizando con la OMS, en su

de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, tales como la intimidad o la dignidad frente al acoso sexual y el acoso moral, para lo que se modificará el Estatuto de los Trabajadores”.

⁴⁴⁷ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴⁴⁸ Gimeno Lahoz, R., *La presión...*, *óp. cit.*, p. 21.

⁴⁴⁹ “Toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

⁴⁵⁰ Aunque, según defienden De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Análisis de la regulación jurídico-laboral de...”, *óp. cit.*, p. 13: “sin que haya especiales problemas hermenéuticos para su extensión a cualquier otra causa de discriminación no incluida en el listado”.

⁴⁵¹ La Comisión Europea lo define el 14/05/2001 como “comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío”. Véase en ese sentido, Giner García, C. A., “Aproximación conceptual y jurídica al término acoso laboral”, *Anuales de Derecho*, n. 29, 2011, p. 229.

⁴⁵² La OIT, en su convenio colectivo sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso, define en su art. 2.9 que “la expresión «acoso» abarca todo acto, conducta, declaración o solicitud que resulte inoportuno para una persona protegida y que pueda considerarse razonablemente en todas las circunstancias, como un comportamiento de acoso con carácter discriminatorio, ofensivo, humillante, intimidatorio o violento, o bien una intrusión en la vida privada” (en línea, disponible en

documento de sensibilización sobre el acoso psicológico (2004)⁴⁵³, todas son conscientes de la lacra del acoso moral e intentan trasladar sus convicciones a los países, aportando sus expresas definiciones.

En España, el INSHT aporta su propia definición de mobbing⁴⁵⁴, acoso psicológico o acoso moral, recogida en su nota técnica de prevención (NTP) n. 854, actualizando los conceptos de la NTP 476, en la que expresan su concepto de acoso moral -para ellos acoso psicológico en el trabajo (APT)-, definición que consideran operativa desde el marco técnico de la Prevención de Riesgos Laborales y no sin dejar de precisar que ya la NPT 476 recogía la definición de mobbing de Leymann⁴⁵⁵.

En la misma línea, los dos sindicatos mayoritarios en España publican sus respectivos estudios sobre el asunto, UGT con un libro cuyo título ya expresamente cita el acoso moral⁴⁵⁶, y CC.OO. hace lo mismo publicando otro libro en idéntico sentido⁴⁵⁷, e inclusive algunos convenios colectivos van más allá que el propio legislador y diferencian en sus articulados el acoso laboral, acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo⁴⁵⁸.

Es más, en la edición 22ª del DRAE el acoso sexual aparece definido, pero nada se decía del acoso moral, hecho subsanado en la 23ª edición del DRAE, que sí diferencia entre uno y otro, y define el acoso moral como la “práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito

<http://www.ilo.org/public/spanish/staffun/docs/harassment.htm>). En ese mismo sentido, *vid.* Zarzalejo Carbajo, M., “El acoso moral en la experiencia comparada...”, *óp. cit.*, pp. 13 y 37.

⁴⁵³ La OMS define el APT como “comportamiento agresivo y amenazador de uno o más miembros de un grupo, el acosador, hacia un individuo u ocasionalmente hacia un grupo, denominado objetivo o víctima”, en Grazia Cassitto, M. y otros, “Sensibilizando sobre el acoso psicológico en el trabajo”, *Serie Protección de la salud de los trabajadores*, n. 4, Italia, p. 12. Nota: ISBN 9243590529.

⁴⁵⁴ M. Fidalgo Vega, “Violencia en el trabajo: acoso psicológico en el trabajo o *mobbing*” *ERGA-Revista bibliográfica sobre condiciones de trabajo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Madrid, n. 75, 2011, p. 6. El autor refiere que el acoso psicológico es: “exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo hacia una o más personas por parte de otra/s que actúa/n frente a aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquico). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”.

⁴⁵⁵ Reyes Núñez, Mª., “Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: diagnóstico y prevención”, *LH*, n. 7.2, 2002, p. 221.

⁴⁵⁶ García Callejo, J. M., *Protección Jurídica contra el Acoso Moral en el Trabajo o la Tutela de la Dignidad del Trabajador*, Madrid, 2003.

⁴⁵⁷ Luna Lozano, M., *Acoso Psicológico en el Trabajo (mobbing)*, Madrid, 2003.

⁴⁵⁸ Por citar uno, el Art. 52 del Convenio de Lavanderías y Tintorerías de la Provincia de Sevilla, en el que expresamente se diferencia entre: acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo, BOPS n. 58 de 12/03/2011.

laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente”⁴⁵⁹.

A nivel jurídico, con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica el Código Penal, se intenta resolver esta situación de falta de regulación específica puesta de manifiesto, con lo que ahora sí y a nivel jurídico, aparece explícitamente tipificado como delito la figura del acoso laboral en el art. 173.1 del CP⁴⁶⁰, que lo califica como “el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad”, que no lleguen a constituir trato degradante. Aún así, será objeto de crítica por la doctrina especializada.

2.2. Datos en España sobre siniestralidad laboral y los suicidios calificados accidente de trabajo

Todos los índices de incidencia demuestran que la siniestralidad laboral, en estricto sensu, ha bajado en España en la última década. El alto índice que presentaba nuestro país⁴⁶¹, que en el decenio 89-99 ocupaba el segundo puesto de la UE, después de Portugal⁴⁶², ha bajado⁴⁶³, y por el contrario, la publicación de NTP sobre riesgos psicosociales no hacen sino aumentar cada año⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ D.R.A.E, 22ª Ed. La palabra acoso aparece como artículo enmendado. [en línea, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/>]. En la 23ª edición, sí aparece, ya diferenciado, acoso: moral o psicológico, y acoso sexual.

⁴⁶⁰ Se prevén penas de prisión de 6 meses a tres años o multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o los medios empleados. Hasta ahora, en el trabajo, sólo constituía delito el acoso sexual.

⁴⁶¹ *Cfr.* Castiñeira Fernández, J. (coord.), *El Derecho Del Trabajo y de...*, *óp. cit.*, p. 291. Esta obra recoge los contenidos de las XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla en 2002. El autor refiere en nota al pie que “uno de cada cinco accidentes mortales en la UE, corresponden a España”, cita el Diario el País, de 15/09/2002.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 290.

⁴⁶³ De 1.580 accidentes mortales del año 2000, a 683 en el 2011. Estadística del INE sobre AT de Enero-Diciembre 2011 sobre la población asalariada (cuarto trimestre de 2011). Una disminución de 43,23 % en 11 años, cuando según la doctrina, la LPRL española es una de las más avanzadas de Europa. Datos, estos sí, de siniestralidad laboral conforme a su regulación estadística, donde no constan los suicidios por motivaciones profesionales.

⁴⁶⁴ Desde la NTP 450, M. Factores psicosociales: fases para su evaluación, a la NTP 476; desde la NTP 603 y 604: Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social, a la NTP 702: El proceso de evaluación de los factores psicosociales y NPT 703: El método COPSOQ (ISTAS21, PSQCAT21) de evaluación de riesgos psicosociales; desde

Pero, como es sabido, los datos de la Subdirección de Estadística del MEYSS ofrecen datos de siniestralidad laboral genérica, de AT según su regulación específica, esto es, los sucedidos durante la jornada de trabajo con baja cursada y tramitados por el sistema Delt@⁴⁶⁵, con presunción *iuris tantum* y excluidos los *in itinere*. No obstante, la muerte por suicidio del trabajador acosado, aunque haya sido considerado AT tras justicia rogada, no se incluye en las estadísticas de siniestralidad laboral, no constan en las publicaciones anuales de mortalidad por accidente de trabajo⁴⁶⁶. La causa, el sistema de trabajo establecido, y ello a pesar de que en 2011 se aprobó por el pleno del CGPJ, el *Convenio de colaboración entre (...) el CGPJ (...) y el Ministerio de Trabajo (...) para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias*⁴⁶⁷.

En esencia, los accidentes de trabajo mortales -suicidios- que reciben tal consideración a través de sentencia firme, se incorporarían a la Estadística de AT sólo si se cumplen, simultáneamente⁴⁶⁸, dos condiciones:

1) Completar el procedimiento administrativo incoado tras la notificación telemática de la empresa (tramitar parte DELT@ de AT y que éste sea

la NTP 854: Acoso psicológico en el trabajo: definición, a la NTP 856 y 857: Desarrollo de competencias y riesgos psicosociales; desde la NTP 860: Intervención psicosocial: Guía del INRS para agentes de prevención, a la 891 y 892: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral.

⁴⁶⁵ BOE 279, de 21/11/2002. Sistema Delt@. Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, recoge en su preámbulo: En el ámbito de la Unión Europea, las disposiciones de la Directiva 89/391 CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (transpuesta al Derecho español a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), determinaron la necesidad de proceder a la armonización de los datos relativos a los accidentes de trabajo. Con esta finalidad, se inició en 1990 el Proyecto de Estadísticas Europeas de Accidentes de Trabajo, coordinado por la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión y por la Oficina de Estadísticas de la Unión Europea (Eurostat).

⁴⁶⁶ Consulta vía email (S/Ref. 31.13 MVO/MC) realizada al OECT sobre “en qué año y grupo se incluirían los AT derivados de muerte por suicidio”, que nos deriva a la Subdirección General de Estadística del MEYSS.

⁴⁶⁷ CGPJ, “10. Áreas de Actividad técnica”, en *Memoria anual 2012, Centro de Documentación Judicial*, Madrid, 2012, págs. 299-300, [en línea: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anual/Memoria_anual_2012].

⁴⁶⁸ López Alcantarilla, F. J., Estadística-MEYSS, después de realizar una consulta por correo electrónico al OECT para corroborar en qué grupo estadístico, de proceder, se incluirían las resoluciones judiciales de accidentes trabajo mortales en los casos de suicidio, se recibe atenta respuesta vía email el 15-04-2013, donde el autor nos refiere el sistema de trabajo en estos casos excepcionales, según refiere, en la que exponemos cuasi de su tenor literal su respuesta por las deducciones que se extraen de ella.

aceptado, primero por la Mutua y posteriormente, por la Autoridad Laboral); y 2), que la aceptación por la Autoridad Laboral lo sea antes del 15 de abril de dos años después del hecho causante.

El actual sistema de trabajo respecto a estos asuntos debe armonizarse para evitar, en lo posible, las tres graves disfunciones detectadas, primera: falta de procedimiento administrativo inicial (no habrá ni empresa ni Mutua con asunción de culpa a priori en estos casos). Segunda: intemporalidad, dado que de producirse el reconocimiento judicial años después – más de dos, que es lo habitual –, ese fallecimiento no se incorpora a la estadística *para evitar múltiples actualizaciones y crear confusión*. Y tercera: conceptual, los conceptos actuales manejados diferencian entre conflictos colectivos, individuales y Seguridad Social, lo cual hace imposible discernir si la casuística de los suicidios por motivaciones profesionales está incluida en los datos publicados, ya que en el Boletín Estadístico de los AJS no se indica el detalle de lo incluido en los apartados de Seguridad Social y AT, EP y PRL.

En definitiva, en la práctica resulta imposible que la muerte por suicidio del trabajador acosado, aunque haya sido considerado AT tras justicia rogada, conste en las estadísticas de accidentes de trabajo con resultado de muerte publicados por el MEYSS.

3. La concreción de los riesgos psicosociales y la actuación ante este nuevo tipo de siniestralidad laboral

La DGITSS en 2012, tras participar en la Campaña Europea de Riesgos Psicosociales, concreta que estos son básicamente dos: el estrés y la violencia en el trabajo⁴⁶⁹, y respecto a la última determina tres tipologías: acoso sexual, los demás acosos discriminatorios, y acoso moral, motivado su inclusión, según refieren, por su evolución – del acoso moral – hacia un *nuevo tipo de siniestralidad no contemplada en el actual concepto legal y normativo del acoso*.

En España, el control y seguimiento de las condiciones de trabajo se realiza a través del INSHT – con sus encuestas ENCT –, al igual que lo hace la UE con sus encuestas EWCS (de sus siglas en inglés) a través del EuroFound⁴⁷⁰, seguimiento realizado desde antiguo⁴⁷¹, y donde desde las

⁴⁶⁹ DGITSS en colaboración con INSHT: *Guía de actuaciones...*, *óp. cit.*, p. 12, al seguir los criterios establecidos por el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC, de sus siglas en inglés).

⁴⁷⁰ Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, con sede en Dublín, creado por el Consejo Europeo (Reglamento (CEE) n. 1365/75, de 26 de

primeras encuestas de carácter quinquenal⁴⁷², hasta las más recientes⁴⁷³, el acoso moral está presente en todos los estudios realizados, datos estadísticos a los que hacen referencia la mayoría de los estudios jurídicos⁴⁷⁴, y no jurídicos⁴⁷⁵, consultados para acometer el presente trabajo.

No obstante, destacaremos que la ciencia estadística, pasados veinte años, refiere la falta de avance en resolver una problemática, aún y a fecha actual, presente en las condiciones de trabajo, cuyo último y notorio suceso fue el caso FRANCE TELECOM en Francia en 2009, y los producidos el centro de investigación y diseño de Renault⁴⁷⁶, muestra de esta nueva siniestralidad laboral con resultado de muerte.

Y máxime cuando el INSS señala en sus estudios – VI Encuesta Nacional

mayo de 1975), para contribuir a proyectar e instaurar mejores condiciones de vida y de trabajo en Europa.

⁴⁷¹ La primera EWCS se elaboró en 1990 y la última en 2010, con la finalidad, entre otras, de determinar los grupos de riesgo, las cuestiones que suscitan preocupación y los progresos alcanzados.

⁴⁷² Merlié, D. y Paoli, P., *Diez años de condiciones de trabajo en la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas/Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 2000, p. 7.

⁴⁷³ Macgoris, S., *Quinta encuesta europea sobre las condiciones de trabajo. Resumen ejecutivo*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas/Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 2010, p. 2.

⁴⁷⁴ Por no citar a todos, Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral...*, *óp. cit.*, p. 39. En ese mismo sentido, Medeiros De Oliveira, F. P., *El acoso laboral*, *óp. cit.*, p. 11; Piñuel, I. y Oñate, A., “La incidencia del *mobbing* o acoso...”, *óp. cit.*, p. 37; Castiñeira Fernandez, J., *El derecho del Trabajo y la...*, *óp. cit.*, p. 291; Jurado Segovia, A., *El acoso moral en el...*, *óp. cit.*, p. 39; Almodóvar Molina, A. y otros, “Capítulo X...”, *óp. cit.*, pp. 61, 89-90 del capítulo, pp. 127, 155-156 del informe.

⁴⁷⁵ Cfr. Piñuel y Zabala, I., *Mobbing, Acoso Psicológico en el Trabajo en la Comunidad de Madrid*. Estudios Cisneros VI, Madrid, 2006.

⁴⁷⁶ Periódico de la Vanguardia.com París (EUROPA PRESS) en la sección de Sucesos del 12/09/2009, 23 suicidados desde febrero de 2008 en FRANCE TELECOM [en línea disponible en <http://www.lavanguardia.com/sucesos/noticias/20090912/53784302474/>]. Fallecidos que se elevaron a 25 suicidados a 15/10/2009 según noticia de la agencia EFE recogida por 20minutos.es, que refiere que un suicida dejó una carta dirigida a su esposa en la que aseguraba que “el clima en su empresa” le había llevado a quitarse la vida (en línea, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/542283/0/suicidio/france/telecom/>). En ese mismo sentido, Aparico Tovar, J., “De nuevo sobre la pensión de jubilación. ¿A qué edad hay que jubilarse?”, *RDS*, n. 49, 2010, p. 234. El autor refiere, además de los suicidios de FRANCE TELECOM, los producidos el centro de investigación y diseño de Renault.

de Condiciones de trabajo (2007) –, la clara relación entre la exposición a conductas de acoso psicológico y la manifestación de sintomatología de corte psicosomático, indicando que “la sintomatología que se manifiesta es compatible con los resultados de los estudios existentes sobre los efectos que en la salud produce la exposición a comportamientos de acoso psicológico en el trabajo”⁴⁷⁷.

Además, el acoso moral, en su terminología APT⁴⁷⁸, reconocen supone un “problema específico”⁴⁷⁹, tanto que intentan conferirle un perfil penal, cuya dificultad probatoria reconocen abiertamente en su criterio técnico 69/2009⁴⁸⁰. Tanto es así, que los propios inspectores del ITSS reconocen la dificultad de su trabajo, por su falta de definición, por la “inexistencia de un marco legislativo regulador del acoso moral”, por las imputaciones de responsabilidad en aplicación del ordenamiento actual, y por tanto, por las sanciones que pueden imponer ante este tipo de conductas⁴⁸¹, hecho que se pretende aminorar mediante los llamados “criterios técnicos” de la DGITSS, “vinculantes para los inspectores de trabajo”⁴⁸². Así, el primer Criterio Técnico que se ocupó del acoso moral fue el CT 34/2003, muy criticado en su época por su carácter “puramente político”, “manifiestamente ilegal e incluso inconstitucional”⁴⁸³, por su efecto excluyente de los funcionarios públicos. Seis años después, se trata de nuevo el tema con el Criterio Técnico 69/2009, denominado “Acoso y violencia en el trabajo”.

En éste último, se habla de “todas las situaciones de violencia psicológica

⁴⁷⁷ Almodóvar Molina, A. y otros, “Capítulo X...”, *óp. cit.*, pp. 59-61 del capítulo, p. 125-127 del informe.

⁴⁷⁸ El INSHT utiliza la abreviatura APT para referirse al *mobbing* o acoso moral, el término acoso psicológico, tanto en sus Notas Técnicas de Prevención (NTP) como en sus encuestas nacionales de condiciones de trabajo (ENCT). Véase Almodóvar Molina, A. y otros, “Capítulo X. Factores psicosociales”, en AA.VV., *VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, Madrid, 2007, p. 127 (en línea, disponible en <http://www.oect.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Desarrollados/Ficheros/Informe%20VI%20ENCT%202007.pdf>). NOTA: NIPO 272-12-048-1].

⁴⁷⁹ A. Almodóvar Molina y otros, “Capítulo X...”, *óp. cit.*, p. 59 del capítulo, p. 125 del informe.

⁴⁸⁰ Pomares Cintas, E., “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”, *Temas Laborales*, n. 105, 2010, p. 79.

⁴⁸¹ Domínguez Perejón, C., “Las vías de defensa ...”, *óp. cit.*

⁴⁸² Molina Navarrete, C., “Del silencio de la Ley a la *Ley del Silencio*: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el Acoso Moral en las Administraciones Públicas? Argumentos normativos para la “ilegalidad” y no vinculatoriedad del pretendido criterio “técnico” sobre “mobbing” de la DG de ITSS -CT 34/2003”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 242, 2003, p. 3. Nota: ISSN 1138-9532.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 3.

en el trabajo”, para alcanzar, en un todo, cualquier forma de acoso y maltrato en el trabajo. Diferencia en su exposición entre dos categorías: 1) conductas de violencia física interna – agresiones de ésta naturaleza entre personas de la propia empresa –; y 2) conductas de violencia psicológica, que engloban el acoso sexual por un lado, y el acoso moral y acoso discriminatorio, por otro. Ese segundo grupo, a su vez, lo subdivide en tres modalidades de acoso moral: abuso de autoridad o de poder⁴⁸⁴, la conducta vejatoria, y el acoso discriminatorio⁴⁸⁵.

Al respecto, se ha de decir que la analogía con el denominado abuso de autoridad se considera inapropiada y desacertada, puesto que del tenor literal de su contenido se podría interpretar que independiza y desvincula conducta vejatoria o maltrato y relación jerárquica, que de existir, incluso, la considera irrelevante. Lo anterior dejaría al margen el acoso más grave, el acoso vertical descendente, cuando el fondo de este asunto se circunscribe a dos simples cuestiones que van más lejos del binomio acosador-acosado: 1) la violencia física es prácticamente inexistente en los casos de acoso moral; y, 2) la violencia psicológica – en apariencia invisible – es más extrema y dañina para la salud del trabajador y causante, en los casos más graves, de la muerte por suicidio del acosado.

Y esto sucede en pleno siglo XXI y en un Estado Social y democrático de Derecho como el nuestro, en un país moderno, desarrollado y avanzado como es España, pues como cita un autor, sucede aquí y no en Sebastopol⁴⁸⁶, y máxime cuando existen entidades vinculadas a la Seguridad Social e instituciones centrales encargadas de la cobertura de los llamados riesgos psicosociales⁴⁸⁷. Por ello, se estima necesario y como ya dije, centrar el debate de este mal llamado *fenómeno*, ya que el fondo del asunto versa sobre muertes por de trabajadores razones profesionales⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Ojeda Avilés, A., “Reflexiones sobre el *mobbing*”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, UNAM, México, 2003, p. 579. Refiere el autor que un estilo de dirección empresarial autoritaria, en puridad jurídica no puede tildarse de acoso moral, sino en todo caso de abuso de poder, o la incorrecta organización del trabajo, o incluso la falta de organización

⁴⁸⁵ DGITSS, “Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo”, Madrid, 2009, p. 3. (en línea disponible en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Criterios_Tecnicos].

⁴⁸⁶ Macu Alvarez, A., “Algunos aspectos sobre el acoso psicológico, acoso psicológico en el trabajo, psicoterror laboral, violencia psicológica, acoso moral o *mobbing*”, *LH*, n. 7.2, 2002, p. 15.

⁴⁸⁷ Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, p. 24.

⁴⁸⁸ Reyes Núñez, M^a., “Diagnóstico...”, *óp. cit.*, p. 9. En ese mismo sentido, Fuertes Martínez, F., “Elementos y dinámica psicosocial del Acoso Institucional. Como

3.1. La UE ante el acoso moral y la dificultad de su transposición y regulación específica

La UE a lo largo de décadas, como mínimo de 1989⁴⁸⁹, se ha preocupado de la Salud y Condiciones de Trabajo en su entorno, y ha manifestado una enorme sensibilización desde que tuvo conocimiento de las dimensiones del problema del acoso moral⁴⁹⁰, conformando un modelo de trabajo⁴⁹¹, que le ha obligado a reconocer la necesidad de una “acción de carácter legislativo”⁴⁹². Es más, la UE promueve su regulación con una clara finalidad: influenciar para instaurar un concepto uniforme y válido para toda la UE. No obstante, la independencia de los Estados miembros dificulta una acción de carácter legislativo, *coherente y conjunta, con disparidad de criterios en cada país, no unificados*⁴⁹³, como se deduce de que la primera delimitación conceptual entre acoso y acoso sexual, se produzca en el 2004⁴⁹⁴.

Pero en aras al rigor científico, se ha de resaltar que los servicios de la Comisión europea efectúan un examen previo de esas transposiciones, antes de ser incorporadas al propio ordenamiento jurídico de cada país, con el objetivo de *armonizar los ordenamientos nacionales y el Derecho comunitario*, tanto en cuanto que “los Estados miembros deben poner en

prevenirlo y como evitarlo”, en Avilés, J. M. (coord.), *Riesgos psicosociales en la enseñanza*, cap. VIII, Valladolid, *Cuadernos STES-Intersindical*, 2003, p. 2. Revisado 14/10/2010. Del mismo autor, “*Mobbing* o Linchamiento Moral: Violencia social fantasma con resultados de indefensión personal e intransferible”, *Cuadernos STES-Intersindical*, 2010, p. 49.

⁴⁸⁹ Desde la entonces CEE, mediante su Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12/06/1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, de 29/06/1989), pp. 1-8. En la misma, ya dicho, no encontramos referencia alguna al acoso, sea del tipo que sea. [Código Célex 31989L0391].

⁴⁹⁰ Leymann, H., *Mobbing: la persécution au travail*, Seuil, París, 1996, p. 27.

⁴⁹¹ Comunicación de la Comisión CE, COM (2002) 118, de 11 de marzo [LCEur 2002\861]: “La anticipación de los riesgos nuevos y emergentes, ya sea los derivados de innovaciones técnicas, ya sea los asociados a la evolución social, es indispensable para garantizar su control. Ello requiere, en primer lugar, una observación permanente de los propios riesgos, basada en una recopilación sistemática de información y dictámenes científicos.”, punto 3.2.1 p. 7.

⁴⁹² *Ibidem*: “Las diversas formas de acoso psicológico y violencia en el trabajo representan actualmente un problema particularmente peliagudo, que justifica una acción de carácter legislativo”, punto 3.3.1.2, p. 9. En esencia, basado en el cuestionario de Leymann.

⁴⁹³ Zarzalejo Carabajo, M., “El acoso moral en la experiencia...”, *óp. cit.*, p. 2.

⁴⁹⁴ Directiva de Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, DO L 373 de 21/12/2004, pp. 37 a 43 y DO L 153M de 7/6/2006, pp. 294 a 300 (MT).

vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a las Directivas antes de la fecha señalada”, (Web de la UE: calendario de las transposición de las Directivas), criterio armonizador que se cercena respecto del acoso moral al promulgarlo a través de las ya citadas directivas comunitarias, que permiten ese conocido margen de maniobra a los Estados miembros a fin de respetar las *peculiaridades nacionales*. En éste orden de cosas, desde el año 89 hasta el 2004, las instituciones europeas no han conseguido afrontar la problemática del acoso moral.

A pesar de ello, se le ha de reconocer esa aludida prioridad en sus Estrategias comunitarias 2002-2006⁴⁹⁵, y 2007-2012⁴⁹⁶, en cuanto a su interés por la promoción de la salud mental en el trabajo, cuando del propio contenido del documento interno elaborado por el grupo de trabajo para redactar esas estrategias comunitarias, se transmite la idea, según algunos autores, de que las instituciones europeas dan *un paso atrás* respecto al acoso moral, según se dirá a continuación.

En la sesión del 28/02/2001, el Parlamento Europeo anunció la autorización otorgada a la Comisión de Empleo y Asuntos sociales para elaborar un informe sobre el acoso moral en el trabajo.

En la sesión del Parlamento de 19/09/2001, se presenta el informe elaborado por la Comisión, propuesta de resolución que se aprueba por unanimidad (p. 22 del DOCE 2002/C77), y que da lugar a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo 2001/2339(INI)⁴⁹⁷, que recoge unas demoledoras consideraciones, que se exponen de forma resumida: A) un 8% de los empleados de la Unión Europea, es decir, unos 12 millones de personas, afirman haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo; B) algunos países informan de ello y otros no, según el grado de concienciación; disparidad de criterios jurídicos y diferencias culturales entre unos y otros países; C) pueden constituir un riesgo para la salud, que a menudo desemboca en enfermedades relacionadas con el estrés, aunque los datos no ofrecen una

⁴⁹⁵ DO C 161, de 05/07/2002, Resolución del Consejo 2002/C 161/01, de 03/06/2002, sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006), código CELEX 32002G0705(01), pp. 1-4.

⁴⁹⁶ DOUE 41/E, de 19/02/2009, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2008, sobre la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), (2007/2146(INI)), Código CELEX 52008IP0009, pp. 14-23. En ese mismo sentido, Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, p. 5.

⁴⁹⁷ DOCE 2002/C 77 E/002, p. 14, de 28/03/2002: punto 18. Acoso en el lugar de trabajo (debate), tras su aprobación da lugar al siguiente documento: (2001/2339(INI)) (A5-0283/2001 final, de 16/07/2001). Código CELEX 52001IP0283, de 20/09/2001.

imagen clara, desglosados por sexos; D) y E), su aumento considerable en los años 90, y un claro vínculo entre el acoso moral en el trabajo y el estrés; F) son ocasionados por deficiencia en la organización del trabajo, la información interna y la gestión, problemas prolongados e irresueltos, que desembocan en la búsqueda de chivos expiatorios y en el acoso moral; G) las consecuencias son tanto para el individuo, como para el grupo de trabajo, la empresa y la sociedad en general, que ha de erradicarlas.

Y a pesar de las conclusiones expuestas, en los trabajos preparatorios de la Comisión de las Comunidades Europeas dirigidos a elaborar la Comunicación de la Comisión sobre “la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad para el período 2002-2006”⁴⁹⁸, en la que se preveía elaborar una directiva europea sobre el mobbing, la Comisión Europea descarta esa posibilidad por las dificultades de encajar este asunto “en los supuestos generales de evaluación de riesgos y planificación preventiva”, y ese compromiso inicial finaliza con la elaboración de un documento de la Comisión del siguiente tenor literal: “la Comisión estudiará la conveniencia y el ámbito de aplicación de un instrumento Comunitario sobre el acoso psicológico y la violencia en el trabajo”⁴⁹⁹, de ahí el referido ya *paso atrás* en el epígrafe anterior que critican algunos autores.

4. Figuras jurídicas afines de violencia psicológica que inducen a confusión

La misma deviene de presentar toda esta tipología (acoso sexual⁵⁰⁰, acoso por circunstancias específicas y acoso moral)⁵⁰¹, un trasfondo de violencia

⁴⁹⁸ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, *Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de seguridad y salud (2002-2006)*, Bruselas, Comunicación de la Comisión de 11/03/2002, COM/2002/118 final, de 11-03-2002 [LCEur 2002\ 861], y Resolución del Consejo 2002/C 161/01, de 03/07/2002, DOCE núm. 161 de 05/07/2002, pág. 1- 4. Véase Castiñeira Fernandez, J., *El Derecho Del Trabajo y de la...*, *óp. cit.*, p. 293.

⁴⁹⁹ Véase in extenso la Comunicación de la Comisión COM (2002) 118 final, de 11/03/2002, [Código Célex 52002DC0118].

⁵⁰⁰ En Europa se intentó aportar una definición de acoso sexual a través de la Resolución de 11 de junio de 1986 del Parlamento Europeo (DOCE C 176 de 14 /07/1986), la Resolución 90/C de 29 de marzo (DOCE C 157 de 27/06/1990) y la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión (DOCE L 049 de 24/02/1992). Todo ello dio lugar a la publicación de la ley 3/1989, que reguló expresamente el acoso sexual en nuestro ordenamiento, modificando el art. 4.2.e) del ET. Véase en éste sentido, Medeiros De Oliveira, F. P., *El acoso laboral...*, *óp. cit.*, p. 3, al hablar del movimiento feminista norteamericano.

⁵⁰¹ Sáez Lara, C., “Acoso moral en el trabajo y derechos fundamentales”, en AA.VV., *Los*

psicológica que, en buena lógica, producen afecciones psicológicas o patológicas. Si a ello se le añade el carácter machista que subyace en el acoso moral, como lo demuestra la afectación de mayor número de mujeres que de hombres por este tipo conductual⁵⁰², la confusión y delimitación del tipo jurídico a confrontar es patente. A mayor abundamiento, los últimos datos de la OIT publicados a consecuencia del día internacional de la mujer en 2012, refieren que el 50% de las mujeres trabajadoras de la UE, son víctimas de acoso sexual, “verdadera lacra de las relaciones laborales”⁵⁰³.

Respecto al acoso sexual⁵⁰⁴, o al acoso por razón de sexo, el fondo del asunto para discernir jurídicamente qué clase de acoso es el que sufre una víctima, reside en el propósito o efecto pretendido por el acosador⁵⁰⁵, y en ambos casos, con cualquier comportamiento que consista en “atentar contra la dignidad de una persona, (...) se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

En el acoso sexual, el elemento antijurídico o coactivo estriba en que el carácter indeseado u ofensivo, y no consentido⁵⁰⁶, de una conducta acosadora, grave y objetivable, debe darse dentro del ámbito de organización del empresario. Conducta que supone la vulneración de los art. 18.1 CE en relación con el art. 10.1 CE, al atentarse a una parcela tan íntima de la persona como es la sexualidad; del 4.2.e) ET y del 14.h de la ley 7/2007, de 12 de abril, en relación a los empleados públicos. Y en el acoso por razón de sexo, no hay motivación sexual, son conductas que constituyen manifestaciones específicas de discriminación, atentatorias del derecho a la igualdad y a la no discriminación⁵⁰⁷, que vulneran los art. 14 CE, art.7 LO 3/2007, art. 28 de la Ley 62/2003 y arts. 4.2.c y 17.1 ET.

En esencia, el acoso de tipo sexual está dotado de un componente de atracción sexual no correspondida, que nada tiene que ver con el acoso moral, cuyos objetivos son otros bien distintos, a pesar de su ya indicado carácter machista y de que, por contradictorio que parezca, los suicidios

medios de tutela frente al acoso..., *óp. cit.*, p. 225.

⁵⁰² STSJ Galicia 24-1-2000 [AS 2000\60].

⁵⁰³ Sáez Lara, C., “Acoso moral...”, *óp. cit.*, p. 252.

⁵⁰⁴ SSTSJ Cataluña 5-7-2000 [AS 2000\3452]; 17-1-1995 [AS 1995\269].

⁵⁰⁵ Véase la distinción sobre *acoso sexual* y *acoso por razón de sexo* que hace Lousada Arochena, J. F., en “El acoso moral por razón de género”, *AS*, n. 15, 2003, p. 1 y ss.

⁵⁰⁶ STC 224/1999, de 13/12/1999 [RTC 1999, 224]: “El rechazo no debe ser directo y expreso, basta con inferir hechos no deseables por la víctima”.

⁵⁰⁷ Esta S del TC [RTC 1999, 224], reconoce que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 C.E.) por ser víctima de acoso sexual.

por motivaciones profesionales lo cometan sobre todo los hombres⁵⁰⁸. Nuestra teoría se dirige en cuanto a que la falta de regulación expresa y específica del acoso moral, sumado a su dificultad probatoria, permiten actitudes personales de conductas humanas que, amparadas en el derecho a la libertad de empresa⁵⁰⁹, y en el poder otorgado al empresario, que no es omnímodo⁵¹⁰, favorecen comportamientos y frases del tipo “*en mi empresa mando yo*”, que dan lugar al llamado *síndrome del chivo expiatorio*⁵¹¹.

4.1. La insuficiente regulación del acoso moral en el ordenamiento español

“El legislador español se ha limitado a tratar el acoso cuando se lo ha impuesto la UE”, transponiendo al ordenamiento las directivas destinadas a regular “la nueva conciencia social irrupida en su época sobre el acoso moral”, pero son directivas formuladas a evitar conductas antidiscriminatorias mediante la prohibición del acoso discriminatorio, impidiendo así la concepción unitaria y uniformada del acoso moral, dificultando su “tipología jurídica de conducta violenta en el trabajo”⁵¹².

Es más, en España se publican las primeras referencias legislativas en 2003, pero erróneas e incompletas y con opiniones de autores de reconocido prestigio en el Derecho del Trabajo que van más lejos, al considerar “supone ignorar la realidad social y judicial de nuestro país en una materia tan expectante de regulación como es el acoso moral en el trabajo”⁵¹³, y que “requieren de una mayor maduración y desarrollo con el paso del tiempo”⁵¹⁴.

Dicho lo cual, se hace la siguiente apreciación: 1) si en los trabajos de investigación que realiza la doctrina en materia de Seguridad Social y salud

⁵⁰⁸ Mingote Adán, J. C. y otros: *Suicidio: Asistencia clínica*, Madrid, 2006, p. 8.

⁵⁰⁹ Reconocido en el art. 38 CE, en cuanto a la economía de mercado, confiere en el contrato de trabajo, a través del art. 1.2 ET, una serie de poderes para el titular de la organización, pero con “unos condicionantes desde el punto de vista jurídico”.

⁵¹⁰ Condicionado al principio de la buena fe contractual, la prohibición de abuso de derecho, la no vulneración de derechos fundamentales, la no arbitrariedad en sus actuaciones, el respeto a las condiciones contractuales, etc.

⁵¹¹ Medeiros De Oliveira, F. P., *El acoso laboral...*, *óp. cit.*, p. 70.

⁵¹² *Ibidem*, p. 3. En ese mismo sentido y de casi tenor literal, Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, pp. 13-14.

⁵¹³ Gorelli Hernandez, J., “El acoso moral en el ámbito...”, *óp. cit.*, p. 4.

⁵¹⁴ De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, p. 6.

laboral publicados por la DGOSS – informes FIPROS – se explicita de forma indubitada la “ideación del suicidio”⁵¹⁵; 2) si se reconocen explícitamente los graves daños que para la salud del trabajador causa el acoso moral, y a su vez consta descrito que el acosado “sufra un determinado daño derivado de los factores de riesgo psicosociales existentes en el trabajo”⁵¹⁶; 3) si se hace mención, en la mayoría de ellos, a la última y más grave consecuencia del hostigamiento prolongado, cuál es el intento o el suicidio del sujeto pasivo: ¿qué impide se regule de forma explícita y sin paliativos el acoso moral?

Cuestión esta, la de su regulación jurídica, que ya fue suscitada por Leymann en su época, investigador que sin ser jurista, ello no le impidió considerar tan notoria apreciación sobre la que entiendo que, de forma errónea, se ha centrado la discusión académica, en lugar de hacerlo sobre la gravedad y consecuencias del asunto.

4.2. Distintas teorías doctrinales sobre la regulación del acoso moral

Hay proposiciones que defienden que en el ordenamiento español dispone de normas más que suficientes para, desde el punto de vista jurídico, impedir este tipo de comportamientos. Otros defienden la idea de que los planteamientos mediáticos realizados en plena expansión del concepto de mobbing en España, años 2000-2003, fueron la causa de trasladar la imagen a la sociedad de que cualquier comportamiento despótico del empresario, es acoso moral⁵¹⁷, y en consecuencia, “han

⁵¹⁵ Álvarez Cuesta, H. y Quirós Hidalgo, J. G., “Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (dir. Barreiro González, Investigación FIPROS), *Las enfermedades del Trabajo: nuevos riesgos psicosociales y su evaluación en el Derecho de la Protección Social*, 2007, p. 83, citando a Fidaldo Vega, M., *La NTP 705: síndrome de estar quemado por el trabajo o burn out (II): consecuencias, evaluación y prevención*, 2006; en pág. 110, citando la STSJ, Galicia, de 04/04/2003 [JUR 003/17748] (en línea, disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema4S_alud/index.htm). En ese mismo sentido, y en relación al *mobbing*, p. 115 ver cita 19; en relación al estrés, p. 244 ver cita 191 (hace referencia a SS TSJ de distintas CC.AA. sobre el suicidio). Fernández Sánchez, S., “Los riesgos psicosociales: nociones generales”, en AA.VV., *Análisis jurídico...*, *óp. cit.*, p. 36: suicidio por riesgos psicosociales, p. 38: suicidio por *mobbing*, p. 43: ideas de suicidio por acoso sexual, pág. 45: ideas de suicidio por violencia en el trabajo, pág. 55: suicidio por drogodependencia.

⁵¹⁶ Fernández Sánchez, S., “Los riesgos psicosociales: nociones generales”, en AA.VV., *Análisis jurídico...*, *óp. cit.*, p. 60.

⁵¹⁷ Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T., “El acoso moral en el ámbito...”, *óp. cit.*, p. 2.

hecho desbordar todas las fronteras lógicas de la tipificación de éste fenómeno”, cuya solución estriba en aplicar la meticulosa normativa que nuestro ordenamiento nos ofrece para evitar estos tipos conductuales.

Otras teorías apuntan a la cautela del legislador ante la amplia protección social por parte de los juzgadores frente a estos hechos, siendo el orden jurisdiccional social el más propio para asuntos de ésta tipo⁵¹⁸. Y por el contrario, en objeción de aquellas opiniones que estiman que es mejor no acotarlo a un precepto determinado, por todo lo dicho, hay quienes defienden la necesidad de configurar su concepto de forma estricta, debido a que un concepto excesivamente abierto y amplio del acoso laboral, como sucede hasta ahora, “desdibujaría esta figura como lesión del derecho a la integridad personal del trabajador”, garantizado en el art. 15 de la CE⁵¹⁹. No obstante, la doctrina judicial refiere que la ausencia de regulación específica o tratamiento legal del acoso moral⁵²⁰, son limitaciones normativas que habrán dificultado su consenso en las definiciones doctrinales y jurisprudenciales, pero, aún constatada esa ausencia de tipificación, no ha de interpretarse como la existencia de un vacío de regulación⁵²¹.

No obstante, este artículo expone como hecho incontrovertido la existencia actual del *problema* y de su *gravedad*, postulado ya unos treinta años atrás por Leymann con enorme concisión y solemnidad al decir, ya indicado al principio de este artículo, que “en las sociedades altamente industrializadas del primer mundo, el entorno laboral es el único "campo de batalla" en el que es posible "matar" a alguien sin ser juzgado”. Este estudio arroja una cifra de unos 500 suicidios en España al año por motivaciones profesionales.

5. Bibliografía

Almodóvar Molina, A. *et al.*, *VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, Madrid, INSS, 2007.

⁵¹⁸ Sáinz Ruiz, J. A., “El *mobbing* en su ámbito más propio: la jurisdicción social”, *Diario La Ley*, n. 7612, 2011, pp. 6-8.

⁵¹⁹ Sáez Lara, C., “Acoso moral en el trabajo y derechos fundamentales”, en AA.VV., *Los medios de tutela frente al acoso...*, *óp. cit.*, pp. 225.

⁵²⁰ De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico...”, *óp. cit.*, p. 14.

⁵²¹ STSJ, 4ª, Madrid, n. 568/2012, de 26/07/2012 [Roj: 9247/2012], en su FD 2º, citando a SSTC 98/2000 y 204/2000, entre otras muchas.

- Álvarez Cuesta, H. y Quirós Hidalgo, J. G., “Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (dir. Barreiro González, G.), *Las enfermedades del Trabajo: nuevos riesgos psicosociales y su evaluación en el Derecho de la Protección Social*, Madrid, DGOSS, 2007, pp. 60-109. Nota: Trabajo de Investigación (FIPROS), en línea disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema4Salud/index.htm
- Aparico Tovar, J., “De nuevo sobre la pensión de jubilación. ¿A qué edad hay que jubilarse?”, *RDS*, n. 49, 2010, pp. 227-234.
- Castiñeira Fernandez, J., “El Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social en el Año 2002: Puntos Críticos”, 21ª ed., en AA.VV., *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Mergablum, 2003.
- Cervilla Garzón, M. J., “Tratamiento jurisprudencial de los riesgos psicosociales como contingencia profesional desde la perspectiva de la Seguridad Social”, en AA.VV. (coord. Cruz Villalón, J.), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Madrid, DGOSS, 2007, pp. 207-232. Nota: Trabajo de Investigación FIPROS, en línea disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/tema4Salud.htm
- Ces García, E. Mª., “El mobbing, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002”, *RMTAS*, n. 37, 2002, pp. 205-218. Nota: se apunta como curiosidad la exclusión de este artículo en DIALNET, y para acceder al mismo ha de ser a través de la web del MEYSS.
- Cruz Villalón, J., De La Flor Fernández, M. L. y Álvarez Del Cuvillo, A., “Concepto y tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (Coord. J. CRUZ VILLALÓN), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Madrid, DGOSS, 2007, pp. 4-28 (páginas no numeradas). Nota: Trabajo de Investigación (FIPROS), en línea disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema4Salud/index.htm
- Díez-Picazo Giménez, G., “El suicidio no es un acto voluntario, sino un accidente laboral (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 18, 2007, pp. 117-132.
- Dominguez Perejón, C., *Las vías de defensa frente al acoso moral en el trabajo: la responsabilidad administrativa*, en II Jornadas andaluzas contra el acoso moral en el trabajo y primer encuentro nacional de asociaciones y foros contra el AMT, Marbella, 2003. Nota: en línea, disponible en

<http://www.forosdelmobbing.info/phpBB3/viewtopic.php?f=26&t=3712#p24166>

Fernández López, M^a. F. y Rodríguez-Piñero, M., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

Fernández Sánchez, S., “Los riesgos psicosociales: nociones generales”, en AA.VV. (Coord. Cruz Villalón, J.), *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, Madrid, DGOSS, 2007, pp. 29-59. Nota: Investigación (FIPROS), en línea disponible en http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema4Salud/index.htm

Fidalgo Vega, M. *et al.*, “Acoso psicológico en el trabajo o mobbing”, *ERGA Revista bibliográfica sobre condiciones de trabajo del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Madrid, n. 75, 2011, pp. 1-15. Nota: en línea, <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=f2aee1a40425e210VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=9f164a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

Fuertes Martínez, F., “Elementos y dinámica psicosocial del Acoso Institucional. Como prevenirlo y como evitarlo”, *Cuadernos STE-Intersindical*, Cap. VIII, 2003, ISBN 84-688-3618-4, revisado 14-10-2010. Nota: Estudio proporcionado por el Profesor Fuertes por correo electrónico, en línea disponible en <http://www.anamib.com/colaboraciones/ffuertes.htm>

Fuertes Martínez, F., “Mobbing o Linchamiento Moral: Violencia social fantasma con resultados de indefensión personal e intransferible”, *Cuadernos STES-Intersindical*, 2010, pp. 43-56. En línea disponible en http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mobbing.pdf

García Callejo, J. M., *Protección Jurídica contra el Acoso Moral en el Trabajo o la Tutela de la Dignidad del Trabajador*, Madrid, FSP- UGT- MADRID, 2003.

Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral tendenciosa (mobbing)*, Universitat de Girona, Departament de Dret Privat, 2005 (Tesis). En línea, disponible en <http://www.tdx.cat/TDX-0519105-111706>. Nota: publicada por Lex Nova, 1^a Ed., Valladolid, 2005, ISBN 9788484066477.

Grazia Cassitto, M. *et al.*, *Sensibilizando sobre el acoso psicológico en el trabajo*, Instituto Clínico de Perfeccionamiento, Italia, 2004. Nota: ISBN 9243590529, Serie Protección de la salud de los trabajadores, n. 4.

Gorelli Hernández, J., *El acoso moral en el ámbito del Derecho del Trabajo*, en línea disponible en http://www.forpas.us.es/documentacion/05-60_ponencia_GORELLI2%C2%AAedicion.pdf

Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T., “El acoso moral, perspectivas jurídico legales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social-iustel.com*, n. 2, 2003, pp. 1-46.

- Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I., “El acoso como causa de despido disciplinario”, *Revista General del Derecho del Trabajo y la de Seguridad Social-iustel.com*, n. 7, 2004, pp. 1-57.
- González De Rivera y Revuelta, J. L., “El Trastorno por Mediocridad Inoperante Activa (síndrome MIA)”, *Psiquis*, n. 18-6, 1997, pp. 229-231 (17-20).
- González De Rivera y Revuelta, J. L., “El síndrome del acoso institucional”, *Diario médico*, 18 Julio 2000, p. 1-14.
- González De Rivera y Revuelta, J. L., *Cómo protegerse del jefe tóxico*, Artículo de prensa de EL PAIS, 12 enero 2008 - Salud, p. 4.
- González De Rivera Y Revuelta, J. L. y López García-Silla, J. A., “La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo”, *Diario La Ley*, n. 5723, 2003, pp. 1699-1705, también disponible en *La Ley*, n. 1, 2003, pp. 1699-1705.
- Hava García, E., “Accidente laboral con resultado muerte: últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, *RDS*, n. 10, 2000, pp. 203-212.
- Hernández Zubizarreta, J., “Mobbing, un antiguo desconocido”, *LH*, n. 7 (2), 2002, pp. 11-14.
- Hirigoyen, M. F., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, 1ª, ed., 3ª imp., Barcelona, Paidós Ibérica, 2001, Trad. Por N. Pujol I Valls.
- Jurado Segovia, A., *Tipificación jurídica del acoso moral en el trabajo*, Palma de Mallorca, UIB, 2006 [Nota: Memoria de Investigación].
- Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: Análisis Jurídico- Laboral*, Madrid, La Ley, 2008.
- Leymann, H., “Mobbing and psychological terror at workplaces”, *Violence and victims*, n. 5.2, 1990, pp. 119-126.
- Leymann, H., “The Content and Development of Mobbing at Work”, en AA.VV. (edit. Zapf, D. y Leymman, H.), *European journal of work and organizational psychology*, n. 5.2, 1996, pp. 165-184. Nota: A special issue to Mobbing and victimization at work. Traducción: F. FUERTES M. “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (“mobbing”) en el trabajo”, en línea disponible en http://intranet.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=1690&Itemid=1184
- López García Silva, J. A. y Camps Del Sanz, P., “Aspectos clínicos y prevención del psicoterror laboral”, *Revista Mapfre Medicina*, n. 10.4, 1999, pp. 253-260.
- Lousada Arochena, J. F., “El acoso moral por razón de género”, *AS*, n. 15, 2003, pp. 1243-1256.

- Luna Lozano, M. *et. al.*, “Acoso Psicológico en el Trabajo (mobbing)”, Unión sindical de Madrid-Región de CC.OO., Ediciones GPS, Madrid, 2003.
- Macu Alvarez, A., “Algunos aspectos sobre el acoso psicológico, acoso psicológico en el trabajo, psicoterror laboral, violencia psicológica, acoso moral o mobbing”, *LH*, n. 7(2), 2002, pp. 15-23.
- Macgoris, S., *Quinta encuesta europea sobre las condiciones de trabajo. Resumen ejecutivo*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas/Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, Luxemburgo, 2010.
- Martín Valverde, A., La protección jurídica contra el acoso en el trabajo: panorama general, *Temas Laborales*, n. 92, 2007, pp. 11-30.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, J., *Derecho del trabajo*, 21ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- Medeiros De Oliveira, F. P. (dir. Cardona Rubert, M. B.), *El acoso laboral*, Universitat de Valencia, Departament de Dret del Treball i de la Seguretat Social (Tesis), 2005.
- Merllí, D. y Paoli, P., *Diez años de condiciones de trabajo en la Unión Europea*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (EUROFOUND)/Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, pp. 1-13.
- Mingote Adán, J. C. *et al.*, *Suicidio: Asistencia clínica*, Madrid, Ed. Díaz Santos 2004, ISBN 13: 978-84-7978-634-2.
- Molina Navarrete, C., “Del silencio de la Ley a la Ley del Silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el Acoso Moral en las Administraciones Públicas? Argumentos normativos para la ilegalidad y no vinculatoriedad del pretendido criterio técnico sobre mobbing de la DG de ITSS -CT 34/2003”, *Estudios financieros. Trabajo y Seguridad Social*, n. 242, 2003, pp. 3-28.
- Niño Escalante, J., El mobbing y la evaluación de riesgos laborales, *MAPFRE Seguridad*, n. 95, 2004 (tercer trimestre), pp. 9-17.
- Ojeda Avilés, A., “Reflexiones sobre el mobbing”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, México, UNAM, 2003.
- Pastrana Jiménez, J. I.: “Cuánto cuesta el mobbing en España”, *LH*, n. 2, 2002, pp. 171-181.
- Peris I Pascual, M. D., “Fundamentos científicos para la defensa del mobbing”, *LH*, n. 7 (2), 2002, p. 241-266.
- Piñuel y Zabala, I., *Mobbing, cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, 1ª ed., Santander, Sal Terrae, 2001, Barcelona, Círculo de Lectores, 2002.

- Piñuel y Zabala, I. y Oñate Cantero, A., “La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España: Resultados del barómetro CISNEROS II sobre violencia en el entorno laboral”, *LH*, n. 7.2, 2002, pp. 35-62.
- Piñuel y Zabala, I., *Jefes tóxicos*, Madrid, Aguilar, 2004.
- Piñuel y Zabala, I., *Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas*, Madrid, Aguilar, 2004, Barcelona, De bolsillo, 2006.
- Pomares Cintas, E., “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”, *Temas Laborales*, n. 105, 2010, pp. 61-86.
- Romero Ródenas, M. J. *et. al.*, “Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciado con el ejercicio del derecho de huelga: accidente de trabajo. STSJ Andalucía/Sevilla 22 septiembre 2011 (JUR 2011, 376439)”, *AS*, n. 2, Mayo 2012, pp. 39-45.
- Reyes Núñez, M^a., *Diagnóstico, consecuencias, tratamiento y prevención del acoso moral en el trabajo*, en línea disponible en <http://www.anamib.com/colaboraciones/Conferencia.htm>
- Reyes Núñez, M^a., “Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: diagnóstico y prevención”, *LH*, n. 7(2), 2002, pp. 219-230.
- Sáez Lara, C., “Acoso moral en el trabajo y derechos fundamentales”, en AA.VV. (coord. Correa Carrasco, M. y Valdés De La Vega, B.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada, Comares, 2007, pp. 223-252.
- Sáinz Ruiz, J. A., “El mobbing en su ámbito más propio: la jurisdicción social”, *Diario La Ley*, n. 7612, 2011, pp. 6-8.
- Van Loon, H., 23^o *Informe anual de actividades del Comité consultivo de seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo (1998)/COM/2000/0132 final, (52000DC0132)*, Comisión de la Comunidades Europeas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bruselas, 2000.
- Vida Soria, J., Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 7^a ed., Albolote, Granada, 2009.
- Zarzalejo Carbajo, M., “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): concepto y responsabilidad jurídica”, en AA.VV. (coord. Correa Carrasco, M. y Valdés De La Vega, B.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Granada, Comares, 2007, pp. 1-39.

El acoso laboral en España: las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario

Djamil Tony KAHALE CARRILLO*

RESUMEN: Las actitudes y los comportamientos en el trabajo son más frecuentes de lo que en principio pueda parecer, ello ha hecho atraer la atención, entre otros, a trabajadores, responsables de las organizaciones, representantes de los trabajadores e investigadores. Cada día, en España, se denuncian más las actitudes que generan violencia psicológica en el trabajo, y en los últimos años se considera como un problema que se encuentra latente a nivel judicial. El objeto de este estudio es establecer las diferencias del acoso laboral con las actitudes arbitrarias del empresario, con el fin de que el trabajador las tenga presente a la hora de accionar el órgano judicial y pueda salir victorioso en su pretensión; puesto que en la práctica existe cierta confusión con estas dos figuras.

Palabras clave: Acoso laboral, *mobbing*, empresario, actitudes arbitrarias, hostigamiento.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición de acoso laboral. 3. Requisitos configuradores del acoso laboral. 4. Comportamientos frecuentes en el acoso laboral. 5. Sujetos intervinientes. 6. Diferencias entre el acoso laboral y las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA).

1. Introducción

Las actitudes y los comportamientos en el trabajo son frecuentes de lo que en principio pueda parecer, lo que ha hecho atraer la atención, entre otros, a trabajadores, responsables de las organizaciones, representantes de los trabajadores e incluso investigadores. Cada día se denuncian más las actitudes que generan violencia psicológica en el trabajo, y en los últimos años se considera como un problema que se encuentra latente a nivel judicial⁵²².

El acoso laboral es una nueva situación social que afecta a un considerable número de personas en términos considerados inconvenientes e injustos. Según una investigación realizada en la Universidad de Alcalá (España), son más de un millón y medio de trabajadores – ello supone un 11,4 % de la población activa española – los que han sido víctimas de acoso laboral en la empresa, de modo que tanto las personas afectadas como el resto de las personas del grupo social toman clara conciencia de que pueden y deben hacer algo para corregirla a través de acciones individuales sea, sobre todo, de medidas colectivas, a raíz de la emersión de un juicio de disvalor o reproche por considerar la situación como socialmente indeseable⁵²³. La figura del acoso laboral ha sido estudiada desde hace tiempo, desde varias ópticas, en el que no existe una definición universal del mismo, comparándole con la violencia, e incluso se le ha calificado como asesinato psíquico o psicoterror.

La ciencia jurídica y la jurisprudencia han mostrado su interés en relación al acoso laboral. La víctima de esta situación, en la actualidad, se encuentra sufriendo las consecuencias de un tiempo de creación jurisprudencial cumpliendo su fin de complementar o llenar la laguna o vacío legal dejada por el legislador. Es indiscutible que el tratamiento de este fenómeno requiere un equipo especializado para un proceso individualizado, incardinado al enfoque jurídico. Lo realmente novedoso es el tratamiento jurídico que llevan a cabo los Tribunales, a través de la analogía, por el vacío legal existente sobre la materia en cuestión, por no encontrarse regulada a nivel normativo y convencional.

Esta situación ha generado una serie de dudas legales, no tanto en el tratamiento jurídico en relación al acoso laboral, sino a las consecuencias legales que provienen de este hostigamiento psicológico para el

⁵²² Kahale Carrillo, D. T., “Legitimación en los pleitos sobre acoso laboral”, *Aranzadi Social*, n. 2, 2011, pp. 137-155.

⁵²³ Piñuel y Zabala, I., “La evaluación y diagnóstico del *mobbing* o acoso psicológico en la organización: el barómetro Cisneros”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 22, n. 3, 2006, pp. 309-332.

empresario como para los mismos trabajadores; y más aún desde la prevención. El objeto de este estudio es establecer las diferencias del acoso laboral con las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo, con el fin de que el trabajador las tenga presente a la hora de accionar el órgano judicial y pueda salir victorioso en su pretensión; puesto que en la práctica existe cierta confusión con estas dos figuras.

2. Definición de acoso laboral

El acoso laboral es conocido, a su vez, por el término *mobbing* que proviene del verbo inglés *to mob* que significa “atacar en tumulto”⁵²⁴, “atropellar”⁵²⁵; es decir, atropellar por “confusión, alboroto producidos por una multitud de personas”⁵²⁶. El acoso laboral es objeto de un estudio pluridisciplinar y del cual participa la Psicología, Psiquiatría, Sociología y el Derecho. En suma, se trata de un término no jurídico, procedente del campo de la Psicología, que ha sido necesario redefinir en el mundo del Derecho, con el objeto de precisar su alcance y contenido, máxime ante la inexistencia de un concepto normativo de común aceptación que englobe al conjunto de las conductas que son susceptibles de ser calificadas como constitutivas de acoso laboral. El *mobbing* también es conocido como acoso moral, acoso laboral, acoso psicológico en el trabajo, psicoterror laboral, hostigamiento laboral, asesinato psíquico y hostigamiento psicológico en el trabajo. No obstante, además de las anteriores expresiones, a nivel jurisprudencial, existen otras menos frecuentes como violencia psicológica⁵²⁷, proceso de distracción⁵²⁸, acoso ambiental⁵²⁹, orquestación de la creación de un ambiente hostil⁵³⁰ y feudalismo industrial⁵³¹.

⁵²⁴ Significado de *to mob* en Diccionario Inglés-Español, Home English, Edim, S.C.C.L., Barcelona, 2000, p. 207.

⁵²⁵ Significado de *mob* en Diccionario Básico Langenscheidt Inglés, Langenscheidt KG, Alemania, 1985, p. 490.

⁵²⁶ Significado de tumulto, en Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2001, p. 2243. Diccionario SM Avanzado Lengua Española, Ediciones SM, Madrid, 2001, p.1217.

⁵²⁷ La violencia abierta se ve sustituida por formas camufladas de violencia, como la denominada violencia psicológica o de guante blanco. STSJ de Madrid, de 24 de septiembre de 2002.

⁵²⁸ STSJ de Navarra, de 30 de abril de 2001.

⁵²⁹ STSJ de Canarias, de 28 de abril de 2003

⁵³⁰ STSJ de Galicia, de 29 de diciembre de 2003.

⁵³¹ STC 88/1985, de 10 de julio.

Antes de avanzar es preciso hacer una acotación, el concepto de *mobbing*, traducido de manera correcta al castellano es acoso psicológico y no de acoso moral. En todo caso se debería decir inmoral, dado que posee un sustrato ético esencial que se refiere a la falta de respeto y de consideración del derecho a la dignidad del trabajador como un elemento relevante o sustancial de la relación laboral⁵³².

El acoso laboral en la jurisprudencia escocesa significa asamblea o reunión de gentes para propósitos violentos e ilegales, que incluyen lesiones a personas, destruir propiedades y sembrar el terror y la alarma en la población⁵³³. Por extensión, se usa como vulgarismo con la acepción de ataque indiscriminado por parte de un grupo desestructurado.

La legislación laboral belga lo define como “las conductas abusivas y repetitivas de todo origen, externo o interno a la empresa o institución, que se manifiestan principalmente mediante comportamientos, palabras, intimidaciones, actos, gestos y escritos unilaterales que tienen por objeto o por efecto atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador (o de otra persona a la que resulte aplicable la ley) con ocasión de la ejecución de su trabajo, poner en peligro su empleo o crear un entorno intimidadamente, hostil, degradante, humillante u ofensivo”⁵³⁴.

El ordenamiento jurídico francés lo precisa como un conjunto de actos repetitivos “que tienen por objeto o por defecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar contra los derechos del trabajador y su dignidad, de alterar su salud psíquica o mental o de comprometer su futuro profesional”⁵³⁵.

La legislación laboral italiana entiende “por violencia o persecución psicológica todo acto o comportamiento adoptado por el empresario, su representante o por los superiores o bien colegas del mismo grado inferior, con carácter sistemático, intenso y duradero, dirigido a dañar la integridad psico-física de la trabajadora o trabajador”⁵³⁶.

El ordenamiento jurídico sueco ha sido el primer país europeo en

⁵³² Informe Cisneros V.

⁵³³ González de Rivera, J. L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2002, p. 40.

⁵³⁴ Art. 32.3 de la Ley 11 de junio de 2002, relativa a la protección contra la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo, que modifica, a tales efectos, la Ley de 4 de agosto de 1996, de bienestar de los trabajadores en el desarrollo de la actividad laboral.

⁵³⁵ Art. L. 122-49 CT de la Ley 2002-73 de 17 de enero de 2002, de Modernización Social. El término *mobbing* en Francia se utiliza *harcèlement moral au travail* o *harcèlement professionnel*.

⁵³⁶ Art. 1.1 de la Ley núm. 122 del Comité de Trabajo del Senado de 2 de febrero de 2005.

incorporar una regulación normativa contra el acoso laboral, el cual integra “recurrentes acciones reprobables o claramente hostiles emprendidas contra trabajadores individuales, de tipo ofensivo, de tal modo que supongan el aislamiento de estos trabajadores del colectivo que opera en el lugar de trabajo”⁵³⁷.

El acoso laboral, en España, no se encuentra definido en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁵³⁸; no obstante, se apoya en la Constitución Española⁵³⁹ bajo los artículos 10, 14 y 15. Se trata de un comportamiento que en la última década del siglo pasado se ha convertido en el centro de atención pública, con un notable incremento de estudios y debates⁵⁴⁰.

Bajo este contexto, existe un cúmulo de sentencias, que ante la falta de definición legal, han adoptado la definición establecida por el psicólogo Heinz Leymann, recogida en la Nota Técnica preventiva núm. 476 del Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el trabajo⁵⁴¹. Dicho instrumento define el acoso laboral como una “conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen – más que en el

⁵³⁷ Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21 de septiembre de 2003, relativa a la adopción de medidas contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo.

⁵³⁸ Boletín Oficial del Estado núm. 75, de 29 de marzo de 1995.

⁵³⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁵⁴⁰ Aunque el acoso moral en el ámbito laboral no tiene una definición legal global, ha venido manteniéndose que se trata de conductas no deseadas que tienen por objeto atentar contra la dignidad de una persona, creando un entorno humillante u ofensivo para la misma y siendo una situación en la que la persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado. Una conducta abusiva y reiterada integrada por comportamientos, palabras o actitudes que lesionan la dignidad del trabajador y que ponen en peligro o degradan sus condiciones de trabajo. STSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2013.

⁵⁴¹ *Cfr.* Nota Técnica de Prevención n. 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene (INSHT) en el Trabajo: *El hostigamiento psicológico en el Trabajo*: <http://www.insht.es> *Vid.* STSJ de Cataluña, de 1 de abril de 2005.

trabajo – en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa”⁵⁴².

Posteriormente, el Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el Trabajo en la Nota Técnica Preventiva núm. 854, que actualiza la núm. 476, define Acoso Psicológico en el Trabajo como la “exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”⁵⁴³.

⁵⁴² STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2005. Entre otras, SSTSJ de Cataluña, de 11 de junio de 2003 y 10 de junio de 2005. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo ha definido “como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones, consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido”. El mismo Tribunal ha puntualizado para que se produzca el hostigamiento laboral se necesita la presencia de “una violencia psicológica de forma sistemática, recurrente y durante un tiempo prolongado, sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, así como su reputación, perturbar gravemente el ejercicio de sus labores y lograr que esa persona o personas abandonen el lugar de trabajo, señalando que entre estas actuaciones no pueden olvidarse las que pretenden atentar contra la reputación de la víctima, ridiculizándola públicamente, las que van contra el ejercicio de su trabajo encomendándoles tareas de excesiva dificultad o trabajo en demasía, o recriminándole por unos supuestos malos resultados en su tarea, o en fin, pretenden manipular su comunicación e información con los demás compañeros o superiores” STSJ de Cataluña, de 15 de julio de 2002. Esta práctica ha sido definida como una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. STSJ de Valencia, de 25 de septiembre de 2001. El acoso moral consiste en una insistente conducta hostil hacia el trabajador que somete al mismo a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el artículo 15 de nuestra Constitución. STSJ de Cataluña, de 28 de noviembre de 2001.

⁵⁴³ “En la actualidad, coexisten distintas definiciones del concepto “acoso psicológico en el trabajo (APT) o *mobbing*”. La falta de homogeneidad de las mismas, así como la ambigüedad de algunos conceptos descritos puede inducir a errores de interpretación que no permiten una correcta delimitación del problema. Por ello, se presenta una definición operativa de APT desde el marco técnico de la Prevención de Riesgos Laborales, elaborada por este grupo de trabajo, con el objeto de facilitar un marco conceptual que permita al especialista identificar y discriminar el acoso psicológico en el trabajo de otro tipo de situaciones. Esta NTP actualiza los conceptos de la NTP 476”. Nota Técnica de Prevención núm. 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo

Dicho en otras palabras, el acoso laboral comprende las situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de manera prolongada, en el que le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y, generalmente, consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se ve sometido⁵⁴⁴.

Por otra parte, el artículo 28.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁵⁴⁵, define el acoso como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵⁴⁶, señala en la Exposición de Motivos que dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad funcional o laboral que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad.

A tal efecto, se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵⁴⁷ español al establecer que “con la misma pena (seis meses a dos años) serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

3. Requisitos configuradores del acoso laboral

La jurisprudencia española ha establecido unos parámetros para determinar si las conductas efectuadas por el empresario puedan constituir indicios de acoso laboral⁵⁴⁸, al configurar para ello cuatro elementos:

1) “El hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una

(INSHT): “Acoso psicológico en el Trabajo”: <http://www.insht.es>

⁵⁴⁴ STSJ de Madrid, de 18 de junio de 2001 y STSJ de Cataluña, de 22 de septiembre de 2005.

⁵⁴⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 313 de 31 de diciembre de 2003.

⁵⁴⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 23 de junio de 2010.

⁵⁴⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

⁵⁴⁸ STSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2005.

persona o conjunto de personas”, que no debe confundirse con una simple situación de tensión en el sitio de trabajo. Se requiere para que pueda concurrir este requisito, que la víctima sea objeto de varias conductas que conformen en su totalidad una perspectiva de maltrato moral, una denigración o vejación del trabajador. Los comportamientos realizados por el empleador, principalmente, son acciones encaminadas a aislar al trabajador de su ámbito laboral, fijándole tareas excesivas o privándole de trabajo efectivo u ordenándole tareas de difícil realización. Todo ello, con el fin de agobiarle y desacreditarle como una persona incompetente, sin permitirle la comunicación con sus compañeros de trabajo, incluso de aislarlo con el resto del personal⁵⁴⁹.

2) “Carácter intenso de la violencia psicológica”, es decir, las conductas realizadas por el empresario deben ser graves (intensa o extrema). No puede constituirse el acoso laboral cuando la violencia psicológica sea leve o menor que no produzca daño en persona normal, requiriéndose que el hostigamiento posea un alto grado de intensidad. En el supuesto que no exista dicha intensidad, y la víctima resulta afectada, la patología tendría que ver más con la propia personalidad del trabajador que con la real hostilidad del entorno laboral.

3) “Prolongada en el tiempo”. No es suficiente que el hostigamiento se presente como una conducta aislada y se origine en un momento muy concreto, se requiere que la violencia ejercida por el acosador de forma intensa tenga una cierta duración de seis meses⁵⁵⁰. Este plazo tiene que ser interpretado de manera flexible, dado que lo importante es la idea de continuidad en la violencia, ordenada a un fin determinado: la destrucción psicológica o moral del trabajador. Dicho en otras palabras, no puede basarse en hechos aislados, sino de conductas, expresión sinónima de comportamiento o proceder y, por ende, opuesto a hechos aislados⁵⁵¹.

4) “Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral”. Este requisito “es el que sirve de nexo o conductor, dotando de entidad y sustantividad propias al conjunto de actos aislados y espaciado el tiempo, que integran la conducta de acoso.

⁵⁴⁹ “De tales hechos falta el elemento de hostigamiento entendido como actitud reiterada y mantenida a través del tiempo en orden a minar la resistencia psicológica del trabajador”. STSJ de Cataluña, de 17 de mayo de 2006. En este mismo sentido, se ha establecido que no toda situación de tensión en el desarrollo de la relación laboral puede merecer la consideración de acoso moral. Debe distinguirse entre una situación de verdadera hostilidad, vejación o persecución sistemática de lo que puede ser la exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral. STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 2006.

⁵⁵⁰ Periodo que señala el INSHT en la Nota Técnica preventiva n. 476.

⁵⁵¹ STSJ de Cataluña, de 27 de julio de 2006.

Hay que tener en cuenta que la intencionalidad puede ser un elemento plenamente consciente o premeditado o puede existir de forma larvada, formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima, el propio acosador puede no racionalizar conscientemente, pero que pueden manifestar de forma más o menos subconsciente la intencionalidad oculta de su entorno de trabajo⁵⁵².

Vistas las anteriores concepciones se puede delimitar el concepto jurídico de acoso laboral, en un plano descriptivo, analítico y detallado, como aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido⁵⁵³.

4. Comportamientos frecuentes en el acoso laboral

La jurisprudencia ha agrupado como comportamientos clásicos de hostigamiento laboral las siguientes actitudes⁵⁵⁴:

- Aislamiento de la víctima, dificultándole el trabajo, con menoscabo de su formación, conductas que pueden ser generadas por la encomienda de un exceso de trabajo o de funciones superiores a la competencia exigible para su desarrollo u obligándole a realizar tareas de nivel inferior al suyo.

⁵⁵² STSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2005. La existencia de una baja laboral por conflictos en el trabajo no puede integrar sin más la situación de hecho de acoso laboral; asimismo, el que la trabajadora haya tenido éxito en algunas de las reclamaciones hacia la empresa no significa que la postura de la misma suponga acoso laboral. Sostener lo contrario sería tanto como considerar que siempre que se estima una demanda de un trabajador significa que la empresa ha incurrido tal conducta. STSJ de Extremadura, de 30 de abril de 2013.

⁵⁵³ STSJ de Valencia, de 6 de febrero de 2013.

⁵⁵⁴ STSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 2006. No constituyen acoso moral los ataques puntuales y de duración limitada que tienen otras vías para ser sancionados o erradicados. STSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2013. No se ha producido situación de acoso laboral contra el trabajador, lo único que consta es un cambio de funciones del actor en dos momentos de su vida profesional en los que se han producido roces en la delimitación de sus funciones, sin que ello haya supuesto vulneración de derecho fundamental. STSJ del País Vasco, de 8 de julio de 2014.

- Trato desigual recibido frente a sus compañeros.
 - Desacreditar al acosado en su reputación personal o laboral, con la única finalidad de provocarle una situación límite que le lleve a desistir de sus derechos profesionales e, incluso, la propia relación de trabajo⁵⁵⁵.
- No obstante, las conductas indiciarias de la presumible existencia del acoso laboral⁵⁵⁶, suelen ser:
- Aislamiento, la incomunicación o desamparo en las relaciones laborales.
 - Privar a la víctima de la capacidad de expresión.
 - Desacreditar a la persona.
 - Amenazar a la persona con usar instrumentos disciplinarios.
 - Poner en peligro la salud del trabajador.
 - Destabilizar mentalmente.
 - Asignar al acosado trabajos sin valor.
 - Rebajar a las personas asignándoles trabajos por debajo de su capacidad.
 - Abrumar con una carga de trabajo insostenible.
 - Humillar, despreciar en público a la persona.
 - Restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior.
 - Controlar aspectos del trabajo de forma malintencionada.
 - Acusar sin base o fundamento por incumplimientos, errores, etc.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Un ejemplo de acoso laboral es poner “palmarmente de manifiesto una conducta hostil hacia el trabajador demandante por parte del administrador y del encargado general de la empresa demandada. Esta conducta que se inició en 1996 retirando al demandante entre las cinco y seis personas que tenía bajo su mando y suprimiéndole las horas extraordinarias, ha tenido su culminación recientemente al manifestar en público, ante sus compañeros, que era un mal ejemplo para la empresa recriminándole una actitud contraria la misma y recomendar al resto de trabajadores que no hablasen con él. Esta serie de conductas hostiles, el atentado contra las condiciones de trabajo que supone la pérdida de las funciones del demandado, el atentado contra la dignidad que implica la desacreditación ante sus compañeros [...] configuran una situación de acoso moral (también denominado *mobbing*) que somete al trabajador a un trato degradante conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el art. 15 de nuestra constitución”. STSJ de Cataluña, de 28 de noviembre de 2001.

⁵⁵⁶ Sobre “Los orígenes del acoso”, véase Hirigoyen, M. F., *El acoso moral. Maltrato en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 165.

⁵⁵⁷ “Conforme a la doctrina psicológica, que lo ha definido, el acoso moral se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento y recriminación constante, con ataques a la víctima por medio de implantación de medidas organizativas tales como no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, o asignar tareas imposibles de cumplir; medidas de aislamiento social como impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes o no dirigirle la palabra; medidas de ataque a la persona de la víctima con críticas hirientes, vejaciones, burlas, o con medidas de violencia física, agresiones verbales, así, insultos, críticas

Los efectos que puede sufrir el trabajador al estar acosado aparecen de forma gradual como la depresión, ansiedad y problemas con las actividades laborales; produciendo lesiones incluso irreversibles en la salud física y psíquica del trabajador. Los daños más frecuentes de las víctimas del acoso laboral, que se pueden traducir con el tiempo en depresión y cuadros de estrés⁵⁵⁸ postraumático se pueden agrupar en los siguientes⁵⁵⁹:

permanentes, amenazas, o rumores sobre la víctima”. STSJ de Cataluña, de 17 de mayo de 2006. El acoso moral también puede provenir de juicios ofensivos sobre el trabajo realizado, cuestionamiento de las tareas desempeñadas y agresiones verbales (insultos gritos y críticas permanentes al trabajo) con el fin de provocar aislamiento social, prohibiendo o recriminando contactos con otras trabajadoras. STSJ de Cataluña, de 25 de julio de 2006. Empresa que procede a despedir a la trabajadora debido a reiteradas quejas de compañeros por malos tratos de palabra. El Tribunal declara procedente el despido, aunque se trata de comportamientos puntuales que no pueden ser calificados como de acoso laboral, puesto, que no revelan una actitud persistente, sí que denotan un trato despectivo emitiendo expresiones de menosprecio y en tono jocoso para ridiculizar que constituyen incumplimientos muy graves al faltar a la consideración debida a sus compañeros de trabajo. STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 2014.

⁵⁵⁸ La mera situación de estrés laboral no puede elevarse a la categoría de acoso laboral o psicológico si no se acredita una conducta abusiva ejercida de forma sistemática, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica y que pongan en peligro o degraden las condiciones de trabajo. Actitud de hostigamiento que deberá conducir al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciendo ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, determinando en ocasiones el abandono del empleo por resultar insostenible la presión a la que se encuentre sometido. STSJ de Extremadura, de 2 de junio de 2006. La realización de 4 llamadas en 6 semanas no puede considerarse una reiteración en el propósito torticero de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador. Tampoco el envío de los correos electrónicos, de impecable corrección. STSJ de Aragón, de 16 de diciembre de 2013.

⁵⁵⁹ El hostigamiento laboral debe ser objeto de cumplida y adecuada demostración de la intención de dañar como la efectiva producción de un daño. STSJ de Aragón, de 28 de febrero de 2006. Decisión de la encargada de la empresa de “putear” a determinada trabajadora por su participación como testigo en proceso de despido en favor de otra trabajadora, mediante órdenes de trabajo que después negaba haber realizado hasta el punto que la trabajadora víctima del acoso empezó a solicitar que se le dieran las instrucciones por escrito, continuándose con el hostigamiento, incluso agravándose con actos que sobrepasaban el ámbito profesional y que motivó diferentes denuncias a la empresa, sin que éste hiciera nada, a excepción de despedir a la trabajadora objeto del hostigamiento. El Tribunal estima lo solicitado a la vista de la realidad constatada por la Inspección de Trabajo y como recoge el acta de infracción y la versión de los hechos que recoge la sentencia recurrida la Sala ratifica el criterio mantenido por la sentencia de instancia de existencia de un claro acoso laboral urdido por la supervisora y ejecutado por la encargada de la empresa a través de continuos y reiterados ataques a la dignidad personal y profesional de la trabajadora despedida, ordenándole cosas que después negaban que se hubieran ordenado, hasta el punto, que no sólo se degradaron las condiciones de trabajo que hasta ese momento disfrutaba, sino que incluso, se sobrepasó

- Apatía, falta de iniciativa.
- Bajo estado de ánimo, depresión.
- Dolores de espalda.
- Problemas de concentración.
- Dolores musculares.
- Irritabilidad.
- Inseguridad.
- Despertar temprano.
- Sueño ligero, interrumpido.
- Dificultad para conciliar el sueño.
- Problemas de memoria.
- Fatiga crónica.
- Cefaleas.
- Sensibilidad a los retrasos.

Hay que resaltar, no obstante, que la jurisprudencia ha señalado un quinto elemento que no se ha hecho mención en el apartado anterior por constituir polémica entre la doctrina y la propia jurisprudencia a la hora de elaborar el concepto de acoso laboral. Este requisito se refiere a si es exigible, o no, que se produzcan daños psíquicos en la víctima, al existir, de esa manera, dos tipos de acoso: el simple y el moral. El primero, se sustenta en el daño a la integridad o salud psíquica y, el segundo, en el daño moral. Los seguidores de este quinto requisito, son de la opinión que para constituir acoso laboral debe causarse un daño psíquico a la víctima. Mientras que el sector contrario, entiende “que el atentado contra la integridad moral del trabajador se produce, no sólo cuando concurre daño psíquico, que afecta a la salud mental del trabajador, sino también cuando la persona afectada por el hostigamiento presenta dolor moral intenso, consecuencia de la vejación y denigración de que es objeto, pues esto constituye también un daño en su integridad moral”⁵⁶⁰, que puede ir concatenado con la angustia, la tristeza y el dolor.

5. Sujetos intervinientes

Los sujetos que intervienen en la situación de un acoso laboral son los

la barrera de lo profesional, afectando a la integridad psíquica de la trabajadora, que tuvo que pasar a la situación de incapacidad temporal. STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2013.

⁵⁶⁰ STSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2005. *Vid.* Cavas Martínez, Faustino, “Un nuevo supuesto de extinción causal del contrato de trabajo por acoso laboral”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2011.

siguientes:

A) Sujeto activo de la agresión, es aquella persona que lleva a cabo el acoso laboral de manera individual o colectiva en contra de una o varias personas que trabajan en la empresa, actuando de manera consciente e inconscientemente una conducta de hostigamiento psicológico con el propósito de marginarlas y humillarlas frente a otras personas⁵⁶¹. Las características más resaltantes que definen a este sujeto de la agresión son la exagerada centralización en sí mismos, la falta de interés o empatía hacia los demás y la necesidad de aprobación y triunfo. Generalmente, suelen ser personas egocéntricas, intolerantes a las críticas y necesitadas de admiración y reconocimiento⁵⁶².

B) Sujeto pasivo, son las víctimas de la agresión⁵⁶³. Que pueden dividirse en tres grupos: a) Personas eficaces y trabajadoras que ponen en evidencia su calidad y pretenden imponer reformas, que son vistas por el agresor como un peligro o amenaza de su estatus actual en la empresa; b) Personas brillantes, atractivas y algo seductoras, y, por tanto, envidiables y consideradas peligrosas o amenazadoras por el agresor que teme perder su protagonismo; c) Personas vulnerables o depresivas que son el blanco fácil del agresor en el que descargar sus propias frustraciones.

6. Diferencias entre el acoso laboral y las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario

Las investigaciones realizadas por la Psicología del Trabajo y la Psiquiatría han establecido que ciertos contextos organizativos favorecen el desarrollo del hostigamiento laboral, así como, entre otros, los modelos organizativos y de gestión del personal autoritario o despótico⁵⁶⁴. En este

⁵⁶¹ “Los mecanismos del *mobbing* – en su variedades vertical y horizontal – admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (*mobbing* horizontal) como al personal directivo (*bossing*), el que incluso puede ser sujeto pasivo (*mobbing* vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder”. STSJ de Cataluña, de 11 de abril de 2005.

⁵⁶² Conesa Ballester, J. y Sanahuja Vidal, M., “Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (*mobbing*)”, *Actualidad Laboral*, n. 30, 2002, p. 645.

⁵⁶³ *Idem*.

⁵⁶⁴ Collado García, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-*mobbing*-). Diferencias con otras figuras”, en AA.VV. (dir. Agustí Juliá, J.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social*, Consejo General

sentido, el acoso laboral puede constituir en sí mismo un estilo de gestión. Dicho en otras palabras, aparece cuando los malos tratos psíquicos y la humillación del personal se emplean como herramientas al servicio de una mayor productividad. Sin embargo, no cabe equiparar de forma automática el modelo autoritario de gestión del personal y acoso laboral, porque la especial ofensividad que caracteriza a este último no está necesariamente presente en todo modelo autoritario de dirección, aunque fomenta su aparición⁵⁶⁵.

El hostigamiento laboral se funda en actos concretos que tienen un principio y un fin, de modo para que pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales deben existir elementos de referencias para constatar que el acoso en el trabajo ha comenzado. Todo acoso laboral es derivado de actos arbitrarios, “por lo que la diferencia entre arbitrariedad y acoso no puede fundar la existencia o no de acoso, ya que, más bien, el acoso se funde en una forma de expresión, especialmente dañina, de la arbitrariedad. Siendo dicha arbitrariedad una comunicación hostil y no ética que se dirige de manera sistemática a un individuo o grupo de individuos que se sitúan en posición de desamparo y sin defensa, siendo realizados con mucha frecuencia y por un largo periodo de tiempo”⁵⁶⁶. En cualquier caso, el hostigamiento laboral debe tener su origen en actos arbitrarios, puesto de no ser así, cualquier exigencia que pudiera hacerse con relación a un trabajador que no cumple con sus obligaciones podría identificarse con acoso, por lo que desvirtuaría notoriamente el carácter de esta expresión.

La diferencia principal entre lo que fundamentalmente es acoso laboral con el defectuoso ejercicio abusivo o arbitrario de las facultades empresariales es que en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona, mientras que en el segundo se limita a comprender estrictos derechos laborales. Diferencia que “extiende a la motivación para significar [...] que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador, (y) en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el mal entendido interés empresarial”⁵⁶⁷. No obstante, la “ausencia de un planteamiento sistemático de comportamientos repetitivos frente al trabajador permite diferenciar el *mobbing* de aquellas situaciones de conflicto que tiene su origen en el ejercicio (por parte del empresario) de su poder de dirección y organizativo”⁵⁶⁸.

del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 165.

⁵⁶⁵ Serrano Olivares, Raquel, *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, p. 67.

⁵⁶⁶ STSJ de Castilla y León, de 19 de septiembre de 2006.

⁵⁶⁷ STSJ de Galicia, de 12 de septiembre de 2002.

⁵⁶⁸ STSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 2006.

Paralelamente, los estudios científicos en el ámbito de la Psicología del Trabajo y de la Psiquiatría han sostenido la necesidad de distinguir el maltrato de dirección, por violencia y falta de respeto a todos los trabajadores del acoso laboral. Por tanto, señalan que si un jefe de servicios hostiga a cada trabajador a título individual, en su parte más vulnerable, se pasa del maltrato de dirección al acoso laboral⁵⁶⁹. Sin embargo, la jurisprudencia no reconoce como acoso laboral el hecho que en una entrevista los mandos intermedios de la empresa hicieran uso del insulto, la amenaza, la coacción, la vejación o la humillación con el propósito que los trabajadores aceptaran el cambio de jornada, ya que “coaccionar o amenazar para lograr una modificación de sus condiciones laborales en una entrevista celebrada en un momento determinado es un hecho puntual que no encaja en absoluto en los elementos integrantes de la definición de acoso, pues no hay aquí una reiteración de comportamientos con permanencia en el tiempo con la finalidad de socavar la personalidad del trabajador y procurar su atollimitación mediante el abandono o su baja médica”⁵⁷⁰. Al igual que la empresa haya incumplido su obligación de dar trabajo efectivo al empleado al no concurrir el “ejercicio de violencia psicológica de forma sistemática y recurrente por parte de la empresa y durante un tiempo prolongado con la finalidad de destruir las redes de comunicación del actor con otros compañeros de trabajo”⁵⁷¹.

En suma, las víctimas del acoso laboral tienden a confundir el hostigamiento, persecución o violencia psicológica con una mera situación de tensión en el trabajo o mal clima laboral. La diferencia fundamental para distinguir ambas figuras radica que en el acoso laboral persigue causar un daño al trabajador socavando su personalidad, mientras que en la mera situación de tensión en el trabajo el empresario busca en sus conductas, por medios inadecuados, un mayor aprovechamiento de la mano de obra al imponer condiciones de trabajo más favorable a sus intereses⁵⁷². Si el

⁵⁶⁹ Hirigoyen, M. F., *El acoso moral. Maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 30.

⁵⁷⁰ STSJ del País Vasco, de 9 de julio de 2002 y SJS n. 7 de la Región de Murcia, de 7 de marzo de 2003.

⁵⁷¹ STSJ de Cataluña, de 23 de julio de 2003.

⁵⁷² No puede confundirse el acoso laboral con los conflictos laborales que puedan originarse. En este caso, el trastorno de ansiedad que padece la trabajadora tiene su origen en la situación laboral, pero no fruto de conductas incumplidoras del empresario, sino propiciado por su percepción subjetiva que le produce la lógica tensión emocional. STSJ de Canarias, de 23 de julio de 2014. En el mismo sentido, señala la STSJ de Madrid, de 12 de diciembre de 2014, que no puede confundirse el acoso con los desentendidos laborales en el seno de la empresa.

empleador busca un rendimiento en su productividad no va utilizar de manera arbitraria sus facultades para crear un clima hostil en el lugar de trabajo, y mucho menos imponer al trabajador en actividades inútiles, repetitivas e irrealizables, que sí puede suceder tales actuaciones en el supuesto que se persiga hostigar al trabajador. De manera que los motivos que inducen al empleador a utilizar arbitrariamente sus potestades directivas son diferentes a las que puede emplear para maltratar psicológicamente al trabajador⁵⁷³.

Algunos de los ejemplos destacables de las conductas que adopta el acosador con el fin de vulnerar los derechos laborales del trabajador por su ejercicio arbitrario son los siguientes:

- Traslado de puesto de trabajo.
- Modificación de las condiciones de trabajo.
- Cambio de funciones.
- Movilidad geográfica.
- La inadecuada política de seguridad e higiene que lleve el empresario.
- Cambio de horario.
- Discrepancias de carácter personal.
- Atentar contra la intimidad del trabajador, pero no contra su dignidad.

El Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo⁵⁷⁴, señala que son conductas de abuso del poder de dirección constitutivo de acoso los siguientes comportamientos:

- Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin causa y sin seguir el procedimiento legalmente establecido.
- Actos puntuales discriminatorios.
- Presiones para aumentar la jornada o realizar determinados trabajos.
- Conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores.
- Conflictos durante las huelgas y protestas.
- Ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación entre ellos.

⁵⁷³ Criterio que es ratificado por abundante jurisprudencia, al señalar que “no es paragonable acoso moral al ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, pues mientras que con aquél el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables o repetitivas”. STSJ del País Vasco, de 23 de diciembre de 2003.

⁵⁷⁴www.empleo.gob.es/

- Amonestaciones sin descalificar por no realizar bien el trabajo.
- Conflictos personales y sindicales.
- Presiones que pueda recibir un trabajador para realizar horas extraordinarias.
- Reparto arbitrario de funciones y tareas que realice un mando entre los trabajadores que de él dependen cuando tal conducta tenga un carácter general y no vaya, particularmente, dirigida siempre a un mismo trabajador o grupo de trabajadores.

Las conductas que son constitutivas de hostigamiento laboral a consecuencia de abuso de autoridad del empresario son las siguientes:

- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva o incomunicado sin causa alguna que lo justifique.
- Dictar órdenes de imposible incumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan.
- Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.
- Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la empresa o que han colaborado con los reclamantes.

Otra diferencia entre el ejercicio arbitrario del poder empresarial y el acoso laboral proviene del perjuicio causado. Dicho en otras palabras, en el abuso del poder empresarial pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo; mientras que en el hostigamiento laboral solo afecta a la integridad psíquica y la salud mental del acosado. Esta diferencia exige la práctica de medios probatorios diferentes; por tanto, quien alegue padecer acoso laboral no le bastará con acreditar posibles arbitrariedades empresariales ejercidas por el acosador, sino que es preciso que demuestre que se han causado daños psíquicos. Ello exige, sin duda, la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la Psicología. Esta diferencia será la que permita distinguir los dos planos característicos de protección legal frente a estas conductas. Así, frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, se encontrarán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria que lograrán corregir las conductas empresariales arbitrarias por medio de las acciones o reclamaciones oportunas. En cambio, frente al hostigamiento laboral la respuesta se obtiene en la propia Carta Magna por constituir un atentado al derecho a la integridad moral. En general, en el acoso laboral se lesionan derechos fundamentales de la persona, y en el ejercicio de las facultades empresariales como abusivas se lesionan los derechos estrictamente laborales.

Puede existir un ataque a la dignidad del trabajador que no necesariamente

debe considerarse hostigamiento laboral, en el sentido de obligar al trabajador a colocar la mesa y la pantalla del ordenador de una determinada forma para ser vista por el empresario. El hecho que el trabajador vea modificada la ubicación física de su puesto de trabajo, no puede “ser visto por sí mismo como determinante de un comportamiento empresarial discriminatorio, cuando aquéllas, le son encargadas dentro del ámbito material propio de la categoría profesional que tiene reconocida la trabajadora, que tienen un contenido significado económico e interés evidente para la empresa”⁵⁷⁵.

Por consiguiente, es necesario delimitar qué constituye acoso laboral y qué son las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas, “de las que no puede decirse que se encuentre exenta el entorno laboral, si tenemos en cuenta el permanente dinamismo con que se desenvuelve el trabajo en general y que genera por sí mismo tensiones físicas y psíquicas, desencadenantes de padecimientos para el trabajador en atención a la propia sensibilidad que pueda tener. Pues debe tenerse claro que postular unas relaciones profesionales impolutas sería tanto como demandar quimeras. De este modo, no todas las situaciones que revelen un conflicto entre un trabajador y su superior jerárquico o entre trabajadores de igual categoría han de calificarse, sin más, como acoso laboral; es decir, no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso laboral, sin perjuicio, obviamente, de que tales prácticas abusivas encuentren respuesta a través de otras vías previstas legalmente⁵⁷⁶. Para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de envolverse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo⁵⁷⁷, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado

⁵⁷⁵ STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 2002 y 11 de junio de 2003.

⁵⁷⁶ La ausencia de un planteamiento sistemático de comportamientos repetitivos frente al trabajador permitirá diferenciar el *mobbing* de aquellas situaciones de conflicto que tengan su origen en el ejercicio por parte del empresario de su poder de dirección y organización. Para la existencia de *mobbing* deberán ser agredidos derechos fundamentales y existir hostigamiento e intención de perjudicar al trabajador, mientras que en el defectuoso o indebido ejercicio de la actividad directiva primará el mal entendido interés empresarial, pero no a la extinción del contrato. STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 2006.

⁵⁷⁷ Presión, que puede ser explícita o implícita, es decir, tanto si ésta se produce mediante malas palabras como si acontece mediante miradas, risas o “dándose la vuelta”. A su vez, puede ser mediante contacto físico, entrando de lleno en lo que es presión actitudes repetidas de un trabajador sobre otro como puede ser el tirón de orejas, el pisotón o la colleja diaria a quien se le dice que está siempre en medio. STSJ de Canarias, de 22 de febrero de 2006.

por la conducta”⁵⁷⁸.

De manera que el elemento temporal es un presupuesto que diferencia del acoso laboral con las tensiones ordinarias en el entorno laboral, de la cual estas últimas suponen un acto aislado y determinado en el tiempo. Por consecuencia, no alcanza la extensión temporal que exige el hostigamiento laboral como persecución sistemática y recurrente del trabajador, con una media de una vez por semana y durante un tiempo prolongado de seis meses como mínimo.

Finalmente, hay que destacar que la problemática laboral que no demuestra en la configuración empresarial y social conductas desafortunadas que permitan circunscribir y enmarcar lo acontecido en el hostigamiento laboral o social buscado de propósito, determina una incompatibilidad de caracteres o choque de personalidades en una confrontación propia del conflicto laboral⁵⁷⁹.

7. Conclusiones

El trabajador acosado antes de acudir a los órganos jurisdiccionales debe tener en cuenta las diferencias existentes entre el acoso laboral y las actitudes de arbitrariedad que ejerce el empresario, de forma abusiva bajo su poder de dirección y organización de la empresa, para así poder elegir que acción interponer ante el órgano jurisdiccional contra el empresario y poder salir victorioso de la acción que se pretenda. Hay que recordar, no obstante, que la exigencia del carácter reiterado de la conducta abusiva como elemento base del acoso laboral impone, en la práctica, que para apreciar la existencia de éste se requiere el transcurso de un lapso temporal, dado que una sola conducta vejatoria en un momento dado se va considerar insuficiente para este fin. Es por ello, que cuando el acosado reacciona ante esta actuación empresarial, se pregunta si se está ante un acto abusivo realmente puntual o ante el inicio de un posible caso de acoso atajado por el trabajador, para interponer una demanda ante los órganos jurisdiccionales en defensa de sus derechos⁵⁸⁰.

Bajo este contexto, es recomendable que el trabajador siga, previamente, las siguientes actuaciones, ante la situación de acoso laboral antes de acudir a la instancia judicial:

- Debe hablarse del tema en su casa y comentárselo a su familia o con las

⁵⁷⁸ STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2004.

⁵⁷⁹ STSJ del País Vasco, de 25 de abril de 2006.

⁵⁸⁰ Serrano Olivares, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, p. 71.

personas que convivan con el trabajador con el fin de ver la opinión que tienen éstos en relación a lo sucedido, para contrastar las conductas de acoso que haya sufrido y las pueda catalogar como tal.

- Hablar con los compañeros de trabajo para tener la opinión de ellos y verificar si consideran las conductas que ha sufrido el acosado pueden considerarse como acoso laboral, y también verificar si ellos han sufrido conductas de hostigamiento laboral.

- Debe guardar o recabar todo tipo de pruebas que demuestren hostigamiento a su persona⁵⁸¹.

- Poner los hechos en conocimientos a los delegados de prevención, al Comité de Seguridad y Salud Laboral y a los superiores del acosado.

- Denunciar por escrito lo acontecido ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral o en su defecto a la Inspección de Trabajo y Departamento de Salud Laboral.

- Solicitar ayuda psicológica a los organismos de salud pública o en su defecto a los especialistas privados.

Acudir a la instancia judicial previa asesoría de un profesional del derecho, quien determine la acción judicial a seguir por la conducta empresarial efectuada y concrete si las actuaciones sufridas por el empleador pueden constituirse acoso laboral o son comportamientos arbitrarios del empleador. Teniendo claro las diferencias de estos comportamientos dependerá el éxito de la pretensión que se reclame.

⁵⁸¹ Quien invoca el acoso debe acreditar las prácticas ofensivas intencionadas en las que fundamente su pretensión. En el caso analizado, se declaran como hechos probados que tras la maternidad de la actora se aprecian dos posturas contradictorias; de un lado, la de la entidad bancaria que entiende que un director de oficina debe tener una disponibilidad no compatible con una reducción de jornada o con un horario continuo, lo que se acredita por una conversación grabada en la que el director territorial de grandes superficies del banco indica a la trabajadora que hay que elegir entre vida profesional y familiar, lo que según la sentencia recurrida no se corresponde con el código de conducta del banco, con el plan de igualdad, con el Estatuto de los Trabajadores ni con el artículo 14 de la Constitución Española y de otro, el de la actora, que interesa compatibilizar las exigencias profesionales con el cuidado de su bebé. La Sala estima que con tales antecedentes no se acredita que la empresa haya actuado deliberadamente para minar y doblegar la voluntad de la trabajadora y debilitarla psicológicamente. El acoso laboral no es una conducta aislada, aunque una conversación pueda tener importancia o trascendencia. Lo que caracteriza el acoso es la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, situación que no se aprecia en los hechos declarados probados. STSJ de Asturias, de 27 de junio de 2014.

8. Bibliografía

- Cavas Martínez, F., “Un nuevo supuesto de extinción causal del contrato de trabajo por acoso laboral”, *Aranzadi Social*, n. 5, 2011.
- Collado García, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencias con otras figuras”, en AA.VV. (dir. Agustí Juliá, J.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Conesa Ballesteros, J. y Sanahuja Vidal, M., “Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (*mobbing*)”, *Actualidad Laboral*, n. 30, 2002.
- Hirigoyen, M. F., *El acoso moral. Maltrato en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Hirigoyen, M. F., *El acoso moral. Maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Barcelona, 2006.
- González de Rivera, J. L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa, Madrid, 2002.
- Kahale Carrillo, D. T., “Legitimación en los pleitos sobre acoso laboral”, *Aranzadi Social*, n. 2, 2011.
- Piñuel y Zabala, I., “La evaluación y diagnóstico del *mobbing* o acoso psicológico en la organización: el barómetro Cisneros”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 22, n. 3, 2006.
- Serrano Olivares, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005.

El acoso laboral en la Universidad. Una perspectiva comparada entre España, México y Colombia

Juan Manuel GÓMEZ RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto abordar el Acoso laboral en la Universidad. Para ello, busca distinguir conceptual y jurídicamente los distintos tipos de acoso que ocurren en el entorno universitario, destacar los avances de su regulación en nuestro país, haciendo un análisis comparado entre México, España, y Colombia, así como explorar las características de su realización en la actualidad. Para ello, examina las pautas más comunes de acoso en el entorno universitario, con la finalidad de identificar los retos y perspectivas de su regulación y extraer reflexiones hacia su adecuado tratamiento.

Palabras clave: Acoso laboral, Universidad, Entorno Universitario, Derecho Aplicable.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La dignidad de la persona como elemento esencial de protección en el acoso laboral. 3. El Contexto internacional y los avances del acoso laboral en México. 4. El espacio universitario como ambiente idóneo para el acoso laboral. Una perspectiva comparada. 4.1. España. 4.2. México. 4.3. Colombia. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Correo electrónico jm2oct@yahoo.com

1. Introducción

La globalización en las tecnologías de la información y la comunicación, ha impactado los mercados de trabajo y genera la necesidad de establecer nuevas pautas para su organización. El reconocimiento de nuevas formas de interacción personal en el trabajo no sólo implica elementos positivos por cuanto a la rapidez y eficiencia en la realización de actividades productivas, sino nuevos retos a enfrentar, los riesgos derivados de una mayor inestabilidad laboral, fruto de la precarización en las condiciones laborales, del desempleo, y de un incremento de la discriminación en las oportunidades laborales.

La incorporación de nuevas tecnologías que facilitan la transmisión de información y la comunicación humana, y el uso intensivo y las interacciones que permite internet, principalmente a partir de la primera década del siglo XXI, esconden un lado oscuro: el de la discriminación laboral de todas aquellas personas que no tienen formación ni capacitación en el uso de estas nuevas tecnologías, lo que supone un incentivo para la generación de ambientes tóxicos de trabajo.

Estos nuevos riesgos van desde el comportamiento hostil que genera estrés, particularmente en el entorno laboral universitario, acoso psicológico y violencia física, así como acoso moral o laboral. Aunque este último ha sido analizado desde la perspectiva del estrés y de la voluntad del agente acosador, también es posible considerar como parte de sus causas, las carencias y deficiencias en la organización laboral y los problemas derivados de una gestión sin dirección, que caracteriza a las empresas en el ámbito de la globalización.

Una variante importante de este fenómeno, ha emergido en un entorno que presenta características distintivas: el acoso en la Universidad o acoso universitario, que se ejerce principalmente aunque no necesariamente de forma univoca, en forma colectiva como fruto de ese intercambio académico que rompe los esquemas de interacción tradicionales en el entorno laboral.

Por esa razón, ésta comunicación tiene por objeto abordar su tratamiento, precisando y distinguiendo conceptual y jurídicamente el fenómeno del acoso laboral, respecto de otras conductas y comportamientos, así como explorar las características y variables del acoso universitario. Para ello, se busca examinar las pautas de su realización desde una perspectiva comparada, tomando como eje metodológico, realizar una micro-comparación, respecto a su tratamiento legal, específicamente de la figura legal del acoso laboral en España, México y Colombia. Los objetivos que nos hemos propuesto son: identificar los retos y perspectivas de su

regulación, extraer reflexiones hacia su adecuado tratamiento, y reflexionar sobre el papel que las instituciones de salud y seguridad social están llamadas a realizar en el diseño de mecanismos de prevención y atención integral de las víctimas de acoso laboral.

2. La dignidad de la persona como elemento esencial de protección en el acoso laboral

En el ámbito jurídico, el acoso constituye una grave lesión a la dignidad de la persona, la dignidad constituye un derecho natural inherente a cada individuo. En ese sentido, Hirigoyen define el hostigamiento laboral, como toda conducta abusiva exteriorizada a través de gestos, palabras, actitudes, comportamientos que atentan por su repetición y sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, en la que se pone en peligro su empleo o degrada el ambiente de trabajo⁵⁸².

En esta comunicación nos vamos a referir al acoso desde la perspectiva laboral en un contexto universitario. En este ámbito, el trabajo digno se ha considerado una condición esencial para el desarrollo pleno de la personalidad, que debe entenderse más allá de las condiciones laborales, para expandir sus alcances al ambiente y la salud física y mental en el trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) por su parte, define el acoso laboral como “la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta”⁵⁸³. En el ámbito internacional, la OIT desde finales de la década de los 90’s, ha llamado la atención sobre el problema de la violencia en el trabajo, impulsando estudios que muestran su incremento notable alrededor del mundo.

Por esa razón, es importante distinguir el acoso laboral de otros comportamientos y conductas que se presentan con regularidad en el lugar de trabajo⁵⁸⁴. Al respecto, en este trabajo sólo vamos a distinguir el acoso

⁵⁸² Hirigoyen, M., *El acoso moral. Maltrato en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 19 y ss.

⁵⁸³ Ver Chapell D. y Di Martino V., *La violence au travail*, Organisation internationale du Travail, 2000, y OIT, *La Violencia en el Trabajo*, Educación Obrera 2003/4, n. 133.

⁵⁸⁴ Cfr. Collado García, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (*Mobbing*). Diferencias con otras figuras jurídicas”, en Agusti Julia, J. (Dir.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social*, Consejo General

laboral, del acoso psicológico, y del *Bullying*, por considerar que en el acoso en la Universidad se presentan con mayor intensidad y frecuencia, estas modalidades de acoso, y por ser más proclives a vulnerar la dignidad y la salud de la persona.

El acoso psicológico⁵⁸⁵, es una variante de acoso que comprende actividades que buscan, entre otros objetivos:

- Reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros
- Evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales
- Desacreditar o impedir a la víctima mantener su reputación personal, o laboral
- Reducir la capacidad de trabajo de la víctima y su empleabilidad, mediante su denigración profesional
- Afectar la salud física o mental de la víctima.

La distinción radica en la finalidad del acoso, en el acoso psicológico el objetivo está relacionado con los numerales 3 y 5, se busca afectar sustancialmente la salud física o mental de la víctima para afectar su reputación y su autoestima de forma personal, mientras que en el acoso laboral el objetivo está relacionado con las actividades de los numerales 3 y 4, que buscan reducir la capacidad laboral de la víctima y desprestigiar su capacidad laboral y profesional, con la finalidad esencial de afectar su desempeño laboral.

Otro aspecto a considerar, es que en el acoso laboral se vulneran derechos esenciales de la persona como la dignidad y la salud, tanto física como mental, la finalidad del *Mobbing* consiste en menoscabar la personalidad del trabajador, de procurar su autolimitación con el abandono del empleo o la incapacidad médica. En el *Mobbing* el acechamiento del trabajador se realiza por los compañeros de trabajo, por el jefe, o es mutuo.

Una conducta que suele equipararse con el acoso es el *Bullying* o maltrato, que se refiere a acciones intencionales dirigidas a hacer daño, que pueden ser de carácter físico, verbal ó psicológico, que son frecuentes y duraderas, y en el que se hace necesario un desequilibrio de poder entre el agresor y la víctima. Se puede señalar al *Bullying* en el trabajo como una variable de violencia laboral que va más allá del maltrato y la agresión física y se enfoca hacia el maltrato, mediante el abuso, la intimidación y la amenaza.

La diferencia con el acoso laboral es que en el *Bullying* hay una agresión física que se combina con agresiones psicológicas a través de la

del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 73 y ss.

⁵⁸⁵ Ver Hirigoyen, M., *op cit*, p. 165, y Piñuel Y Zabala, I., *Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, Santander, 2001.

intimidación o conductas amenazadoras, mientras que en el *Mobbing* no se incluyen las agresiones físicas sino psicológicas, y su presupuesto no es el desequilibrio de poder entre infractor y víctima, pues el *Mobbing* puede presentarse horizontal entre compañeros de trabajo, más bien, busca el aislamiento o la exclusión, para provocar reducir la capacidad laboral de la víctima y afectar su reputación laboral y profesional, lo que como analizamos más adelante, se presenta frecuentemente en el entorno universitario.

No obstante, el *Mobbing* puede presentarse tanto de superior a inferior como al revés. Es en la agresión psicológica en estos supuestos, en la que el *Bullying* se asimila con el *Mobbing*, por cuanto a las conductas no éticas, la frecuencia, duración y los efectos que genera de discapacidad laboral en el trabajador, y de daños a las organizaciones y a la sociedad. El acoso laboral en el que se engloban ambos fenómenos suele denominarse acoso moral, y los comportamientos relacionados con este fenómeno se clasifican en: amenazas al estatus profesional, saturación profesional, desestabilización profesional, abusos personales y aislamiento social.

3. El contexto internacional y los avances de la regulación del acoso laboral en México

En el ámbito internacional, la OIT ha establecido en dos Convenios, medidas para prevenir y combatir la violencia en el lugar de trabajo, que buscan contribuir a generar un ambiente de trabajo seguro y saludable. De esta forma, el Convenio número 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958, tiene como objetivo promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el trabajo decente y el respeto mutuo, como una forma de combatir la discriminación en el lugar de trabajo.

Por su parte, el Convenio número 155, sobre salud y seguridad de los trabajadores de 1981, tuvo por objeto promover un medio ambiente seguro y saludable, mediante el dialogo social entre empleadores, trabajadores y gobierno, como un elemento clave que contribuye a prevenir la violencia en el lugar de Trabajo.

Además, la OIT ha publicado un informe desde 1998, que va en su tercera edición, en el que aborda la problemática de la violencia en el trabajo, en el se analizan, entre otros temas, la violencia en la vida diaria en los lugares de trabajo alrededor del mundo, haciendo un análisis de caso de países seleccionados, las diferentes actividades laborales y su situación de riesgo, las responsabilidades legales, y derechos previstos en el marco legal como respuesta a este fenómeno, así como las mejores prácticas para

abordar su tratamiento apropiado⁵⁸⁶.

Por su parte, la Unión Europea a través de sus instituciones, también generó una serie de normativas y resoluciones en las que se dio a la tarea de abordar la problemática de las transformaciones que el mercado laboral estaba afrontando por el cambio tecnológico, en particular, respecto a su impacto para la seguridad y la salud en el trabajo. Fruto de estos trabajos, el Consejo en 1989 emitió la Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo, que establece condiciones mínimas en materia de seguridad y salud⁵⁸⁷.

La Directiva define las obligaciones de empresarios y trabajadores para limitar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, determina obligaciones a los empresarios para adoptar medidas preventivas adecuadas para garantizar una mayor seguridad y salud en el trabajo, e introduce la formación, la información y la consulta de los trabajadores como un elemento esencial de su realización.

Sobre el acoso laboral, destacan las Directivas 2000/43/CE⁵⁸⁸ y 2000/78/CE⁵⁸⁹, de 29 de junio y 27 de noviembre, ambas del Consejo, ya que definen el acoso de manera similar, como una forma de discriminación, en el caso de la primera Directiva vinculando su realización por motivos de origen racial o étnico, mientras que en la última, relacionando su configuración con motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Ambas definen el acoso en función de su objetivo o consecuencia esencial, consistente en atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Tomando como base estas Directivas, en el año 2001 el Parlamento europeo emitió una resolución sobre acoso moral en el trabajo⁵⁹⁰ en la que

⁵⁸⁶ *Vid* Nota 4.

⁵⁸⁷ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007, que tiene por objeto simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica.

⁵⁸⁸ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁵⁸⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁵⁹⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso en el lugar de trabajo (2001/2339 - INI), Ver Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de 16 de julio de 2001, en la página Web:

subraya el vínculo existente entre el acoso en el trabajo y el estrés, y que el aumento de contratos temporales y la precariedad del empleo, en particular entre las mujeres, crea condiciones propicias para la práctica de diversas formas de acoso. Así mismo, que las medidas contra el acoso en el lugar de trabajo, deben considerarse un elemento importante para mejorar la calidad y las relaciones sociales en el trabajo y evitar la exclusión social.

En el contexto regional americano y por cuanto a la protección de la mujer, destaca la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer. “*Convención de Belem Do Pará*”, así como la Recomendación General 19, del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer.

En México, es importante destacar las reflexiones tempranas de Ojeda Aviles sobre el *Mobbing*, en el que en principio distingue el acoso moral del psicológico, y realiza una observación muy oportuna en el sentido de que, aunque atractiva, la definición de Lorenz sobre el acoso, no considera que eventualmente, el grupo acosador puede atacar a alguien más fuerte que amenace su *modus vivendi*⁵⁹¹. Es precisamente este tipo de conducta el que más se ajusta al *Mobbing* en el entorno universitario.

En particular, respecto al acoso en el entorno universitario, destaca el trabajo realizado desde una perspectiva psicológica por investigadores de diversas instituciones de nuestro país⁵⁹², en el que sus autores coinciden en general, en que el surgimiento de este fenómeno gravita en la existencia de entornos laborales dañinos, en los que los actos hostiles o de agresión que conforman el acoso pueden florecer en perjuicio de la salud, tanto física como mental de los sujetos involucrados, así como en la productividad de las empresas.

Ahora bien, la legislación laboral mexicana ya contemplaba la regulación de ciertas conductas que, como bien refieren Mendizabal Bermudez y García Carreño, quizás de forma implícita, vienen a regular el acoso laboral, este el caso del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo que regula las causales de rescisión de las relaciones de trabajo que son

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+REP+ORT+A520010283+0+DOC+PDF+V0//ES> Consulta realizada el 28 de septiembre de 2014.

⁵⁹¹ Ojeda Avilés, A., “Reflexiones sobre el *Mobbing*”, en Kurczyn, V. P. y Puig H., C. A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor De Buen Lozano*, México, UNAM, IJ, 2003, pp. 571-581.

⁵⁹² Peña, F., et al. (Coords.), *Cuando el trabajo nos castiga. Debates sobre el Mobbing en México* EON. SEDISEM-UAM, Azcapotzalco, 2007.

responsabilidad patronal, en sus fracciones II, III y IV⁵⁹³. Lo anterior, sin perjuicio de que estos dispositivos legales solo consideran la posición del trabajador como sujeto activo de estas conductas.

En las citadas fracciones, se abordan como conductas a regular, los actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos, no se hace una referencia expresa al acoso, aunque puede considerarse incluido cuando se hace referencia a los actos de violencia, que no se especifican, y a los malos tratamientos. Es importante destacar que la legislación establece una distinción en la realización de dichas conductas, cuando refiere que pueden darse dentro o fuera del servicio, y regula en forma amplia, los sujetos que pueden ser objeto de las mismas, como es el caso del patrón, sus familiares, personal directivo o administrativo, clientes o proveedores, o alguno de los compañeros del trabajador.

La misma situación también se contemplaba ya en el caso de los patrones, al preceptuar el artículo 51, fracciones II y III del mismo ordenamiento, como causales de rescisión, ahora sin responsabilidad para el trabajador, las mismas conductas con la particularidad de que en este caso, los sujetos que pueden ser responsables de dichos comportamientos, son los mismos sujetos que son protegidos por el artículo 47, y de que dichas conductas pueden tener como sujetos pasivos al conyugue, padres, hijos o hermanos del trabajador.

Este análisis demuestra la amplia vocación tutelar del ordenamiento laboral mexicano y su sentido de equilibrio y justicia social, al contemplar no sólo la situación de trabajadores y patrones, más allá de sujetos de las relaciones de trabajo, sino considerar con sensibilidad, la protección de los dependientes del trabajador como sujetos más vulnerables.

Pues bien, lamentablemente la reforma laboral después de treinta años sin cambios significativos, no ha estado a la altura de la vocación social de la legislación que ha pretendido mejorar⁵⁹⁴. La regulación del acoso, se ha orientado desde una perspectiva limitada, hacia la responsabilidad patronal, al establecer la legislación federal del trabajo, los conceptos de hostigamiento y de acoso sexual en su artículo 3º Bis, solo desde la

⁵⁹³ Ver Mendizabal B., G. y García C., Z. “El Acoso laboral y la Seguridad Social México-España”, en Mendizabal B., G. *et al* (Coords.), *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social México*, UNAM, IJ, 2012, p.313 y ss.

⁵⁹⁴ Como ha destacado la Profesora Kurczyn, la reforma realizada recientemente en México no atrajo el esperado tema de que el trabajo es un derecho humano y tampoco la equidad de género fue abordada con la profundidad que ameritaba una reforma que tardó más de 30 años en materializarse. Ver Kurczyn Villalobos, P., “El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica en México”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, vol. 1, n. 4, octubre-diciembre de 2013, ADAPT University Press, pp. 5 y ss.

perspectiva de la subordinación.

Del mismo modo, se modifica el artículo 47, fracción VIII, para incluir el hostigamiento y el acoso sexual como causales de rescisión de las relaciones de trabajo sin responsabilidad del patrón, considerando al trabajador como sujeto activo, pero cuya configuración sólo podrá realizarse como ejercicio de un poder en una relación de subordinación, tal como lo mandata el artículo 3° bis de la Ley. La reforma laboral en materia de acoso culmina con el establecimiento, en el artículo 133, de prohibiciones a los patrones de realizar directamente actos de hostigamiento o acoso sexual o de permitir o tolerar dichos actos en el centro del trabajo.

Otras leyes que abordan esta problemática desde la perspectiva de la igualdad, la prevención de la violencia y la no discriminación son: la Ley General para la igualdad entre hombres y mujeres, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, y la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación⁵⁹⁵.

Por otra parte, La Suprema Corte de Justicia en México ha realizado un esfuerzo muy interesante de sistematización, generando documentos y normativas que tienen por objeto orientar el tratamiento para el fenómeno del acoso y generar una estrategia efectiva para su tratamiento legal. Fruto de esos esfuerzos en 2012, la Corte generó un Acuerdo para investigar y sancionar el acoso laboral y el acoso sexual.

En este Acuerdo destaca el tratamiento hacia el Derecho Administrativo del Acoso, relacionando su tratamiento con la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, como infracciones a los deberes previstos en dicho ordenamiento para los servidores públicos, y que consisten, básicamente, en abuso o ejercicio indebido del empleo, cargo o comisión.

El Acuerdo define el acoso laboral de forma muy amplia y completa⁵⁹⁶, destacan de dicha definición algunas características, como es el caso de no

⁵⁹⁵ Ver Carbonell, M., “La perspectiva de género en el análisis constitucional. Comentario a la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación”, en Cruz Parceró, J. A. *et al.*, *Debates constitucionales sobre derechos de las mujeres*, México, Scjn Fontamara, 2010, pp. 27 y ss.

⁵⁹⁶ “Los actos o comportamientos, en un evento o en una serie de ellos, en el entorno de del trabajo o con motivo de este, con independencia de la relación jerárquica de las personas involucradas, que atenten contra la autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de las personas; entre otros: la provocación, presión intimidación, exclusión, aislamiento, ridiculización o ataques verbales o físicos, que pueden realizarse de forma evidente, sutil o discreta y que ocasionan humillación, frustración, ofensa, miedo, incomodidad o estrés en la persona a la que se dirigen o en quienes lo presencian, con el resultado de que interfieren en el rendimiento laboral o generan un ambiente negativo en el trabajo. Ver artículo 2, fracción I, del Acuerdo.

establecer como condición para su configuración, la reiteración de las conductas por un periodo prolongado de tiempo, el que se configure con independencia de la relación jerárquica de las personas involucradas, y que incluya atentados a la integridad mediante ataques que pueden ser físicos⁵⁹⁷.

En el ámbito institucional, y en particular, en el caso de las mujeres, de acuerdo con estadísticas del gubernamental Instituto Nacional de las Mujeres y de la Secretaria de la Función Pública, se señala que en 256 dependencias gubernamentales, hubo hasta 26,000 casos de acoso sexual, y sólo 8,000 fueron denunciados⁵⁹⁸. De los casos de acoso sexual, el 70% decidió renunciar antes que acudir a presentar denuncia, mientras que el 25% de las víctimas de esta forma de acoso, fue despedida por no acceder a las peticiones de sus acosadores, lo que muestra el alto grado de impunidad y de tolerancia a esta forma de agresión y violencia en el trabajo.

4. El espacio universitario como ambiente idóneo del acoso laboral. Una perspectiva comparada

Aunque el acoso suele tener diversos ámbitos, como el laboral, el personal y el social, puede tener una mayor incidencia en el ámbito académico, quizás, porque en su mayor parte es realizado por adultos jóvenes que tienen una intensa interacción docente y de investigación, lo que genera tensiones respecto a las condiciones laborales y los incentivos para realizar sus funciones. Por esa razón, en las líneas que siguen se explora su incidencia en España, México y Colombia.

⁵⁹⁷ Sin perjuicio del esfuerzo realizado por la Corte con el Acuerdo, en el último criterio jurisprudencial donde aborda el tratamiento del acoso, derivada del Amparo 47/2013, la Corte insiste en determinar que, para el acoso laboral en general, se requiere de una conducta sistemática y no aislada, siendo que en el acoso laboral sexista o de género, como ha destacado la doctrina española, la conducta o comportamientos realizados no requieren ser sistemáticos. Ver la Tesis aislada con el rubro *Acoso laboral (mobbing). Su noción y tipología*, Tesis 1a. CCLII/2014 (10a.), Registro 2006870, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

⁵⁹⁸ La encuesta fue realizada en el año 2008, en el marco del Programa de Cultura Institucional, implementado en 222 dependencias de la Administración Pública Federal. Con motivo de la Encuesta realizada por INMUJERES y la Secretaria de la Función Pública del Gobierno Federal en México, se ha diseñado el Protocolo de intervención para casos de hostigamiento y acoso sexual por el INMUJERES en 2009, consultable en la http://www.inah.gob.mx/images/stories/Transparencia/2011/protocolo_vs_abuso_sexual.pdf

4.1. España

En el contexto normativo español, destaca la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta legislación es importante porque aborda el ámbito de las relaciones laborales como espacio potencialmente violento y configura el concepto de violencia de género⁵⁹⁹. Aunque esta legislación todavía no se ocupa del acoso laboral en forma específica, quizás su gran mérito consiste en el reconocimiento de la violencia de género como una estrategia de dominación y afirmación de poder en los entornos laborales. Desde la aparición de los diferentes informes Cisneros en España, que analizan el problema del acoso laboral a través de instrumentos de opinión, conocidos como barómetros, primero entre trabajadores de la Comunidad de Madrid, luego en la Universidad de Alcalá, así como al interior de la Administración Pública⁶⁰⁰, quedo demostrado que el entorno universitario, por sus características específicas, la forma en que se conforman las estructuras académicas, así como el carácter de estrecha dependencia de las personas que intervienen en la interacción académica, es más susceptible de una mayor incidencia de acoso.

En el Informe específico sobre la Universidad de Alcalá, conocido como Informe Cisneros IV, y que fue desarrollado en el año 2003, se recoge que el 51% del profesorado está sometido al hostigamiento psicológico o moral, que el 60% de los que padecen acoso son mujeres, que los culpables en su mayoría son responsables jerárquicos 42%, seguido de compañeros de trabajo 40%, y que más del 30% de los profesores afectados, padece daños físicos o psíquicos graves⁶⁰¹.

Además de la Universidad de Alcalá, se han realizado estudios estadísticos

⁵⁹⁹ La Ley la define en su artículo 1.3 como aquella que comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad.

⁶⁰⁰ Ver *Libro blanco sobre los riesgos psicosociales en la administración, La incidencia del Mobbing y el Burnout en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) y en la Intervención General de la Administración del Estado*, Resultados del Barómetro Cisneros V, sobre violencia en el entorno laboral de las Administraciones Públicas.

Página

Web:

<http://www.uv.es/igualtat/recursos/actuacio/EI%20informe%20Cisneros.pdf>

Consultada el 20 de octubre de 2014.

⁶⁰¹

Ver

Página

Web:

http://mobbingopinion.bpweb.net/artman/publish/article_371.shtml Consultada el 20 de octubre de 2014.

sobre el acoso universitario en las Universidades de Granada y de Murcia. El estudio realizado por un grupo investigador de la Universidad de Murcia, se orientó a mujeres, a trabajadoras del sector sanitario y educativo. La muestra realizada se compuso por 507 mujeres de entre 23 y 64 años, de las cuales procedentes del sector sanitario fue el 72.2%, y del sector educativo 27.8% de la muestra⁶⁰².

El estudio expone que el 9.5% del total de la muestra en promedio, presenta riesgo de padecer *Mobbing*, en el caso del sector sanitario 9.3%, mientras que en el sector educativo la proporción es mayor con el 9.9%. Por cuanto a las conductas hostiles que perciben, se tiene que el 11.3% se sienten explotadas en su trabajo, 7.3% refiere que se les da trabajo que es inferior a su nivel de competencia, y el 6.7% informa que se les oculta información necesaria para realizar su trabajo.

En el caso de la Universidad de Granada, el análisis se realizó mediante un cuestionario accesible en internet, participaron 325 trabajadores, 75% perteneciente al personal docente y 25% perteneciente al sector servicios, de los cuales 62.7% de la muestra eran hombres, y el 37.3% mujeres⁶⁰³. En este caso, a diferencia del estudio realizado por el grupo investigador de Murcia, la mayor parte de los encuestados son hombres lo que permite contrastar los resultados de ambos estudios.

Algunos de los resultados que arroja la muestra en Granada revelan datos interesantes, por ejemplo, que el 11% de los encuestados se percibe como víctima de acoso laboral, y que el acoso laboral se concentra básicamente en personas entre los 36 y los 55 años en un 76.4% de los casos, lo que implica que el acoso laboral afecta a trabajadores con una experiencia laboral media. Por otro lado, el estudio refiere que las formas más frecuentes de acoso laboral consisten en: ocultar información e infravalorar el trabajo con un 55.3%, seguido de no tener en cuenta la opinión de las personas con un 53.7%, criticar sin fundamento 46%, infravalorar el esfuerzo 45.3%, y la exclusión social 41.7%.

⁶⁰² Ver García Izquierdo, M. *et al.*, “Consecuencias físicas y psicológicas del acoso psicológico en el trabajo (*Mobbing*): Estudio de mujeres del ámbito sanitario y educativo” Universidad de Murcia, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2001-2004, *Revista de Psicología del Trabajo y de las organizaciones*, Vol. 22, número 3, 2006, Madrid, pp. 381-396.

⁶⁰³ Justicia J., F. *et al.*, “El fenómeno del acoso laboral entre los trabajadores de la Universidad”, *Psicología em estudo*, vol. 12, n. 3, diciembre 2007, pp. 457-463.

4.2. México

En México como ya se mencionó, destaca la obra colectiva coordinada por Peña *et al.*⁶⁰⁴, en particular, la segunda parte relativa a los estudios de caso, entre los que destacan, entre otros, el de “*Mobbing* en un programa de Licenciatura en la Ciudad de México⁶⁰⁵”, en el que se describe el proceso de formación de un grupo acosador en una escuela de estudios superiores, y se relata que el *Mobbing* puede derivarse de la estructura de la organización de las instituciones. Una de las conclusiones de este caso es que el funcionamiento de redes de clientelismo asociadas a la corrupción, generan incentivos para la aparición del *Mobbing* como elemento instrumental de hostigamiento hacia quienes no son cómplices de la misma.

El otro caso es el titulado “Un acercamiento al estudio de las condiciones de trabajo académico. ¿*Mobbing* en espacios universitarios?”⁶⁰⁶ En el que las autoras refieren que es en las instituciones de alto nivel, que cuentan con personal altamente calificado, en donde más se presentan las prácticas de acoso, porque el ambiente académico de libertad de investigación y cátedra, genera la libertad para realizar esta práctica.

Ahora bien, en el caso del acoso en los espacios universitarios, Gonzalez De Rivera ha identificado que la tipología del acoso universitario muestra conductas o comportamientos diferenciados del acoso laboral en general⁶⁰⁷. En primer término, está el denominado “acoso universitario estratégico, o acoso institucional” que consiste en una compleja patología cuya finalidad es pervertir los objetivos de una organización educativa y que tiene lugar cuando los acosadores han logrado corromper a toda la institución educativa.

Otra variable es el denominado “acoso universitario de Dirección” que consiste en una forma de gestión que no se realiza en toda la institución educativa, sino que se circunscribe a un Departamento o Facultad liderada por un jefe mediocre que teme la brillantez de sus colegas. Uno de los objetivos de este tipo de acoso sería entorpecer el avance de las personas brillantes para que el grupo se mantenga en un nivel o parámetro de

⁶⁰⁴ Ver Nota 12.

⁶⁰⁵ En la Obra colectiva corresponde al capítulo 11, realizado por Arturo Luis Alonzo Padilla.

⁶⁰⁶ Este trabajo corresponde al capítulo 15 de la misma obra colectiva compilada por Peña Florencia *et al.*, realizado por Elvia Méndez, Guadalupe Delgadillo y Adriana Vargas.

⁶⁰⁷ González De Rivera y Revuelta, J. L., *El maltrato psicológico*, Espasa Prácticos, Madrid, 2005.

mediocridad general, con respecto a la eficacia o eficiencia de la organización.

Al respecto, el acoso universitario de Dirección usualmente afecta sólo a un Departamento o Cátedra, y puede coexistir con otros Departamentos que no presentan este tipo de patología y que están dedicados a la excelencia en Docencia e Investigación. Una variable de este tipo de acoso se presenta cuando las tácticas de acoso y demerito universitario se dirigen a personas que no participan del acoso universitario de Dirección. Su objetivo es anular o derribar a personas que se niegan a participar en actos fraudulentos o bien porque su presencia genera comparaciones que perjudican el liderazgo incompetente o mediocre. Derivado de que implican castigos, apertura de expedientes sancionadores a sus víctimas, que cuestionan el “*status quo*”, se ha denominado a este tipo de acoso, acoso sancionador.

Con una perspectiva diferente, destaca la investigación realizada sobre el acoso psicológico laboral en un entorno universitario, realizado por Aldrete Rodríguez *et al*, quienes realizaron una investigación a docentes mujeres en un Centro Universitario de la Ciudad de Guadalajara, México⁶⁰⁸.

El estudio fue realizado mediante una muestra que incluía solo a docentes de tiempo completo y de medio tiempo con más de un año en su puesto de trabajo, y que realizaran trabajo frente a grupo. La muestra consideró un total de 145 sujetos, de los cuales 56 eran mujeres. El estudio utilizó una adaptación del instrumento de medición elaborado por Leyman, conocido como LIPT- 60, que mide seis tipos diferentes de las estrategias de acoso⁶⁰⁹. Entre los resultados obtenidos destaca que al menos 79.5% de los hombres, y 83.6% de las mujeres, considera haber sufrido al menos una estrategia de acoso.

A pesar de que la investigación considera en términos generales, que no hay una relación significativa entre el género y las diferentes mediciones de *Mobbing*, en nuestra opinión, si existe una relación significativa respecto al género pues debe considerarse que no obstante que el estudio se realizó a una menor cantidad de mujeres, hasta el 83.6% se sintió víctima de una estrategia de acoso.

Un resultado interesante de este análisis es que el nivel de escolaridad de

⁶⁰⁸ Aldrete Rodríguez, M. G., Pando Moreno, M., Aranda Beltrán, C. y Torres López, T. M., “Acoso psicológico en el trabajo: ¿Un problema de género?”, *Enseñanza e investigación en psicología*, vol. 11, n. 1, México, 2006, pp. 53-63.

⁶⁰⁹ Estas estrategias son: 1. Limitar la comunicación, 2. Limitar el contacto social, 3. Desprestigiar a la persona ante los compañeros, 4. Desacreditar su capacidad profesional y laboral, 5. Comprometer su salud, y 6. Entorpecer su progreso laboral.

las docentes se asoció de forma significativa a dos tipos de conductas de acoso a saber: desacreditar la capacidad laboral, y comprometer la salud. Además, los tipos de comportamiento que tuvieron una mayor incidencia fueron: limitar la comunicación, entorpecer el progreso laboral, y desacreditar la capacidad laboral, en ese orden respectivamente.

Más recientemente, Ibarra Uribe *et al.*, realizan una investigación sobre acoso laboral en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en la que se ha realizado una encuesta a una muestra de 360 trabajadores, que incluye trabajadores docentes, administrativos y académicos de confianza⁶¹⁰. El estudio pretende, entre otros objetivos, crear una unidad especializada sobre el tema y diseñar un protocolo de prevención, atención, y control del acoso laboral, que salvaguarde los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores universitarios, erradicando la práctica del acoso laboral.

4.3. Colombia

En Colombia, destaca el estudio realizado por Parra Osorio *et al.*, en el que realizan una revisión sistemática del acoso laboral en los sectores de la educación superior y de la salud. Al respecto, el estudio destaca que, de acuerdo con un estudio del Ministerio de Trabajo, los sectores de la salud y la educación son de los sectores más vulnerables al acoso psicológico laboral, con un porcentaje de 19.7% de incidencia, solo superados por los sectores de transportes y telecomunicaciones⁶¹¹.

Desde otra perspectiva, el estudio utiliza como metodología una muestra de estudios a partir de una búsqueda en bases de datos, lo que implicó el análisis de 50 trabajos de investigación que cumplieran los criterios de inclusión previamente fijados, entre los que se encuentran, haber sido realizados entre 1990 y 2009, ser estudios de tipo cuantitativo, así como haber sido realizados preferentemente en el sector sanitario y educativo.

Algunos de los problemas más comunes descubiertos por el estudio respecto al acoso en personal médico y docente son una alta percepción de violencia, posiciones de poder y dominación, dependencia jerárquica, y

⁶¹⁰ Ibarra Uribe, L. M., Escalante Ferrer, A. E., y Mendizábal Bermúdez, G., “El acoso laboral entre los trabajadores universitarios”, *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y humanísticas*, vol. 4, n. 7, 2015.

⁶¹¹ *Vid* Osorio Parra, L. y Acosta Fernández, M., “La investigación cuantitativa del acoso psicológico laboral en los sectores de la educación superior y de la salud. Una revisión sistemática”, *Revista Entramado*, vol. 6, n. 1, Universidad Libre, Cali Colombia, 2010, pp. 158-172.

acoso entre docentes y jefes académicos. Desde otra perspectiva, el estudio refiere que respecto a los docentes académicos en particular, los entornos universitarios no están preparados para la prevención del *mobbing*, y que no existen estudios que investiguen sus variables en el entorno universitario. Una de las conclusiones a resaltar del estudio es que considera que el contexto de trabajo de la universidad y de la sanidad en la que despliegan su actividad los docentes universitarios, presenta condiciones organizacionales favorables para el desarrollo del acoso psicológico en el trabajo⁶¹².

Otro estudio interesante es el realizado por Moreno Cubillos *et al.*, en el que se analizan actos de discriminación y violencia de género sucedidos en la Facultad de Ciencias para la Salud de la Universidad de Caldas, Colombia⁶¹³. El estudio fue realizado a una muestra de 292 estudiantes, 88 docentes, y 18 administrativos, de los que el 50.8% fueron hombres y 49.2% mujeres.

Respecto de los docentes, los eventos con mayor incidencia fueron: el abuso de autoridad, con un porcentaje de 14.8%, el acoso laboral, 13.6%, y la exclusión, 11,4%. Es importante destacar que para los casos de abuso de autoridad y acoso laboral, las mayores frecuencias se concentraron en acosador del género femenino de nivel directivo. Al respecto, un dato interesante que arroja el estudio es el incremento del acoso hacia los hombres, el acoso laboral fue referido por 15 hombres y 20 mujeres, lo que demuestra que el problema del acoso ha alcanzado a los hombres en una proporción importante. Además, el estudio refiere que las cifras más bajas del acoso laboral se presentan entre trabajadores administrativos, en cambio, hay una mayor incidencia del acoso en el grupo de docentes, pese a tener una mejor vinculación laboral.

5. Conclusiones

La existencia de un ambiente hostil de trabajo genera diferentes tipos de

⁶¹² Esta conclusión coincide con el enfoque de Acosta, en el que relacionó el estilo personal para el manejo de conflictos con el acoso moral, y de que faltan estudios sobre estrategias para el tratamiento del acoso y de elementos de protección para las víctimas en los sistemas organizacionales. *Vid* Acosta, M., Aguilera, M. A. y Pozos, B., "Relación del acoso moral en el trabajo y el estilo interpersonal en el manejo de conflictos", *Ciencia y Trabajo*, año 11, n. 31, 2009.

⁶¹³ Moreno Cubillos, C. L., Sepulveda Gallego, L. E. y Restrepo Rendón, L. F. "Discriminación y violencia de género en la Universidad de Caldas", *Hacia la promoción de la Salud*, vol. 17, n. 1, 2012, pp. 59-76.

conflictos interpersonales y relaciones negativas entre los compañeros de trabajo, que afectan el bienestar y la salud de los trabajadores. El entorno universitario, por sus características específicas, la forma en que se conforman las estructuras académicas, así como el carácter de estrecha dependencia de las personas que intervienen en la interacción académica, es más susceptible de una mayor incidencia de acoso psicológico en el trabajo.

El análisis comparado entre España, México y Colombia, nos permite desmontar algunos de los mitos más comunes del acoso laboral, como es el caso de que la población más vulnerable al acoso en entornos universitarios sea el personal administrativo, así como que el acoso universitario se practique con mayor incidencia en personas con escasa formación profesional. Al respecto, los resultados de la comparativa refieren que la mayor incidencia de acoso es en el personal académico, y que usualmente, el acoso se practica con aquellos docentes que tienen una alta formación académica, o un desempeño sobresaliente.

Desde otra perspectiva, destaca el incremento de la incidencia de acoso del nivel de Dirección hacia el género masculino, que se destaca en uno de los estudios realizado en Colombia, aun cuando no representa todavía la misma incidencia que el acoso de género hacia las mujeres, basado en relaciones en las que existe una marcada relación de dominio expresada en comportamientos que implican abuso de autoridad.

Con base en nuestro análisis, se concluye que es necesario llevar a cabo más estudios que permitan comprender las variables organizacionales que generan el acoso en el ámbito universitario, con el fin de diseñar medidas adecuadas al reto que supone su prevención, tratamiento y, en caso necesario, sanción. Así mismo, es necesario reflexionar sobre el papel que las instituciones de salud y de seguridad social deben realizar para el tratamiento adecuado del acoso en ambientes de trabajo como el universitario, en el que la incidencia del acoso está más relacionado con acciones que tienden a afectar el rendimiento y productividad académica de la víctima, e inciden en una mayor afectación de carácter emocional o psicológica.

6. Bibliografía

- Acosta, M., Aguilera, M. A. y Pozos, B., “Relación del acoso moral en el trabajo y el estilo interpersonal en el manejo de conflictos”, *Ciencia y Trabajo*, año 11, n. 31, 2009.

- Aldrete Rodriguez, M. G., Pando Moreno, M., Aranda Beltran, C., y Torres Lopez, T. M., "Acoso psicológico en el trabajo: ¿Un problema de género?" *Enseñanza e investigación en psicología*, vol. 11, n. 1, México, 2006.
- Carbonell, M., "La perspectiva de género en el análisis constitucional. Comentario a la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación", en Cruz Parceró, J. A. *et al.*, *Debates constitucionales sobre derechos de las mujeres*, México, Scjn Fontamara, 2010.
- Collado Garcia, L. "Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (Mobbing). Diferencias con otras figuras jurídicas", en Agustí Julia, J. (Dir.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- García Izquierdo, M. *et al.*, "Consecuencias físicas y psicológicas del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing): Estudio de mujeres del ámbito sanitario y educativo", Universidad de Murcia, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2001-2004, *Revista de Psicología del Trabajo y de las organizaciones*, vol. 22, n. 3, 2006, Madrid.
- Gonzalez De Rivera y Revuelta, J. L., *El maltrato psicológico*, Espasa Prácticos, Madrid, 2005.
- Hirigoyen, M., *El acoso moral. Maltrato en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Ibarra Uribe, L. M., Escalante Ferrer, A. E. y Mendizabal Bermudez, G., "El acoso laboral entre los trabajadores universitarios", *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y humanísticas*, vol. 4, n. 7, 2015.
- Justicia, J. F. *et al.*, "El fenómeno del acoso laboral entre los trabajadores de la Universidad", *Psicología em estudo*, vol. 12, n. 3, diciembre 2007, Universidade Estadual de Maringá, Brasil.
- Kurczyn Villalobos, P., "El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica en México", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, vol. 1, n. 4, octubre-diciembre de 2013, ADAPT University Press, pp. 1-19.
- Mendizabal, B. G. y García C. Z., "El Acoso laboral y la Seguridad Social México- España", en Mendizabal, B. *et al* (Coords.), *Condiciones de Trabajo y Seguridad Social*, México, UNAM, IJJ, 2012.
- Moreno Cubillos, C. L., Sepulveda Gallego, L. E. y Restrepo Rendon, L. F., "Discriminación y violencia de género en la Universidad de Caldas", *Hacia la promoción de la Salud*, vol. 17, n. 1, 2012.
- Ojeda Avilés, A., "Reflexiones sobre el Mobbing", en Kurczyn Villalobos, P. y Puig H., C. A. (Coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Nestor De Buen Lozano*, México, UNAM, IJJ, 2003.

Osorio Parra, L. y Acosta Fernandez, M., “La investigación cuantitativa del acoso psicológico laboral en los sectores de la educación superior y de la salud. Una revisión sistemática”, *Revista Entramado*, vol. 6, n. 1, Universidad Libre, Cali Colombia, 2010.

Peña, F. *et al.* (Coords.), *Cuando el trabajo nos castiga. Debates sobre el Mobbing en México*, EON SEDISEM-UAM, Azcapotzalco, 2007.

Piñuel Y Zabala, I., *Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, Santander, 2001.

El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española

M^a Belén FERNÁNDEZ COLLADOS*

RESUMEN: Aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, permitió en España el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, la ausencia de una legislación nacional de las parejas de hecho y la regulación en la Ley General de la Seguridad Social de los requisitos para disfrutar de dicha pensión para estos supuestos ha generado grandes dificultades interpretativas, que finalmente han quedado resueltas por la jurisprudencia, de ahí la necesidad de examinar la doctrina judicial a este respecto.

Palabras clave: Parejas de hecho, pensión de viudedad, seguridad social.

SUMARIO: 1. La regulación del acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho: el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social. 1.1. Aplicación con efectos retroactivos. 1.2. El trato desigual entre las parejas de hecho y los matrimonios. 1.3. La diferencia entre las comunidades autónomas con derecho civil propio y las que no lo tienen. 2. La interpretación judicial de los requisitos del artículo 174.3 LGSS para considerar la existencia y constitución de una pareja de hecho. 2.1. La acreditación de la convivencia como pareja de hecho. 2.2. La constitución legal como pareja de hecho. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia, España.

1. La regulación del acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho: el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social

Hasta la publicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, la pensión de viudedad estaba vedada a las parejas de hecho⁶¹⁴ y así lo entendió la mayor parte de la doctrina judicial⁶¹⁵. Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley 40/2007 no ha hecho sino aumentar la conflictividad judicial de la prestación por viudedad por muy diversos motivos: su aplicación con efectos retroactivos; el trato desigual entre las parejas de hecho y los matrimonios; la diferencia entre las comunidades autónomas con Derecho Civil propio y las que no lo tienen; y la interpretación de los requisitos del artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS en adelante) para considerar la existencia y constitución de una pareja de hecho, aspecto que será abordado en el epígrafe 2.

1.1. Aplicación con efectos retroactivos

Aunque la Disposición final sexta de la Ley 40/2007 prevé con carácter general que la Ley entrará en vigor el día 1 del mes siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 1 de enero de 2008, conforme a la Disposición adicional tercera: “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando,

⁶¹⁴ El Tribunal Constitucional entiende que “el matrimonio y la convivencia en una relación extramatrimonial no son situaciones equivalentes y que por ello es constitucionalmente legítimo que el legislador, en uso de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de hecho tornada como punto de partida” (Autos 156/1987, de 11 de febrero y 788/1987, de 24 de junio). *Vid.* STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).

⁶¹⁵ A este respecto, Martínez Abascal, V. A., “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, n. 17/2010, recuerda la posición de la doctrina judicial sobre la convivencia *more uxorio* incluso de parejas como la homosexual [STS] de Castilla y León de 20 de enero de 1998 (AS 1998, 371) y STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3732), entre otras], o parejas casadas por el rito gitano [STS] de Madrid de 7 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3376)]. Igualmente, pone de relieve que también han existido pronunciamientos más flexibles que han obedecido a unas circunstancias muy concretas y que en ningún caso representan una línea jurisprudencial generalizada [STCT de 31 de mayo de 1988 (AS 1988, 4172) y STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1997 (AS 1997, 1626)].

habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
- c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
- d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
- e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición”.

En Seguridad Social, una materia acechada por los recortes y la sombra de la siempre cuestionada futura sostenibilidad, generalmente suele aplicarse la doctrina de la conservación de los derechos adquiridos. Aquí el supuesto es el contrario, una ampliación del derecho que permite efectos retroactivos⁶¹⁶ con un límite temporal para su petición, y que podrá volverse a solicitar si en su día fue denegado, incluso aunque lo fuera por vía judicial.

Con ello se han tratado de corregir algunos casos de desprotección originados por la normativa anterior⁶¹⁷, algo que en principio habría de valorarse muy positivamente, pero que en la práctica ha supuesto la diferenciación entre las parejas de hecho anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ya que los requisitos no son los

⁶¹⁶ En puridad la doctrina científica habla de “pensión de viudedad en supuestos especiales”, así lo hace Alarcón Castellano, M. M. y Roldán Martínez, A., “Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 319/2009, p. 116, o “pensión especial”, como Moreno Gené, J., “La pensión especial de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable”, *Aranzadi Social*, n. 60/2010.

⁶¹⁷ Molins García-Atance, J., “La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, n. 6/2008, p. 122.

mismos⁶¹⁸, la nulidad de uno de los requisitos por inconstitucional, y una complicada aplicación dada la dificultad interpretativa del propio artículo 174.3 LGSS.

La STC (Pleno) de 14 de febrero de 2013 (RTC 2013, 41) ha declarado inconstitucional y nula la exigencia de haber tenido hijos comunes para tener derecho a pensión de viudedad en caso de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ya que al tratarse de un requisito de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo, comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española (CE).

Por otro lado, la controvertida y estricta interpretación, por parte del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), de los requisitos dispuestos en el artículo 174.3 LGSS, para la consideración de la existencia y constitución de una pareja de hecho, –a los que se aludirán en el epígrafe 2–, ha determinado una necesaria interpretación judicial de muchos de los casos en los que se ha solicitado la pensión de viudedad de parejas de hecho acogiéndose a la Disposición adicional tercera.

El TS ha realizado una interpretación algo más flexible en estos supuestos, admitiendo la acreditación de la convivencia no inscrita en el registro oficial correspondiente de una pareja de hecho en la que el causante falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, al estimar que no se pueden exigir unos requisitos formales que no se podían conocer con anterioridad a la publicación de la Ley [STS de 28 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7302)]. Es más, esa misma línea interpretativa más flexible⁶¹⁹, ha sido empleada cuando pese a que el causante falleció al año de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, se procedió a la inscripción en el

⁶¹⁸ Sobre este aspecto se muestra muy crítico Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte y supervivencia”, en Cavas Martínez, F., (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Laborum, 2007, p. 190.

⁶¹⁹ A este respecto resulta de interés el Auto del TS (Sala de lo Social) de 30 abril de 2015 (JUR 2015, 165440), con el que se declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ de Madrid de 22 de julio de 2014, en la que se deniega la pensión de viudedad porque a pesar de acreditarse una convivencia *more uxorio* de más de cinco años, la inscripción en el registro se produjo sólo 8 meses antes de que muriera uno de los integrantes de la pareja y la LGSS exige 2 años. Sin embargo, en la sentencia de contraste (STSJ de las Islas Baleares de 9 de septiembre de 2010), aunque nunca se procedió a la inscripción en el registro, ocurre “una circunstancia determinante para el reconocimiento de la pensión, cual es que el fallecimiento se produce cuando apenas habían transcurrido tres meses desde la entrada en vigor de la norma, por lo que para el demandante y su pareja el requisito de la inscripción o documentación pública de la pareja de hecho con dos años de antelación devenía imposible”.

correspondiente registro de parejas de hecho tras la entrada en vigor de la Ley, lo que significa que aunque la pareja no esté registrada 2 años, tal y como prescribe el artículo 174.3 LGSS, el Alto Tribunal ha entendido que se procedió a la inscripción con la diligencia adecuada STS de 28 de noviembre de 2011 (RJ 2011, 95).

1.2. El trato desigual entre las parejas de hecho y los matrimonios

El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad no ha supuesto en modo alguno la equiparación total entre el matrimonio y la convivencia extramatrimonial. Sigue quedando patente una cierta desconfianza del legislador hacia estas uniones y su posible creación fraudulenta a los efectos de beneficiarse de la pensión⁶²⁰.

La doctrina del Tribunal Constitucional continua manteniendo que el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, regulación que encuentra sus límites en la propia esencia de la unión de hecho⁶²¹. Ello se sustenta en que los ciudadanos tienen absoluta libertad para elegir voluntariamente una u otra forma de convivencia, las cuales, no generan las mismas obligaciones y, por tanto, tampoco pueden originar idénticos derechos⁶²², y en que el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal⁶²³.

Así pues, el apartado 3 del artículo 174 LGSS, a los requisitos de alta y cotización contemplados para las uniones matrimoniales, añade para las parejas de hecho el requisito de la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido.

Conforme a dicho precepto “Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a

⁶²⁰ Maneiro Velázquez, Y., “La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, n. 5/2013, pp. 3 y 4.

⁶²¹ STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

⁶²² SSTSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2013 (PROV 2013, 196212) y de 19 de septiembre de 2012 (PROV 2012, 384215).

⁶²³ Blázquez Agudo, E. M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 168/2014.

la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones”.

En consecuencia, pese a que en principio, la pensión de viudedad no se ajusta a la finalidad de protección de los estados de necesidad⁶²⁴, sino que busca compensar el estado de necesidad del cónyuge⁶²⁵, esta lógica se rompe con la pensión reconocida a las parejas de hecho a las que sí se les exige la prueba fehaciente de la carencia de rentas para acceder a la prestación⁶²⁶. Situación que algún sector doctrinal considera discriminatoria⁶²⁷, y que otros califican como un tímido adelanto del modelo futuro que viene siendo demandado desde distintos sectores y que podría afectar en el futuro a todas las pensiones de viudedad⁶²⁸.

⁶²⁴ SSTC 77/1991, de 11 de abril (RTC 1991, 77) y 29/1992, de 9 de marzo (RTC 1992, 29).

⁶²⁵ STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).

⁶²⁶ Blázquez Agudo, E. M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 168/2014.

⁶²⁷ Cfr. Martínez Abascal, V. A., *óp.*, *cit.*

⁶²⁸ Ballester Pastor, I., “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social*, n. 209/2008, . 70.

1.3. La diferencia entre las comunidades autónomas con Derecho Civil propio y las que no lo tienen

El último párrafo del apartado 3 del artículo 174 LGSS señala que “En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. Lo que en la práctica ha significado que el legislador hace depender el reconocimiento o no de la pensión de viudedad de las parejas de hecho “de una circunstancia personal extraña al rol específico asignado por el legislador a la prestación de viudedad concedida a los miembros supervivientes de parejas de hecho, como es la vecindad civil, que es la que va a determinar qué pareja de hecho es objeto de protección y cómo ha de demostrar su existencia” [STS] del País Vasco de 14 de abril de 2009 (AS 2009, 2094)]⁶²⁹, creando el propio legislador de forma gratuita un problema competencial⁶³⁰.

Las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio son Aragón, Baleares, Cataluña, Valencia, Galicia, Navarra y País Vasco.

Mientras que en las Comunidades Autónomas sin Derecho Civil propio la consideración de pareja de hecho y su acreditación, al no haber una normativa nacional al respecto, ha quedado fijada por la doctrina judicial, en las que sí tienen Derecho Civil propio es preciso acudir a su normativa foral. Así, reconocen el carácter constitutivo o preceptivo de la inscripción como pareja de hecho en los registros creados al efecto: Aragón⁶³¹, Baleares⁶³², Valencia⁶³³, Galicia⁶³⁴ y País Vasco⁶³⁵, y sin embargo, en Cataluña⁶³⁶ y Navarra⁶³⁷ con la simple convivencia las parejas de hecho

⁶²⁹ Villar Cañada, I. M., “El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. El requisito de inscripción registral previa”, *Aranzadi Social*, n. 33/2010.

⁶³⁰ Martínez Abascal, AA.VV., *óp. cit.*,

⁶³¹ Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas de hecho estables no casadas.

⁶³² Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

⁶³³ Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

⁶³⁴ Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, modificada por Ley 10/2007 de 28 de junio.

⁶³⁵ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Conforme a esta Ley se puede acreditar la convivencia de hecho a través de cualquier medio probatorio admitido en Derecho, lo que incluye documentos privados, contradiciendo el tenor literal de la LGSS.

⁶³⁶ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, hoy sustituida por el Libro II del Código de Derecho Civil de Cataluña.

⁶³⁷ Ley Foral 6/2000, de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

tienen derecho a la pensión de viudedad⁶³⁸.

No obstante, este problema ha quedado zanjado con la STC (Pleno) de 11 de marzo de 2014 (RTC 2014, 40), que ha declarado inconstitucional y nulo este apartado, en el entendimiento de que el mismo genera una desigualdad entre las comunidades con Derecho Civil propio y las que carecen de él. Además, el TC ha declarado que tampoco sería una alternativa entender que la remisión a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho Civil propio, pues “de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social”.

Como corolario, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), la propia sentencia señala que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto no afectará ni a la “cosa juzgada” ni a situaciones administrativas firmes, sino que sólo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procedimientos judiciales en los que no hubiera recaído sentencia firme.

2. La interpretación judicial de los requisitos del artículo 174.3 LGSS para considerar la existencia y constitución de una pareja de hecho

Conforme al artículo 174.3 LGSS “se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho

⁶³⁸ Situación que Tortuero Plaza, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., “La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de seguridad social ¿una realidad cambiante?. La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios”, en Moreno Vida, M^a. N., Moreno Pérez, J. L. y Díaz Aznarte, M^a. T., *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013, califican literalmente de “absurda”.

se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

Tanto la doctrina constitucional⁶³⁹ como la proveniente del TS⁶⁴⁰ coinciden en que el artículo 174.3 LGSS establece la exigencia de dos requisitos simultáneos para que el miembro superviviente de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad: 1) la convivencia estable e ininterrumpida durante un periodo de cinco años; y 2) la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

Tal y como ha declarado la jurisprudencia en diferentes ocasiones⁶⁴¹, “la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal – *ad solemnitatem* – de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio)”.

De ahí que “la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito

⁶³⁹ STC 45/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 45).

⁶⁴⁰ SSTS (Sala de lo Social) de 29 de abril de 2015 (JUR 2015, 158794) y (JUR 2015, 158792), siguiendo la doctrina ya expresada en las SSTS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 7278), 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4499), 15 de junio de 2011 (RJ 2011, 5939), 29 de junio de 2011 (RJ 2011, 7302), 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1466), 26 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 159), 28 de febrero de 2012 -rcud. 1768/2011-, 24 de mayo de 2012 (RJ 2013, 2377), 30 de mayo de 2012 -rcud. 2862/2011-, 11 de junio de 2012 -rcud. 4259/2011-, 27 de junio de 2012 -rcud. 3742/2011-, 18 de julio de 2012 -rcud. 3971/2011-, 16 de julio de 2013 (RJ 2013, 6583), y de 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 537), entre otras.

⁶⁴¹ *Idem*.

convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho – pensión – únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho»⁶⁴².

2.1. La acreditación de la convivencia como pareja de hecho

Aunque el tenor literal del precepto de la LGSS alude a la acreditación de la convivencia estable y notoria mediante el certificado de empadronamiento, el TS ha entendido que el empadronamiento no es constitutivo, ni es el único medio de prueba de la convivencia de la pareja de hecho⁶⁴³. Y es que el certificado de empadronamiento no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad.

Los 5 años de convivencia se pueden acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho⁶⁴⁴, como la prueba documental⁶⁴⁵ y testifical⁶⁴⁶.

2.2. La constitución legal como pareja de hecho

Tanto la doctrina constitucional⁶⁴⁷ como la del TS⁶⁴⁸ han venido reiterando el carácter formal “*ad solemnitatem*” de la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho, que conforme al artículo 174.3 LGSS podrá realizarse bien mediante “inscripción en registro específico” de parejas de hecho, bien mediante “documento público en el que conste la constitución” de la pareja, lo que en palabras del TS “refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas”⁶⁴⁹. A este respecto, el propio TC ha señalado que “no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración

⁶⁴² SSTC 40/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 40) y 60/2014, de 3 de junio (RTC 2014, 60).

⁶⁴³ STS de 20 septiembre de 2010 (RJ 2010, 7436).

⁶⁴⁴ SSTS de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 3613) y de 25 de mayo 2010 (RJ 2010, 3010).

⁶⁴⁵ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 enero (AS 2011, 822).

⁶⁴⁶ STSJ Cataluña de 21 de octubre de 2011 (RJ 2011, 1685).

⁶⁴⁷ SSTC 40/2014, de 11 de marzo (RTC 2014, 40) y 44/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 44).

⁶⁴⁸ STS (Sala de lo Social) de 29 de abril de 2015 (JUR 2015, 158794).

⁶⁴⁹ STS (Sala de lo Social) de 28 abril 2015 (JUR 2015, 146809).

de pareja de hecho y otras sí”⁶⁵⁰.

La doctrina judicial también ha tenido que pronunciarse acerca de qué ha de entenderse por “documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”. En este sentido, el TS ha considerado que el testamento nombrado heredera a la persona con la que se convivió no es un documento público en el que conste la constitución como pareja de hecho⁶⁵¹, pues se trata de “la simple manifestación unilateral de los convivientes ante notario, aceptando la realidad de esa convivencia marital en sus respectivas escrituras de disposición testamentaria”, ni siquiera las disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30% de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente⁶⁵². Y es que “una cosa es la expresión de la manifestación de voluntad constitutiva de la pareja de hecho, y otra muy distinta que, a ciertos efectos en el ámbito jurídico civil o mercantil, se quiera hacer valer una cierta vinculación, que para el caso tiene un alcance meramente circunstancial y de oportunidad, limitado al negocio de que se trate”⁶⁵³.

Tampoco el libro de familia es un “documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”, ya que se entrega también a los progenitores de hijos matrimoniales y adoptivos y únicamente acredita la filiación⁶⁵⁴. Ni el tener en común una cuenta corriente, una póliza de decesos, más escritura pública de recíproco y amplio apoderamiento ante notario. Ni el documento como beneficiario de la asistencia sanitaria del causante⁶⁵⁵. Ni siquiera un acta de notoriedad⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ STC 51/2014, de 7 de abril (RTC 2014, 51).

⁶⁵¹ STS de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1082).

⁶⁵² STS de 9 octubre de 2012 (RJ 2012, 10314).

⁶⁵³ STS de 28 abril 2015 (JUR 2015, 158906) citando las SSTS de 22 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 1886) y de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10314).

⁶⁵⁴ SSTS de 3 mayo de 2011 (RJ 2011, 4507) y de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 2149).

⁶⁵⁵ STS de 12 de julio de 2011 (RJ 2011, 6398). La STS de 28 abril 2015 (JUR 2015, 158906), fundamenta esta decisión en el hecho de que la actora aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio.

⁶⁵⁶ STS de 9 de febrero de 2015 (RJ 2015, 905). En el mismo sentido la STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 16 abril (JUR 2015, 125781) señala que la aportación del acta de notoriedad no cumple con los requisitos de acreditación exigidos por la ley y por la jurisprudencia porque dicha acta de notoriedad no puede ser por sí misma de ninguna manera constitutiva de la relación de pareja de hecho o estable. “A este respecto, conviene recordar que las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica”. Las actas de notoriedad constatan un hecho o situación que son

3. Conclusiones

El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho no ha supuesto una total equiparación entre la convivencia matrimonial y la convivencia *more uxorio*, diferencia que la doctrina constitucional entiende que no atenta contra los principios constitucionales.

La entrada en vigor de la regulación de la pensión de viudedad de las parejas de hecho ha generado una gran conflictividad judicial, que en la actualidad ha quedado resuelta por una consolidada doctrina judicial.

La ausencia de una normativa estatal reguladora de las parejas de hecho ha originado la necesidad de que sea la propia LGSS la que determine qué ha de entenderse por pareja de hecho a los meros efectos del acceso a la pensión de viudedad y así lo ha secundado la doctrina judicial. De manera tal, que pese a la existencia en determinadas Comunidades Autónomas de una legislación específica sobre parejas de hecho, a los efectos del acceso a la pensión de viudedad, únicamente son consideradas como tales las que se constituyan, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Siempre y cuando hayan sido formalizadas mediante inscripción en un registro específico de los existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja.

Ello significa que, por ejemplo, una pareja de hecho que reside en Cataluña, por el mero hecho de haber convivido un periodo ininterrumpido de dos años es considerada como “pareja estable” con arreglo al artículo 234.1 libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y aunque cumple con los requisitos del Código Civil de Cataluña para ser considerada como una pareja de hecho o “pareja estable” – según la terminología catalana –, cuando fallezca uno

tenidos por notorios, “acreditan un hecho, pero no un negocio jurídico o declaración de voluntad, y es por eso que son actas y no escrituras públicas. Por dicha razón, en ningún caso pueden ser constitutivas del hecho o situación que acreditan, porque siempre han de referirse a una realidad preexistente, y lo que se determina por la ley es que la pareja de hecho se constituya, bien por la inscripción en registro adecuado, o bien en la escritura pública que contenga la declaración de voluntad”.

de los miembros de la pareja, no podrá tener acceso a la pensión de viudedad, aunque reúna el requisito de la dependencia económica por no reunir el requisito formal del artículo 174.3 LGSS. Igualmente, una pareja de hecho madrileña, puede formalizarse de acuerdo con la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, aunque uno de los miembros mantenga un vínculo matrimonial anterior, siempre que exista una sentencia de separación judicial, pero al hallarse impedido para contraer matrimonio, no podrá beneficiarse de la pensión de viudedad. Es decir, con el artículo 174.3 LGSS se consigue un criterio unificador de qué ha de entenderse por pareja de hecho para ser beneficiario de la pensión de viudedad, pero cualquier ciudadano que se informe en su Comunidad Autónoma de los requisitos para formalizar su relación de convivencia *more uxorio*, con el objeto de beneficiarse de los derechos que le son atribuibles a las parejas de hecho, puede creer erróneamente que tendrá derecho a la pensión de viudedad, desconociendo que la legislación autonómica no siempre es coincidente con la de Seguridad Social.

4. Bibliografía

- Alarcón Castellano, M. M. y Roldán Martínez, A., “Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 319/2009.
- Ballester Pastor, I., “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social*, n. 209/2008.
- Blázquez Agudo, E. M. y Presa García-López, R., “Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 168/2014.
- Maneiro Velázquez, Y., “La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, n. 5/2013.
- Martínez Abascal, V. A., “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, n. 17/2010.
- Molins García-Atance, J., “La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, n. 6/2008.

- Moreno Gené, J., “La «pensión especial» de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable”, *Aranzadi Social*, n. 60/2010.
- Palomino Saurina, P., “Modificación de los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014”, *Revista de Información Laboral*, n. 4/2014.
- Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte y supervivencia”, en Cavas Martínez, F. (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Laborum, 2007.
- Sempere Navarro, A. V. y Hierro Hierro, F. J. (Dir. y Coord.), en AA.VV., *Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014.
- Tortuero Plaza, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., “La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de seguridad social ¿una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios”, en Moreno Vida, M^a. N., Moreno Pérez, J. L. y Díaz Aznarte, M^a. T., *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013.
- Villar Cañada, I. M., “El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. El requisito de inscripción registral previa”, *Aranzadi Social*, n. 33/2010.

La informalidad del Teletrabajo en México

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS*

RESUMEN: Los avances, la sistematización de la vida cotidiana, así como las comunicaciones innovadoras, intercalados con los sistemas de información de hoy día que son determinados por el desarrollo tecnológico mundial, han influido sobre todo en diversos ámbitos de la sociedad en general, y como consecuencia de ello en las relaciones de trabajo en particular, sean estas las tradicionales, atípicas, informales o formales. Se han generado nuevas formas de relaciones laborales con una determinada característica que impacta en la organización y desarrollo del trabajo mismo, que trae como consecuencia romper con las formas tradicionales y hasta comunes para contratar trabajadores con alguna característica en particular, y por consiguiente quedan fuera de los ordenamientos jurídicos típicos y tradicionales que protegen los derechos de los trabajadores, y que dan certeza jurídica a la relación laboral. En la actualidad existen diversas modalidades de prestar un trabajo subordinado, lo que significa miles y hasta millones de personas empleadas fuera del ámbito del derecho del trabajo, y que se conocen como sector o actividad informal. Este sector agrupa diversas modalidades en relación a ciertas actividades que tienen un denominador común, que es estar generalmente al margen de las normas protectoras de lo laboral y de la Seguridad Social.

Palabras clave: Informalidad, empleo, descentralización.

SUMARIO: 1. Panorama global. 2. Escenario del trabajo informal. 3. La globalización de la informalidad laboral y su vulnerabilidad. 4. La nueva modalidad de teletrabajo con matiz informal. 5. La regulación jurídica del teletrabajo en la Ley Federal del Trabajo. 6. Conclusión final. 7. Bibliografía.

* Licenciado en Derecho (Universidad Veracruzana), Licenciado en Administración de Empresas, Maestro en Administración, Doctor en Derecho (grado obtenido con mención honorífica), Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt; Académico de Tiempo Completo de la Facultad de Contaduría y Administración Campus I de la Universidad Autónoma de Chiapas; México.

1. Panorama global

El sector informal se relaciona con el cumplimiento o la omisión de las disposiciones y regulaciones establecidas. La reasignación de la mano de obra al sector de servicios, aunada al creciente uso de tecnologías de información, que requiere de mano de obra altamente capacitada (que no siempre o casi nunca perciben salarios adecuados); y las innovaciones tecnológicas de hoy con mayor diversificación, sobre todo la informática, procuran incrementar la variable valor-conocimiento en los productos y en la sociedad consumidora, lo que conlleva que la empresa, patrón o centro de trabajo se conviertan en una unidad económica de la modernidad y el desarrollo. Las nuevas tendencias surgen principalmente en los campos vinculados a la tecnología o a la informática, en los que se generan formas de trabajo no presencial, sin ubicación local, que constituyen una prolongación o diversificación de ciertas funciones empresariales hacia los trabajadores que incluso llegan a trascender países. De esta manera se consigue que la desregulación y flexibilización de las normas laborales cumplan con la globalización económica y social dominante e imperante a la que el Estado se adscribe, y lo replica ordinariamente en el ámbito del trabajo, olvidando sin duda el objetivo primordial de trabajo decente o digno. Esta modalidad rompe con el sistema clásico de relaciones laborales y da lugar a cambios trascendentales. Estos cambios han dado paso a una descentralización del trabajo basada fundamentalmente en el ahorro de tiempo y recursos, que lleva implícitas transformaciones técnicas, económicas y sociales.

Entre las tendencias por las cuales el capital global se está disociando tanto de la inversión productiva como de las situaciones sociales y políticas dentro de las fronteras nacionales, se halla en gran medida la liberalización que existe entre economía y política como elementos de la globalidad mundial contemporánea, que contribuyen a una dinámica de “el vencedor o el más grande se lleva todo”. A su vez, esto anima a los gobiernos a depender cada vez más de aquellos individuos o grupos con la mayor capacidad de competencia⁶⁵⁷ en cada país.

Se crea una nueva segmentación social con una política pública de aparente eficacia: lo financiero frente a los productores, quedando el trabajo productivo inmerso en ello con diversas variables que vale la pena plantear de la siguiente manera:

1. Más igualdad y menor tasa de crecimiento, o menor igualdad y una tasa

⁶⁵⁷ Díez de Sollano, A. S., “Tendencias mundiales”, en AA.VV., *México pensar y decidir*, Editorial Noriega, 2010, México D.F., p. 142.

de crecimiento más elevada. 2. ¿Debemos cuidar más el bienestar de las generaciones actuales o el de las generaciones futuras? 3. ¿Qué queremos: tener una organización económico-institucional que privilegie un modelo de vida consumista o uno que se oriente a la calidad de vida?⁶⁵⁸

Los problemas diversos en general no se resuelven con la técnica ni con la innovación, porque los conflictos entre la diversidad de fines se deben resolver a nivel de valores, y ello corresponde a la política. Dejar que cada cual haga lo que quiera no es ya hoy en día el mejor método para conseguir el bienestar individual y colectivo, porque el problema económico y sobre todo político actual “no es ya una relación entre el hombre y las cosas, sino una relación entre el hombre y el hombre”. La globalización actual supone una inserción global sin excluir países o regiones determinadas, sin que se tenga que abandonar a los pobres, teniendo presentes las realidades históricas y culturales, que se dirija a resolver los problemas de la mayoría de la humanidad, y que incorpore positivamente a los países en desarrollo; si no, ésta resulta una globalización contradictoria, oligopólica o excluyente.⁶⁵⁹

Lo anterior sin dejar de tener en cuenta la idea de que la subordinación del trabajo está ligada directamente a lo productivo, aspecto que permea entre los procesos financieros y del trabajo frente al capital. Pero aún más, el cambio tecnológico va continuamente disminuyendo la importancia del trabajo, al punto que los países compiten menos a través de los bajos salarios que de los bajos impuestos. Así, en general las ganancias se dirigen a las zonas de bajos impuestos, contribuyendo a la recesión y al desempleo, al trabajo precario y socialmente insatisfactorio. Además, la nueva producción global disminuye la importancia del trabajo manual, lo cual significa que el mundo laboral se está haciendo más abstracto, más inmaterial. Ahora el valor se basa en la capacidad de acceso, hoy lo esencial no es dominar un territorio sino tener acceso a una red, a determinada conectividad, los hombres son de nuevo móviles, el proceso de sedentarización de los pasados siglos ha terminado. Los valores y la importancia de los distintos factores de la producción han variado demasiado. La distinción neta entre patrón-empleado en el fondo se mantiene en una total apariencia, pero las formas externas pueden borrarse.⁶⁶⁰

Lo derivado de manera inercial es que existe una exclusión social de nuevas clases sociales de índole mundial a mencionar:

⁶⁵⁸ Unrisd, *Globalización y ciudadanía. Informe de 2008*, p. 178.

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁶⁰ De María y Campos, M., “La amenaza global de un consumo desigual”, *El financiero* 2009, p. 34.

1. La hiperclase, con todos los medios de conocimiento e información y la capacidad de manipulación.
2. Los nómadas de la miseria, millones de personas en la pobreza, obligadas a luchar para sobrevivir.
3. El resto lo constituye una gigantesca clase media que vivirá en la esperanza de alcanzar a la hiperclase.⁶⁶¹

Por ello el valor propio del trabajo resulta secundario, se reduce su importancia central, se traduce sólo como la generación de empleo que se deriva del crecimiento económico, pero resulta más básico aún encontrar caminos para construir verdaderos procesos de “globalización con equidad”, que debieran garantizar un amplio respeto por el mínimo básico de normas de protección del trabajador. Todos los seres humanos son los protagonistas reales del desarrollo, por lo tanto los intereses de los trabajadores constituyen un interés social supremo y básico, como parte de un bien común del cual todos somos responsables.

Por lo tanto, cuando se hable de nuevas formas de contratación laboral, flexibilidad o competitividad, intereses comunes o nacionales, el mercado o las reformas estructurales, cambio o transformación, debemos de tomar en cuenta o dejar para el olvido que todos esos instrumentos son para beneficio de los trabajadores y sólo para ellos. Por ello no podemos permitir que “Mercado, Moneda y Globalidad” sustituyan a “Justicia, Igualdad y Fraternidad”.⁶⁶²

En el mundo se registran múltiples corroboraciones empíricas de que el mercado por sí solo no resuelve las diferencias en competitividad de empresas o individuos, sino que las acentúa. Lo expresan fenómenos que van desde las megafusiones entre corporaciones gigantes, pasando por la desaparición de miles de empresas, hasta el avance de la desigualdad entre países, regiones y grupos sociales.⁶⁶³

El escenario propio de la globalización se ha visto marcado por una apuesta radical en provecho de la competitividad, saldada en todas partes por un endurecimiento en las condiciones del trabajo asalariado. Las secuelas principales han asumido las formas de salarios más reducidos, jornadas laborales más prolongadas, derechos sociales en retroceso y precariedad generalizada.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Gorostiaga, X., “La nueva realidad”, Universidad Centroamericana, www.uca.sa, consultado el 18 de junio de 2014.

⁶⁶² Juan Pablo II, *Discurso a la Unesco*, p 137.

⁶⁶³ Knochenhauer Muller, G., “Eficiencia, y equidad, un binomio necesario”, *Colección reflexión y análisis*, Tomo I, México D.F., 2010, Editorial Noriega, p. 549.

⁶⁶⁴ García Canclini, N., *La globalización imaginada*, editorial Paídos, Buenos Aires, 1999, p. 67.

Desafortunadamente, el avance de la pobreza en México ha sido confrontado sólo por su dimensión del poder adquisitivo disminuido, mediante la doble apuesta de que primero la enorme expansión económica provocaría pleno empleo, y segundo que la asignación del gasto público en una proporción creciente a los rubros sociales y su reorientación para lograr mayor focalización y eficacia, harían posible una mayor equidad. Por ello cabe preguntarse con una clara disyuntiva ¿hay posibilidades reales de frenar el empobrecimiento y de resolver la miseria social, para con ello vincular políticas de gestión que impulsen el fomento productivo, selectivas por ramas y sectores que den prioridad entre sus objetivos a la generación de empleo? La respuesta es conocida: por el avance del empleo informal se acrecienta el problema de la concentración de la riqueza y de los ingresos y, por ende, el propio de la desigualdad, la marginación y la pobreza⁶⁶⁵.

No resulta necesario argumentar sobre la relación directa que existe entre calidad y cantidad del empleo disponible, así como el bienestar y calidad de vida de la sociedad. La situación laboral ha sufrido una alteración negativa a partir de la crisis de los años ochenta y del ajuste estructural que la ha seguido. Desde entonces se elevaron las tasas de desempleo abierto, se desplomaron los salarios reales, y aumentó brutalmente la informalidad (más del 60% del empleo es informal en nuestro país y con esto la precarización del trabajo está en su auge más destacado). Por ello la situación laboral en los últimos dos años se ha agravado, ya que de los empleos requeridos como mínimo para ser creados aún con la nueva reforma a la Ley Federal del Trabajo del año 2012, no se crearon los suficientes empleos formales. El poder adquisitivo del salario hoy día en el debate nacional partidizado políticamente sólo demuestra la enorme pérdida de poder adquisitivo suficiente para quien lo gana como tal, y obtuvo carta de naturalización fácticamente la tan recurrente flexibilización laboral, despido fácil y estabilidad laboral aún a pesar de la incipiente e insuficiente reforma laboral, que agrava y aumenta el problema que se transformó en su conjunto, sin duda alguna visto en la realidad nacional el aumento del trabajo informal, precario y sin futuro seguro.

Como medida de valor alguno, muchos son los elementos que ocurren en el mercado laboral actual en lo que se refiere a la creación de puestos de trabajo, lo cual no debe restarle importancia a la propia responsabilidad que asumen los empresarios en la creación y conservación de empleos. La lógica sería optar por la capacitación en vez del despido como vía para

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 553.

elevar la productividad o la reducción de los costos. Otra forma debe ser la de dejar de condicionar la creación de empleos a la flexibilización de las condiciones de contratación y despido de los trabajadores, vigente desde finales del año 2012, que generaliza la práctica legalizada que reduce los salarios reales, disminuye el tamaño del mercado nacional que además encaminan a muchos a la miseria laboral, a la inseguridad y sin duda a la violencia misma. Ante el problema de la creciente informalidad del empleo y el trabajo precario, sin duda son necesarias políticas macroeconómicas sanas, pero son insuficientes para resolverlo. El mercado feroz no solo requiere el complemento de políticas sectoriales, de desarrollo regional o local, sino que requiere y le urge el fomento de la formalidad con garantía social por lo menos. La intervención del Estado en la aplicación de tendencias en la modalidad que le convenga se aprecia indispensable, entre otras razones por lo que ya existe y se aplica con reconocimiento internacional. Por ello los mercados no son siquiera competitivos, lo que incluye sin duda la parte del trabajo en su conjunto, son imperfectos, y en países como México muchos escenarios y entornos carecen de instituciones y de organización mínima.

2. Escenario del trabajo informal

Desde hace algunos meses se habla reiteradamente de que en el país el 60% de los trabajadores son informales. En el pasado reciente se había acuñado otra definición de informalidad que correspondía a las personas que trabajaban en el sector definido como informal. Éste está compuesto por unidades económicas que cumplen tres condiciones: son micronegocios; no están proscritos por la ley; y el negocio no tiene un patrimonio distinguible del de la persona o familia que lo opera, por eso se califica como una división del sector de hogares. Además, usualmente no cumple con pagos de impuestos, seguridad social y demás obligaciones. Así, la economía informal se ha relacionado con el crecimiento real de la economía mexicana: a mayor tasa de crecimiento económico menor desempleo y, por tanto, menor proporción de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada en el sector informal. Según lo determina el Banco Interamericano de Desarrollo, una empresa informal tiene una serie de desventajas, entre las cuales destacan: el menor acceso al crédito y la menor integración en la cadena productiva. Asimismo, se observa también una insuficiencia del desarrollo tecnológico, bajos niveles de productividad y escasa o nula capacidad gerencial que pueda mantener o sostener relaciones de trabajo con el pago de, por lo menos, los

mínimos legales obligatorios.

Lo que ha sucedido en nuestro país es que las reformas han recurrido al esquema de reducir el empleo, el salario y la protección social de sus trabajadores. Mediante la flexibilización de la legislación se ha logrado reducir el costo laboral. Lo que no ha cambiado es el entorno del trabajo; aún reduciendo ese costo, tenemos problemas. Si nuestra economía se encuentra estable en el discurso, pero estancada en cifras y resultados ¿por qué existe entre la población una sensación de malestar económico de no contar con ingresos suficientes? o en el peor de los casos, ¿hacia dónde se está dirigiendo el bienestar que le corresponde a la población por el concepto de escaso crecimiento económico por mínimo que parezca o resulte?⁶⁶⁶.

La utilización de moderna tecnología es necesaria, tanto en la organización del trabajo como en el soporte técnico. De acuerdo con el actual contexto de la economía, las empresas sólo se han preocupado por el primer aspecto para lograr el ansiado crecimiento económico, dejando de lado el soporte técnico que resulta también trascendental:

“Es necesario implantar en América Latina una cultura de productividad entre los empresarios y también entre los trabajadores. Además de invertirse en recursos humanos, debe mejorar la organización del trabajo dentro de las empresas”⁶⁶⁷.

La intervención del hombre es indispensable, puesto que no sólo se trata de un activo más de la empresa que se debe plasmar en una filosofía que valore los recursos humanos. Se debe tener en cuenta también que la motivación de las personas no solamente reside en el dinero, sino también en potenciar las capacidades intelectuales, ambientes de trabajo agradables o promociones dentro de la empresa, entre otros factores. Todo ello porque pasamos más tiempo en el centro de trabajo que en nuestros propios hogares. En consecuencia, el progreso económico debe ir acompañado también del progreso social para enfrentar los desafíos de la productividad y buscar que los derechos de los trabajadores no se vean mermados con los cambios en la economía y estrategias de crecimiento.

Las actividades que pueden difícilmente evidenciar el trabajo informal se pueden clasificar en base a dos criterios: por un lado atendiendo a la naturaleza de la actividad realizada, y por otro lado atendiendo al grado de desarrollo de la actividad formal, lo que implica que las actividades

⁶⁶⁶ Comentario de Fritz Dubois que lleva por título “Callejón sin salida” sobre los irreales ofrecimientos del Gobierno en materia de inversión y empleo, publicado en el Diario “El Comercio” del día 7 de junio de 2004.

⁶⁶⁷ Tokman, V., “Políticas de empleo en la nueva era económica”, *Economía*, vol. XXIII, n. 46, Lima, PUCP, 2000, p. 25.

informales y las empresas informales hacen imposible la identificación de dicho sector⁶⁶⁸.

El trabajo informal o la informalidad representa otra coyuntura toral para nuestros tiempos en el país y en nuestros países; la misma OIT define a los trabajadores informales como el “conjunto de personas ocupadas en el servicio doméstico, trabajadores ocasionales, trabajadores por cuenta propia (excepto profesionales y técnicos) y patronos, empleados, obreros y trabajadores familiares ocupados en empresas cuyos efectivos no excedan de cuatro”⁶⁶⁹.

Es decir, son aquellas personas que trabajan de manera independiente e individual y que al mismo tiempo emplean a otras personas; y ello no los hace tener un empleo fijo, sino ocasional, aunque la realidad nos demuestra que esto no es así, ya que existen personas que cuentan con empleos por tiempo indeterminado completamente en la informalidad, carentes de protección laboral y de cualquier prestación social.

Según la recomendación n. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la política del empleo, se denominaba al sector informal como el sector no estructurado y se entendía a éste como “las actividades económicas realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizadas”. A decir de este instrumento, se considera al sector informal como un grupo marginal, pero sobre todo vulnerable debido a que no existe reconocimiento por parte de la ley y, en consecuencia, no reciben protección jurídica alguna.

De acuerdo con los datos de la encuesta nacional de ocupación y empleo publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INEGI), al primer trimestre de este año que corre se ocupaban en este sector 13'7 millones de personas, lo que significa 28,5% de la PEA ocupada. Pero el INEGI establece una tasa de empleo informal. Para calcularla, además de tomar en cuenta a quienes se ocupan en el sector informal, agregó tres categorías más: el trabajo no protegido en el ámbito agropecuario; el trabajo doméstico remunerado; y el trabajo subordinado realizado en el sector formal, pero en el que el trabajador no cuenta con el goce de ninguna prestación laboral e incluso padece una total desprotección en materia de seguridad social⁶⁷⁰.

Al sumar al sector informal todos estos grupos se llega a la cifra de 34,5 millones de personas, que representan el 58,2% de la población ocupada

⁶⁶⁸ Sánchez Castañeda, A., *Diccionario de Derecho Laboral*, editorial Oxford, Oxford University Press, México, 2005, p. 147.

⁶⁶⁹ *El empleo formal al finalizar el milenio*, en www.lema./trabajo/ar, Publicado el 7 de marzo de 2009.

⁶⁷⁰ Consultado en www.Inegi.Gob.mx, 18 de Agosto de 2014.

total. La tasa de desempleo en México se situó en 5,47% durante el pasado mes de julio, una cifra superior al 5,12% que se registró en el mismo mes del 2013, según informó el Instituto Nacional de Estadística (INEGI). “La comparación anual muestra que la tasa de desocupación aumentó en julio de 2014 frente al mismo mes de un año antes, 5,47%” contra 5,12% de julio de 2013⁶⁷¹.

Las estadísticas incluyen a los trabajadores que se emplean en el sector informal, que en julio representaron el 58,78% de la población total que tiene trabajo en el país, una cifra menor al 60,04% de julio de 2013. La población se ocupó mayormente en el sector de servicios (41,6%), seguido por el comercio (19,2%), la industria manufacturera (16%), actividades agropecuarias (14,1%) y la construcción (7,7%), mientras que el resto se ocupó en otras actividades, como la minería, electricidad, agua y suministro de gas⁶⁷².

El empleo informal, o medición ampliada de informalidad, añade a la definición de trabajo informal las siguientes categorías: el trabajo no protegido en la actividad agropecuaria, el servicio doméstico remunerado de los hogares, así como los trabajadores subordinados que, aunque trabajan para unidades económicas formales, lo hacen bajo modalidades en las que se elude el registro ante la seguridad social. De esta manera, la medición de la ocupación en el sector informal se considera el punto de partida y un componente del cálculo de una medida más amplia: el empleo informal. Los resultados de la ENOE indican que en el segundo trimestre de 2014, todas las modalidades de empleo informal sumaron 28,6 millones de personas, para una disminución de 2,3% respecto a igual periodo de 2013 y representó el 57,8% de la población ocupada (Tasa de Informalidad Laboral 1). De manera detallada, 13,5 millones conformaron específicamente la ocupación en el sector informal⁶⁷³, cifra que significó una caída de 4,5% anual y constituyó el 27,3% de la población ocupada (Tasa de Ocupación en el Sector Informal 1); 2,2 millones corresponden al servicio doméstico remunerado; 6,1 millones al ámbito agropecuario, y otros 6,8 millones corresponden al de empresas, gobierno e

⁶⁷¹ *Ibidem*.

⁶⁷² Las cifras sin duda contrastan con el escenario del discurso político y mediático en el que si bien es cierto se reconoce el problema que existe, sigue siendo un problema del Estado al que le cuesta encarar y resolver de manera eficiente ante una problemática nacional que se replica en todo el país de manera paulatina y constante.

⁶⁷³ Se refiere a todas aquellas actividades económicas de mercado que operan a partir de los recursos de los hogares, pero sin constituirse como empresas con una situación independiente de esos hogares.

instituciones⁶⁷⁴.

3. La globalización de la informalidad laboral y su vulnerabilidad

Aunque ya daba avisos hacia finales del siglo XX de que se iban a modificar las relaciones laborales en el entorno global en un mundo creciente y cambiante, que se tendrían que adecuar determinadas actitudes y prioridades pues se corría el riesgo de quedar desfasadas y ser rebasadas por la realidad poniendo en peligro incluso su propia existencia, desde inicios del actual siglo la OIT, como organismo cúpula a nivel mundial en cuestiones de trabajo formal y de la previsión social que le acompaña al trabajo y a los países por lo menos formal, en un brusco viraje de objetivos que al menos hace notar poderosamente la atención y a la par dimensiona el tamaño del problema que se tiene enfrente, ha debido recomendar a todos sus países miembros e incluso a quienes no lo son, la urgente necesidad de que se avocaran de inmediato, siempre en la medida de sus posibilidades de querer hacerlo, a tratar de resolver el complicado problema del trabajo informal no regulado dentro de sus respectivas territorios, límites y fronteras y, de ser posible, en la región geográfica de la que formen parte. El empleo formal decrece de manera alarmante en todo el planeta y, para colmo de males, todo apunta a que las inercias continuarán de manera acelerada en el mismo sentido, aún cuando se adecúe la legislación aplicable, el mundo avanza y las leyes se estancan. Así que ha debido ser la propia oficina internacional del trabajo OIT quien, a partir de sus informes de 2001 y siguientes hasta hoy día, ha señalado el problema poniendo el dedo en la llaga: de cada 10 nuevos empleos o “plazas de ocupación” que actualmente se crean en el mundo, 8 de ellas son trabajo informal. Y desde luego que han advertido también que las pocas plazas de empleo subordinado que se crean, son en abrumadora mayoría “empleo precario” y no empleo decente⁶⁷⁵.

Ante tan contundentes evidencias, reforzadas con los datos, estadísticas y toda la numeralia pertinente que proviene de fuentes tan confiables como lo son los datos y estadísticas que manejan el BM, el BID, la OCDE, el FMI, la AISS u otras organizaciones de calado mundial (en el caso de México el INEGI), agrupan un análisis objetivo de los hechos puros y duros que se imponen siempre al discurso oficialista, público, omnímodo

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

⁶⁷⁵ Ruíz Moreno, A. G., *Seguridad Social Obligatoria para trabajadores Migrantes e Informales*; editorial Porrúa, 2011, México D.F., pp. 304-309.

con alcance nacional, el que suele interesadamente ocultar o al menos intenta maquillar esta inquietante realidad presente. El objeto es tratar de medir el impacto del que se resiente un país como el nuestro y que repercute en su economía formal, ante el crecimiento exponencial del sector informal en sus múltiples expresiones positivas o negativas, que en ambos sentidos las hay⁶⁷⁶.

Para ello la OIT suele partir de la existencia de un sector cuya lógica de producción difiere sustancialmente de la que predomina en el resto de la economía, pues el sector informal sería, en este contexto, algo así como el conjunto de las actividades realizadas por individuos cuyo objetivo es asegurar la supervivencia no sólo personal, sino del grupo familiar en la mayoría de los casos. Este esfuerzo cotidiano en el mercado informal del trabajo que no regula la OIT, pero cuyo avance sí que le ocupa y preocupa, se desarrolla casi siempre por fuera de lo que podíamos decir es la típica “mentalidad acumuladora” que caracteriza al capitalismo moderno. Bajo esta peculiar lógica económica informal existe y persiste una utilización de técnicas intensivas en trabajo, caracterizada por ingresos débiles junto a una productividad bastante limitada. Por lo tanto, el sector informal caracteriza la heterogeneidad del mercado de trabajo, que para los expertos resulta ser algo así como “el excedente estructural de mano de obra” debido a la capacidad insuficiente del sector formal para absorber a todos ellos por cuestiones multifactoriales, lo que podíamos afirmar es un común denominador de los mercados laborales latinoamericanos. La temática del sector informal y su medición en las cuentas nacionales constituye, sin duda, un centro de interés mayor en el contexto macroeconómico actual, particularmente en los países en desarrollo. El crecimiento de empleo asalariado en las empresas formales es, a todas luces, insuficiente para absorber el incremento de la demanda de empleo producto de la incorporación de jóvenes en el mercado laboral, dada la pirámide demográfica y la migración.

Sin duda la informalidad es uno de los grandes temas del debate económico y social de nuestro tiempo actual, especialmente en los países en vías de desarrollo, también llamados países emergentes. En un comienzo la informalidad fue considerada como grave problema social y ambiente propicio para incubar actividades ilegales, pero dada su novedad y en parte para eludir la responsabilidad, se la calificó como un “fenómeno temporal”. Sin embargo, las políticas macroeconómicas diseñadas por los gobiernos para romper con este problema no se comportaron como se tenía previsto y, al contrario, aparecieron hechos

⁶⁷⁶ *Óp. cit.*, p. 310.

que frenaron el crecimiento y aumentaron el desempleo, creándose un ambiente social enrarecido que encontró su vía de escape precisamente en la informalidad. Como consecuencia, millones de personas, obligadas por las circunstancias, se vincularon al sector informal y el número de establecimientos vinculado de esta forma a la economía se mantuvo en ascenso. Ello deriva frecuentemente no sólo de las condiciones internas políticas de un país, sino de un orden internacional injusto. Con frecuencia ocurre que un derecho social se consagra y las condiciones económicas de un país no permiten realizarlo, pero queda en el texto constitucional como un proyecto y un propósito de justicia y un compromiso hacia el futuro, lo anterior se ha vuelto la característica básica de los derechos sociales. Desde que en 1970 Keith Hart inició el tratamiento de este tema, el concepto de informalidad ha evolucionado, debido a la identificación de una variedad de significados y la diferencia de las realidades en las cuales se manifiestan, lo que nos aproxima a una definición de informalidad a partir de dos perspectivas:

1. Si tomamos como partida el orden jurídico: la informalidad abarca a aquellas actividades que operan sin conformidad con el marco regulador vigente.

2. Si la apreciamos desde el criterio económico: se refiere a la ausencia o desarrollo de moderna tecnología, o la falta o a la sobra de capital humano y físico para el desarrollo de actividades empresariales.

Así, la informalidad se refiere a la economía de la pobreza y a procesos de exclusión social, actividades que representan un medio de supervivencia frente a los constantes cambios operados en la realidad. Se trataría de una pobreza de tipo estructural que deriva de los momentos más altos de la crisis de los ochenta, a lo que se agrega la nueva pobreza vinculada a los procesos de ajuste más recientes. Asimismo, se gestaría como resultado de procesos de descentralización productiva de manera que se puedan conseguir sistemas más flexibles para permitir la movilidad de los trabajadores.

La vulnerabilidad social coloca al teletrabajo informal como un foco de exclusión laboral, que los hace vulnerables por la escasez de trabajo decente, las desigualdades, la falta de educación, una gran dependencia de la economía en general con respecto a los grandes capitales, el lento crecimiento y el retroceso social.

La desregulación del mercado laboral se constituye en el panegírico de la flexibilidad. La insistencia en eliminar la rigidez del mercado laboral no expresa otra cosa que la conveniencia misma de alterar a favor del capital la relación de fuerzas entre las clases, y para ello nada mejor que la supresión de derechos laborales, la atomización de los trabajadores y

trabajadoras, la deslocalización de centros de trabajo, la inversión virtual, y el debilitamiento de su capacidad de negociación, incluyendo el desmantelamiento de la libertad sindical o gremial. Es falso recalcar categóricamente que la flexibilidad crea empleo. La tasa de crecimiento de empleo, por definición, es la tasa de crecimiento del PIB menos la tasa de aumento de la productividad, luego por ende el empleo sólo crece a partir de que el crecimiento del PIB supere el de la productividad. Toda política de fomento de empleo ha de basarse necesariamente por tanto en impulsar el crecimiento económico. La concentración de capital se ha acelerado y las multinacionales representan el esqueleto de la estructura económica mundial; las relaciones sociales entre las clases se han modificado sensiblemente, registrándose un retroceso en las capacidades del mundo del trabajo frente al capital.

4. La nueva modalidad de Teletrabajo con matiz informal

Derivado de la reforma laboral más reciente, en México se tenía contemplado en el artículo 311 lo referente al trabajo a domicilio, que es el que habitualmente se presta indistintamente en el domicilio de cualquiera o en un local libremente elegido, donde sin vigilancia, ni dirección ni subordinación directa o indirecta de quien proporciona el trabajo o alguna actividad a desempeñar. En la inocua y limitada reforma laboral llevada a cabo se agregó a lo que se considera como trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación, lo que infiere que se trata de teletrabajo. Por sí mismo ya carece de una propia definición como tal en el ordenamiento laboral, lo cual deja más interrogantes que certezas jurídicas laborales para este tipo de trabajo, por demás atípico e informal, que ya de suyo garantiza una telerelación laboral que implica telederechos, teleobligaciones y teleresponsabilidades propias e inherentes a toda telerelacion de trabajo, como son la telejornada, teledescansos, telesalario, telecontrato, telecapacitación, teleaguinaldo, telederechos y garantizará sin duda teledemandas, telejuicios, telerecursos y teleamparos. De igual manera crea telejuntas de conciliación y arbitraje, que emitirán telelaudos, todo lo anterior en un país que es de telenovela. Con lo cual todo se transforma en un telegobierno que no ve más allá de su propio interés de gobernar sin ser un Estado pleno y, en el que por la propia reforma que incluye ya pronto habrá que reconocer que la subcontratación misma se hará con trabajadores bajo el esquema de teleoutsourcing.

De este modo se aprecia que se produce el rompimiento de estructuras

jerárquicas rígidas, que ha dado lugar a una evolución en las formas organizacionales de la producción, la productividad y, por ende, la actividad laboral misma. La reestructuración de las empresas forma parte de un criterio reorganizacional que toma el nombre de rediseño global del proceso productivo, el cual puede definir todas las situaciones empresariales en que han sido introducidas innovaciones organizacionales para obtener niveles más altos de productividad. Ese rediseño da lugar a una forma no común de trabajo en la que ha sido factor determinante el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, al cual se le denomina teletrabajo. El teletrabajo es realizado generalmente por personas calificadas o no que cuentan con conocimientos profesionales y hasta empíricos en las tecnologías de la información y la comunicación tales como la informática, el cómputo, internet o sistemas de información; sin embargo, las ventas o la mercadotecnia, por las características del trabajo que prestan, comúnmente realizan su labor en la intimidad de su hogar o en lugares que ellos eligen libremente, o que también las empresas o empleadores disponen, pero casi siempre ocultos a los ojos de los demás. Lo grave es que generalmente no cuentan con protección jurídica laboral ni con los beneficios que de ella derivan. Ni siquiera tener focalizados a los centros de trabajo, que escapan de una inspección laboral que, como función propia de una gestión gubernamental, lejos de tener presencia y eficacia en los centros de trabajo de todo el país ha sido rebasada, por lo que se ha vuelto inoperante y limitada. En la sociedad actual, en la que el crecimiento tecnológico está dirigido a la eficiencia económica y al ahorro de tiempo, de distancias, de recursos y de esfuerzo, han surgido nuevas formas de trabajo determinadas por el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación. Estas formas de trabajo, precisamente por su novedad, quedan fuera de las regulaciones jurídicas laborales, lo que se traduce en incertidumbre jurídica laboral que ahonda más en beneficios para los trabajadores informales.

La aparición de diversas modalidades de contratación trae la aparición del teletrabajador, que más bien es una versión moderna del antiguo esquema de trabajo a domicilio, y coincide con éste en que la labor se realiza fuera del espacio físico de la empresa, generalmente en un espacio remoto como internet y en general con sistemas de cómputo/informática, para estar “conectados” y relacionados con la empresa. En estos casos, la manera como se presta el trabajo impide la aplicación de la normatividad laboral en atención a que se aleja de los conceptos que la misma plantea⁶⁷⁷.

Los principales retos del derecho laboral globalizado son adaptar y

⁶⁷⁷ Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Uam Azcapotzalco, México 2011, p. 69.

actualizar no sólo la semántica jurídica, sino también los principios rectores integradores como la contratación colectiva internacional, la migración laboral controlada, los cambios en la administración del trabajo, las nuevas formas de contratación laboral y la flexibilización de los derechos laborales, entre otros⁶⁷⁸.

5. La regulación jurídica del Teletrabajo en la Ley Federal del Trabajo

Tal como se distinguía en líneas arriba, la reforma laboral tan mencionada que relaciona el trabajo a domicilio, y de la que se puede deducir implica el teletrabajo, involucra necesariamente dos elementos básicos fundamentales que son a mencionar: la distancia y el uso de telecomunicaciones. Etimológicamente el término Teletrabajo procede de la unión de la palabra griega tele, usada como prefijo, que significa “lejos”, y de trabajo, que es la acción de trabajar, palabra latina (trípaliare, de tripálium, instrumento de tortura) que significa realizar una acción física o intelectual continuada, con esfuerzo⁶⁷⁹.

Con base en lo anterior se puede afirmar que existen diversas modalidades del teletrabajo, pero los puntos coincidentes general son: la no presencia física del trabajador y la utilización de las tecnologías de información y comunicaciones. Las características más relevantes del teletrabajo son las siguientes:

- 1.- La labor se cumple con base en objetivos y no en función de la jornada de trabajo.
- 2.- El trabajador está concientizado de una relación basada en la confianza y no el control jerárquico.
- 3.- Relación “online” que presenta diversos grados, siendo la regla que la totalidad de ella sea a distancia.
- 4.- Necesidad de dominar – en lo básico – otros idiomas (al menos el inglés), porque desaparecen las fronteras físicas entre países.
- 5.- Conocimiento y habilidades mínimas en las TICs (Tecnologías de Información y Comunicaciones), según requerimientos específicos, para procesar información digital o digitalizable.
- 6.- Existencia de infraestructura de telecomunicaciones concretadas a la red, para transmitir la información procesada informativamente.
- 7.- Alto grado de automotivación para el trabajo a distancia.
- 8.- La tarea a realizar se encuentra detallada y descrita

⁶⁷⁸ Kurczyn Villalobos, P. *et al.*, *Derecho Laboral Globalizado*, México, IJ-Unam, 2007, p. 5.

⁶⁷⁹ Padilla Meléndez, A., *Teletrabajo Dirección y Organización*, Colombia, Computec Ra-Ma, 1999, p. 3.

con minuciosidad (plazos, pagos, gastos, materiales, seguros)⁶⁸⁰.

El teletrabajo tiene grandes ventajas, entre las que destacan las siguientes⁶⁸¹:

- Se da más importancia al objetivo logrado y no a cumplir un horario de trabajo.
- El teletrabajador dispone de mayor tiempo y autonomía, ya que puede organizar mejor sus compromisos e intereses sociales familiares, de ocio, recreación o estudio.
- Se genera en los tele empleados mayor autonomía, creatividad, habilidad competencia, desempeño.
- Hay ahorro de espacio físico, equipo, electricidad y mantenimiento, entre otros.
- Se logra potencializar el trabajo porque éste puede desarrollarse en el hogar del trabajador o en cualquier otro lugar.
- El teletrabajo puede desarrollarse en los diversos sectores en que participe la empresa.
- Se permite la integración al mundo laboral de personas con capacidad diferenciada.
- Se disminuye o evita el ausentismo laboral.
- Se transforma el rol del sindicato.
- Se logran diversos beneficios para las comunidades donde se instalan centros de teletrabajo.
- Las políticas públicas de los gobiernos pueden incentivar programas para el desarrollo del teletrabajo en distintas comunidades.
- Se logra optimizar el tiempo a favor de la empresa y del tele empleado, ya que no se requiere la presencia física de éste.

Entre las desventajas que se le atribuyen al teletrabajo encontramos las siguientes:

- Precarización del empleo.
- No realización en ocasiones del trabajo en equipo.
- Aislamiento del tele trabajador.
- Falta de supervisión directa y presencial de la empresa.
- En ocasiones, bajo nivel de compromiso empresarial.
- Violación de derechos laborales.
- Requerimiento de autodisciplina.
- Imposibilidad de ascensos en la organización.
- Reticencia a la capacitación por parte del trabajador.
- Peligros derivados de la confidencialidad de la información

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ Carrasco, F., *Revista Empresa*, UI Puebla, México, 2008, p. 23.

proporcionada.

- Problemas de salud por falta de mobiliario ergonómico, entre otras.

El teletrabajo en ocasiones es confundido, o algunos tratan de asimilarlo, con el llamado trabajo a domicilio. Debemos recordar que éste último ha sido considerado también como sinónimo de maquila, o sea, realizar alguna actividad de la producción o prestación de servicio de la empresa fuera de la factoría. En la actualidad, el trabajo a domicilio ha sido considerado como un beneficio para el empleado, ya que se realiza en su propio hogar y sin la vigilancia directa del empleador.

En cuanto a la normatividad jurídica aplicable al teletrabajo, en su vertiente del teletrabajador donde existe subordinación y relación laboral o en su aspecto obligacional personal que tiene carácter autónomo e independiente, algunos autores dicen que no estamos en presencia de una nueva figura de trabajadores, sino simplemente ante una forma de organización del trabajo y, por lo tanto, la normatividad jurídica aplicable al trabajo a domicilio es, por consiguiente, aplicable al teletrabajo. No comparto esa idea porque si bien el teletrabajo puede realizarse en el domicilio del trabajador, hay diversos factores que lo diferencian claramente del trabajo a domicilio. Dichos factores son principalmente los siguientes: la jornada de trabajo; el aspecto presencial del trabajador; las órdenes recibidas del patrón o la empresa; la supervisión directa de la empresa; la finalidad del trabajo a desarrollar; la evaluación por horas de trabajo o por objetivo logrado en los tiempos establecidos y la subordinación jurídica debido a la globalización. Para estas nuevas formas de empleo u organización del trabajo debe cambiar el análisis que tradicionalmente se ha realizado de los elementos de la subordinación jurídica para determinar la existencia de la relación laboral. En la actualidad, en el título VI relativo a trabajos especiales, el trabajo a domicilio se encuentra regulado en el capítulo XII de los artículos 311 al 330, y definido de la siguiente manera: “Es el que se ejecuta habitualmente para un patrón en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia y dirección inmediata de quien proporciona el trabajo”⁶⁸².

Analizando la anterior definición, encontramos que la misma pugna con el concepto de subordinación jurídica característica de la relación laboral; únicamente conserva la característica de dependencia económica. El artículo 317 establece la obligación de que el patrón deberá inscribirse en el registro de patrones del trabajo a domicilio. Asimismo, si bien es cierto

⁶⁸² Breña Garduño, F., *Ley Federal del Trabajo, Comentada y Concordada*. México, Oxford University Press, 1999, p. 301.

que los artículos 24 y 25 de la Ley Federal del Trabajo mexicana establecen los datos que debe contener el escrito en que se hagan constar las condiciones de trabajo entre patrón y trabajador, por su parte, en relación con el trabajo a domicilio, el artículo 318 establece los datos que debe contener el escrito en que consten las condiciones de trabajo:

Artículo 318. Las condiciones del trabajo se harán constar por escrito. Cada una de las partes conservará un ejemplar y el otro será entregado a la Inspección del trabajo. El escrito contendrá:

I.- Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil, y domicilio del trabajador y del Patrón;

II.- Local donde se ejecutará el trabajo,

III.- Naturaleza, calidad y cantidad del trabajo;

IV.- Monto del salario fecha y lugar de pago, y

V.- Las demás estipulaciones que convengan las partes⁶⁸³.

Por lo tanto, existe en este último artículo similitud con los datos establecidos en el artículo 25, agregándose en éste, para el caso de trabajo a domicilio, los datos relacionados con el local donde se ejecute el trabajo y la naturaleza, calidad y cantidad del trabajo. Asimismo, los numerales 319, 320, 321 y 324 establecen diversas obligaciones para el patrón, como la de llevar un libro denominado de registro de trabajadores a domicilio que deberá ser autorizado por la Inspección del Trabajo. Asimismo, el artículo 320 establece:

Artículo 320. Los patrones están obligados a llevar un “Libro de registro de trabajadores a domicilio”, autorizado por la Inspección del Trabajo, en el que constarán los datos siguientes:

I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil del trabajador y domicilio o local donde se ejecute el trabajo;

II. Días y horario para la entrega y recepción del trabajo y para el pago de los salarios;

III. Naturaleza, calidad y cantidad de trabajo;

IV. Materiales y útiles que en cada ocasión se proporcionen al trabajador, valor de los mismos y forma de pago de los objetos perdidos o deteriorados por culpa del trabajo;

V. Forma y monto del salario, y

VI. Los demás datos que señalen los reglamentos, los libros estarán permanentemente a disposición de la Inspección del trabajo⁶⁸⁴.

El artículo 324 establece las siguientes obligaciones especiales para el patrón:

⁶⁸³ *Ibidem*.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 302.

- Artículo 324.- Los patrones tienen las obligaciones especiales siguientes:
- I.- Fijar las tarifas de salarios en lugar visibles de los locales donde proporcionen o reciban el trabajo:
 - II.- Proporcionar los materiales y útiles de trabajo en las fechas y horas convenidas;
 - III.- Recibir oportunamente el trabajo y pagar los salarios en la hora y fechas estipuladas:
 - IV.- Hacer constar en la libreta de cada trabajador, al momento de recibir el trabajo, las pérdidas o deficiencias que resulten, no pudiendo hacerse ninguna reclamación posterior, y
 - V.- Proporcionar a los inspectores y a la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos los informes que le soliciten⁶⁸⁵.

Los artículos que conforman el capítulo de trabajo a domicilio en la legislación mexicana aluden a un local libremente elegido por el trabajador, pero bien cabe preguntarse qué sucede cuando el patrón empleador designa donde se ubicará la fuente de trabajo, incluso en otra entidad federativa, municipio o hasta país o continente incluso. Al respecto debe decirse que el teleempleado o teletrabajador puede realizar su labor en su hogar, o bien en cualquier parte de la ciudad, o en cualquier país en virtud del desarrollo de las telecomunicaciones. El trabajador a domicilio posee cierto grado de libertad, en el sentido de que no es necesaria su presencia en la fábrica, o bien no es vigilado en forma directa e inmediata por el patrón. Pero esto no debe llevar a asimilar erróneamente el teletrabajo al trabajo a domicilio, tal como se plasmó por los legisladores mexicanos en la reforma laboral de finales del año 2012.

En relación con ello, es importante resaltar que el título de trabajos especiales en la misma normativa laboral que nos ocupa surgió como una adecuación de las relaciones laborales a determinado tipo de trabajo que era realizado por diversas personas en ámbitos especiales, o mejor dicho, debido a características propias del trabajo. Por lo tanto, siendo el derecho del trabajo un derecho innovador y que debe adecuarse a la realidad social y económica de la sociedad, se estableció en dicho capítulo de trabajos especiales la reglamentación muy precisa en todo lo concerniente a: los trabajadores de confianza, de buques, de tripulaciones aeronáuticas, de ferrocarriles, de autotransportes, de maniobras de servicio público en zonas de jurisdicción federal, del campo, los agentes de comercio y otros semejantes, y se incluyó a los deportistas profesionales, actores y músicos, al trabajador doméstico, al trabajo realizado en hoteles, restaurantes, bares y otros establecimientos análogos, así como a la industria familiar y el

⁶⁸⁵ *Ibidem.*, p. 303.

trabajo de médicos residentes en periodo de adiestramiento en una especialidad, y al trabajo realizado en las universidades e instituciones de educación superior autónomas por la ley y, obviamente, el que se ha comentado, que es el trabajo a domicilio.

De lo anterior se puede deducir que el derecho del trabajo mexicano en su momento se fue adecuando a los nuevos escenarios o formas de empleo con características especiales. Pero en la actualidad no existe en dicho capítulo de trabajos especiales el relativo a los trabajadores vinculados directamente a través de una relación laboral basada en las tecnologías de la información y comunicación que se denomine teletrabajo, a diferencia de la normatividad laboral de otros países. La incursión de México o la inclusión en la ley laboral en el teletrabajo como trabajo formal es todavía incipiente, aún cuando existan nuevas adecuaciones a la Ley de reciente aprobación. Su estudio se dificulta toda vez que no existen estadísticas, datos, inspección y hasta una sobrada responsabilidad gubernamental y social, ya que sin duda algunas empresas han incursionado en dicho rubro. Tradicionalmente se ha tenido la idea de que las relaciones laborales en México en general se desempeñan de forma personal. El hecho de que los trabajadores tengan la oportunidad de trabajar lejos de los centros de trabajo, utilizando la red de redes, origina un vacío legislativo que norme esa forma novedosa de trabajo. El problema que se plantea en concreto consiste en que la ausencia de normas jurídicas aplicables lleva a la arbitrariedad y lleva a estos nuevos trabajadores a tener perjuicios en su economía, ya que deja al patrón un margen de discrecionalidad que es utilizado a su beneficio y perjudica al teletrabajador y, en consecuencia, casi a la sociedad misma.

6. Conclusión final

Como consecuencia de lo anterior, las normas jurídicas que reglamentan el trabajo a domicilio no tipifican ni pueden dimensionar el llamado teletrabajo o trabajo a distancia a través de medios electrónicos, ya que en el trabajo a domicilio por lo general se producen bienes de consumo básico, y en el teletrabajo se utiliza la información disponible en la sociedad de la información, o bien la que es enviada para que el teletrabajador la transforme y pueda ser promocionada o utilizada por la empresa. Por lo tanto, el teletrabajo en México se presenta como trabajo informal, y en muchos casos como un medio para completar los ingresos familiares, y en ocasiones en forma oculta y no regulada y como una simulación contractual, ya sea de relación de trabajo, civil o mercantil,

propiciando esta situación que se preste el teletrabajo, es decir, una forma de trabajo informal y contratación atípica. En conclusión, la incorporación del teletrabajo a los nuevos escenarios mundiales implica transformaciones y reformas significativas, tanto en aspectos estructurales como de organización y de la propia legislación laboral, que en México aun deja mucho que desear para cumplir con una justicia social plena en las relaciones laborales, sea cual fuere su naturaleza.

7. Bibliografía

- Breña Garduño, F., *Ley Federal del Trabajo, Comentada y Concordada*, México, Oxford University Press, 1999.
- Carrasco, F., *Revista Empresa UI*, Puebla, México, 2008.
- De María y Campos, M., “La amenaza global de un consumo desigual”, *Periódico El financiero*, Octubre 12 de 2009.
- García Canclini, N., *La globalización imaginada*, Editorial Paídos, Buenos Aires, 1999.
- Gorostiaga, X., *La nueva realidad*, Universidad Centroamericana, www.uca.sa.
- Knochenhauer Muller, G., *Eficiencia, y equidad, un binomio necesario*, Colección reflexión y análisis, Tomo I, México D.F., Editorial Noriega, 2010.
- Kurczyn Villalobos, P. *et al.*, *Derecho Laboral Globalizado*, México, IIJ-UNAM, 2007.
- Padilla Meléndez, A. *Teletrabajo Dirección y Organización*, Colombia, Computec Rama, 1999.
- Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Uam Azcapotzalco, México, 2011.
- Ruiz Moreno, A. G., *Seguridad Social Obligatoria para trabajadores Migrantes e Informales*, editorial Porrúa, México D.F., 2011.
- Sánchez Castañeda, A., *Diccionario de Derecho Laboral*, Oxford University Press, México, 2005.
- Saviñón Diez de Sollano, A., *Tendencias mundiales*, Editorial Noriega, México D.F., 2010.
- Tokman, V., “Políticas de empleo en la Nueva Era Económica”, *Economía*, vol. XXIII, n. 46, Lima, PUCP, 2000.

La incorporación del Convenio de Trabajo Marítimo 2006 en España: una mirada comparada a Francia y el Reino Unido*

M^a Isabel RIBES MORENO**

RESUMEN: El Convenio de Trabajo Marítimo 2006 de la OIT ha sentado las bases del establecimiento de un sistema de trabajo decente a bordo de buques. La actuación de la Unión Europea impulsando la adopción del Convenio OIT mediante la Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte relativo al convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE, así como normas complementarias sobre control de cumplimiento tanto por el Estado de abanderamiento, como por el de puerto, ha propiciado la coexistencia de dos normas casi idénticas que se incorporarán a los ordenamientos jurídicos de los países UE. El presente trabajo tiene como objeto establecer las actuaciones normativas que se han realizado en España, el Reino Unido y Francia en orden a su implementación, para valorar las diferencias que se manifiestan entre ellos.

Palabras clave: Convenio de Trabajo Marítimo 2006 (MLC), Directiva 1999/63/CE, transposición, España, Francia, Reino Unido.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La adopción del Convenio de Trabajo Marítimo 2006 y su recepción en el acervo normativo de la Unión Europea. 3. La implementación del MLC en España ¿Se ha adaptado correctamente nuestro ordenamiento jurídico? 4. La implementación del MLC en el Reino Unido y en Francia: una mirada comparada. 4.1. La implementación del MLC en el Reino Unido. 4.2. La implementación del MLC en Francia. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

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

** Profesor ayudante doctor, Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Cádiz.

1. Introducción

La entrada en vigor del Convenio de Trabajo Marítimo 2006 (en adelante MLC) de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)⁶⁸⁶, ha tenido consecuencias directas en el acervo normativo de la Unión Europea (en adelante UE). Esto se deriva del posicionamiento de la UE en favor de la ratificación de este Convenio por los Estados miembros, así como, de la actividad desarrollada por las instituciones europeas para reforzar las normas que regulan el trabajo marítimo a nivel comunitario en línea con el Convenio. En este sentido, la UE integró parte del propio MLC mediante una Directiva⁶⁸⁷, adoptando otras normas para hacer efectiva la supervisión de los contenidos del mismo dentro del sistema MOU. Al mismo tiempo tanto España como otros países de su entorno, como Francia o el Reino Unido, todos ellos miembros de la OIT – y ratificantes del MLC – así como de la UE, han ido realizando una importante actuación legislativa para adecuar sus normas al contenido del MLC y a las normas UE que hacen referencia al mismo. En este trabajo realizaremos una breve aproximación a esta cuestión, por razones de espacio, determinando las normas nacionales de aplicación, para señalar algunos aspectos de especial interés, a nuestro juicio, en la implantación del Convenio.

2. La adopción del Convenio de Trabajo Marítimo 2006 y su recepción en el acervo normativo de la Unión Europea

La adopción del MLC por la OIT supuso un importante punto de inflexión en la protección de los trabajadores del mar, no en vano ha sido calificado como el cuarto pilar en la regulación marítima internacional junto con los Convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI): SOLAS, MARPOL y STCW. El Convenio se elabora con el

⁶⁸⁶ El convenio fue adoptado durante la 94. sesión (marítima) de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, en febrero de 2006. Asimismo, durante la 103ª reunión anual de la OIT se aprobaron enmiendas al mismo, en el sentido de mejorar la protección de los marinos abandonados y proveer una garantía financiera para indemnizar a la gente de mar y sus familias en caso de muerte o discapacidad de larga duración.

⁶⁸⁷ Directiva 2009/13/CE (DO L 124 de 20.5.2009) que adapta la legislación UE a las normas internacionales fijadas por el CTM. Sobre los particulares de esta recepción del MLC en el acervo comunitario vid. Sánchez-Rodas Navarro, C., “El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 82, 2009, pp. 45-64.

objetivo de establecer un estándar de condiciones decentes de trabajo para los trabajadores a bordo de buques y, a tal efecto, tiene vocación de implantación universal. Por tal motivo se han exigido para su entrada en vigor, lo que sucedió el 20 de agosto de 2012⁶⁸⁸, de requisitos más estrictos de los habitualmente empleados en otros instrumentos de la OIT.

La regulación de las condiciones de vida y trabajo de la gente de mar ha sido una de las cuestiones más exhaustivamente tratadas por la OIT⁶⁸⁹. La importancia económica del sector marítimo y el hecho de que estemos ante una actividad globalizada por su propia naturaleza dio como resultado que tras un largo proceso se refundieran todos los instrumentos anteriores en un convenio revisado, un “convenio marco”, referido al trabajo marítimo. Sin embargo, el MLC tiene caracteres que le hacen especial, ya que el que esté formado por disposiciones obligatorias y otras que no lo son lo hace diferente. Asimismo, el Convenio está dotado de un procedimiento para la revisión de sus disposiciones similar al previsto en los convenios adoptados por la OMI⁶⁹⁰. Conforme a ello, se han acometido las primeras enmiendas que afectan a la regla 2.5 del Código acerca de la repatriación⁶⁹¹, así como, disposiciones para aplicar la regla 4.2 respecto a la responsabilidad del armador, con referencia la garantía financiera que debe constituirse para ello.

El MLC pretende subsanar problemas a los que se ha venido enfrentando los distintos convenios de la OIT, como era la ausencia de armonización entre ellos de los conceptos básicos delimitadores del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, elaborando un concepto homogéneo, aunque permitiendo a los Estados cierta flexibilidad en su aplicación. Otro elemento novedoso es el establecimiento de un sistema de certificación o “labelización” que se concreta mediante dos documentos: el Certificado de Trabajo Marítimo (CTM) y la Declaración de Conformidad Laboral Marítima (DCLM) que acreditan que las condiciones de trabajo de un buque se adecuan a lo previsto en el convenio⁶⁹². Dichos documentos forman parte de aquellos que se aportan en las inspecciones de buques en

⁶⁸⁸ En el momento de cierre de este documento son 66 las ratificaciones registradas.

⁶⁸⁹ 39 Convenios y 32 Recomendaciones, así como un protocolo al Convenio 147, son los que hacen referencia al trabajo en el mar.

⁶⁹⁰ Arts. XIV y XV del MLC, procedimientos de modificación total o parcial del convenio.

⁶⁹¹ Para reducir los problemas que se ocasionan en caso de abandono de la gente de mar.

⁶⁹² Estos certificados sólo se exigen obligatoriamente a los buques de transporte marítimo a los que se refiere el art. II.3 del MLC: a) de arqueo igual o superior a 500 que efectúen viajes internacionales; b) de arqueo igual o superior a 500 que enarbolen el pabellón de un Miembro y operen desde un puerto o entre puertos, de otro país, o que voluntariamente se acrediten.

puerto, cuestión singular que aparece en el ámbito marítimo, donde figura un doble sistema para el control del cumplimiento de las normas: por una parte, el control del Estado de abanderamiento de la adecuación del buque a las normas a través de certificados acreditativos y, por otro, el control del Estado de puerto. El segundo control permite que los Estados ribereños controlen que los barcos que llegan a sus puertos, llevan a bordo los distintos certificados que exigen las normas internacionales. De este modo, no sólo los buques abanderados en países ratificantes, sino también en países que no hayan ratificado el Convenio, habrán de verse afectados por las inspecciones respecto de los estándares mínimos establecidos por el MLC, ya que se establece el principio de “trato no más favorable” para evitar situaciones de competencia desleal⁶⁹³. A tal efecto, la determinación de aquellos que certificarán la adecuación de los buques al Convenio y supervisarán el cumplimiento de los mismos en puerto, se erige como una cuestión de gran importancia.

La UE ha realizado una actuación significativa en orden a la implantación del MLC en los países miembros puesto que su adopción tendrá como resultado igualar las condiciones de competencia en el tráfico marítimo. Así, elaboró la Directiva 2009/13/CE del Consejo, de 16 de febrero de 2009 por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE⁶⁹⁴. Este proceso normativo se ha visto completado con dos Directivas que establecen mecanismos de control sobre la aplicación del MLC. En primer

⁶⁹³ El control por el Estado de puerto del cumplimiento de la normativa internacional sobre seguridad de la navegación y prevención de la contaminación, figura en el Acuerdo París-MOU, lo que se ha recogido por la UE mediante la Directiva 1995/21/CE de 19 de junio que busca una aplicación generalizada. En este sistema se integra el control de las condiciones sociales del MLC en los buques mediante sus certificados o inspeccionándolo acerca de la adecuación al contenido del MLC.

⁶⁹⁴ DOUE n. L.124, 20 de mayo 2009. Lo que tuvo lugar tras un proceso de consulta a los agentes sociales por la Comisión Europea, ex art. 138 TUE, en orden a comunitarizar el MLC. Asimismo, el 7 de julio de 2007 el Consejo adoptó una decisión por la que se autorizaba a los Estados miembros a ratificar el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006, de la Organización Internacional del Trabajo en interés de la Comunidad, DOUE n. L.161, 22 de junio de 2007. Sobre ese proceso vid. Sánchez-Rodas Navarro, C., “El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario”, *ó.p. cit.* En lo que respecta a las enmiendas realizadas al MLC, el Consejo adoptó una Decisión en la que se estableció la posición favorable de la UE en lo relativo a las cuestiones que entran en el ámbito de las competencias atribuidas a ella, es decir, respecto de la responsabilidad de los armadores en relación con la indemnización en las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar, DOUE n. L.172, 12 de junio 2014.

lugar, la referente a las obligaciones de los Estados de pabellón, que se materializó mediante la Directiva 2009/21/CE, modificada por la 2013/54/UE, de 20 de noviembre, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006. En segundo lugar, la Directiva 2009/16/CE de 23 de abril sobre los poderes de supervisión del Estado de puerto, que refundió normas anteriores e integró, además, otras facultades de control que se hallaban dispersas en la normativa comunitaria, concretamente en materia de titulación y formación (Directiva 2008/106/CE de 19 de noviembre) y en materia de tiempo de trabajo (Directiva 1999/95/CE de 13 de diciembre). La finalidad de la refundición era tratar de forma unitaria todas estas cuestiones y, en particular, los documentos a controlar por el inspector del Estado del Puerto. Esta norma ha sido objeto asimismo de modificación mediante la Directiva 2013/38/UE del parlamento europeo y del consejo de 12 de agosto de 2013 para adecuarla a la aplicación del MLC y del sistema de certificados que incorpora.

La realidad es que pese a la necesidad de que los Estados ratificasen el Convenio para su entrada en vigor – incorporándose en ese caso a su ordenamiento interno⁶⁹⁵ –, también la UE con la Directiva ha introducido reformas en la legislación europea, adaptando parte de ella al MLC⁶⁹⁶, aunque vinculadas a la entrada en vigor del mismo. Ello permite una aplicación uniforme de las reglas obligatorias del MLC en los Estados de la UE que habrán de transponer, asimismo, las Directivas anotadas sobre control del cumplimiento para completar este proceso. Veamos cómo se ha realizado esta actuación en los países referidos, deteniéndonos siquiera brevemente en cómo se ha determinado el ámbito de aplicación del Convenio y en la atribución de competencias a los efectos de supervisión del MLC.

3. La implementación del MLC en España ¿Se ha adaptado

⁶⁹⁵ Sobre las variables de incorporación vid. Sánchez-Rodas Navarro, C., “El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario”, *óp. cit.*, pp. 59-63.

⁶⁹⁶ Sin embargo, la Directiva 2009/13 aunque viene a recoger prácticamente en su totalidad las reglas obligatorias de los V Títulos del MLC mantiene leves diferencias ya que no incluye la regla 1.4 relativa a “Contratación y Colocación”, la regla 2.2. sobre “Salarios”, tampoco la protección social y, en consecuencia, no se incorpora la regla 4.5 “Seguridad Social”. En lo que respecta al último título, el Acuerdo no transcribe tampoco la regla 5.2 “Responsabilidad del Estado rector del puerto” ni la 5.3 “Responsabilidad en relación con el suministro de mano de obra” del Convenio.

correctamente nuestro ordenamiento jurídico?

España fue el primer miembro de la UE en ratificar el MLC⁶⁹⁷ pero sus actuaciones posteriores no han sido igual de diligentes en orden a su implantación. Así, nuestro ordenamiento no sufrió modificaciones legislativas previas a la entrada en vigor del Convenio puesto que nuestro grado de adecuación era satisfactorio en general⁶⁹⁸, si bien se han destacado por la doctrina algunas deficiencias, sin que aquí nos detengamos en estas cuestiones que requerirían de mayor extensión⁶⁹⁹. En nuestro país el fraccionamiento de la regulación que afecta al trabajo en el mar no sólo se encuentra en normas distintas, sino incluso en distintas disciplinas jurídicas⁷⁰⁰. De este modo, se regulan cuestiones sobre el trabajo marítimo en normas laborales, normas administrativas y normas mercantiles, sin que la reciente Ley de Navegación Marítima (en adelante LNM)⁷⁰¹ haya servido, como era su intención, para resolver y unificar todas las cuestiones relacionadas el trabajo en el mar.

Ahora bien, una cuestión primordial era la de establecer, con carácter previo a la entrada en vigor, la determinación del ámbito de aplicación del MLC estableciendo las definiciones de gente de mar, armador y/o naviero e incluso de buque a tales efectos, lo que en nuestra opinión ha sido insuficientemente tratada. Dichas acepciones tienen diferentes significados

⁶⁹⁷ Fue ratificado el 4 de febrero 2010, BOE n. 19, de 22 de enero de 2013.

⁶⁹⁸ Un análisis general en Fotinopoulou Basurko, O., “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 112, 2014, pp. 147-179.

⁶⁹⁹ Entre otros se ha tratado la problemática en el acomodo entre los límites establecidos a la jornada y el nivel de dotación del buque, vid. Ribes Moreno, M. I., “La dotación mínima y el tiempo de trabajo: dos cuestiones con una relación directa”, en Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), *La seguridad Marítima y los Derechos laborales de la gente de mar*, Bilbao, Editorial Gomylex, 2014, pp. 487-525, también aspectos sobre los créditos salariales y, significativamente, la escueta regulación laboral sobre repatriación de los marinos abandonados – aspecto este último que ha sido objeto de la primera enmienda al MLC – vid. Fotinopoulou Basurko, O., “El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 82, 2009, pp. 219-244. También surgen dificultades respecto a las Reglas sobre el bienestar de los marinos o en la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al trabajo en el mar.

⁷⁰⁰ Esta distribución de competencias entre las normas laborales y otras normas como las de transporte o navegación es un problema que se refleja también en otros países de nuestro entorno y que se ha señalado por la doctrina, Charbonneau, A., “El Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT: de la promoción a la aplicación”, *Revista General Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 36, 2014, Editorial Iustel, pp. 175-176.

⁷⁰¹ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE n. 180, de 25 de julio 2014.

en función de la norma nacional a la que hagamos referencia⁷⁰², si bien la disposición que vino a establecer el alcance del ámbito objetivo y subjetivo del Convenio en nuestra normativa se encuentra en la circular de 19 de abril de 2013 de la Dirección General de la Marina Mercante donde se explicitaba el contenido de los términos de gente de mar y buque, sin abordar el de naviero, postura incomprensible habida cuenta de los problemas que suscita la determinación de esta última figura⁷⁰³. En consecuencia, en virtud de la Circular, el significado del término “gente de mar”, único en el que nos detendremos al no haberse concretado el de naviero, abarca a aquellos que con formación suficiente ejercen funciones profesionales marítimas – o de seguridad o prevención de la contaminación – en los buques, a los que ocupen puestos de trabajo a bordo definidos y contenidos en el Cuadro Orgánico de Obligaciones y Consignas, así como, a todos los trabajadores que desarrollen su actividad profesional habitual a bordo, incluyéndose a los guardias privados que embarcan para proteger a la tripulación por períodos de al menos tres meses. Esta definición suscita numerosas dudas y problemas a la hora de aplicar el convenio, cuestión que ha sido señalada por la doctrina⁷⁰⁴. Respecto a la implantación de las normas sobre el control del cumplimiento del Convenio, se ha acometido la labor de transposición de las Directivas señaladas. Así, mediante el Real Decreto 1004/2014, de 5 de diciembre por el que se modifica el Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, que regulaba las inspecciones de buques extranjeros en puertos Españoles⁷⁰⁵, por el que se dio cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2013/38/UE, incluyendo la última norma el procedimiento para las quejas

⁷⁰² Incluso la terminología utilizada en la LNM siendo posterior no se ajusta a lo previsto por la circular reseñada

⁷⁰³ La doctrina ha señalado la problemática que se propicia con la posición de las agencias de *manning* en el ordenamiento jurídico español, de frecuente utilización en este sector, que suelen usarse para eludir responsabilidades por parte de la empresa contratante de la mano de obra y que podemos entender que pueden considerarse como empresarios a efectos laborales, de hecho la LNM las considera responsables solidarios junto al armador del cumplimiento del contrato celebrado, imponiendo asimismo la obligación de concertar un seguro para responder de las posibles indemnizaciones que pudiesen generarse en caso de muerte, incapacidad por accidente y repatriación, similares a las establecidas en la normativa de seguridad social, vid. art. 164 Ley de la Navegación Marítima. Con mayor profundidad sobre estas agencias y su consideración, o no, como empresarios, vid. Fotinopoulou Basurko, O., “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *óp. cit.*, pp. 158-159.

⁷⁰⁴ Vid. Fotinopoulou Basurko, O., “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *óp. cit.*, pp. 152-158.

⁷⁰⁵ BOE n. 295, de 6 de diciembre de 2014.

en tierra. En lo que respecta al control de buques españoles, la promulgación del Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, ha venido a finalizar estas actuaciones⁷⁰⁶. La norma viene a modificar lo previsto en el derogado Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles. Se establecen, por una parte, reglas para la supervisión, control y garantía del cumplimiento del MLC, instituyendo el sistema y atribución de competencias para la emisión de certificados. Y, por otra parte, recoge el procedimiento para interponer las quejas, tanto a bordo como en tierra para los buques de bandera nacional respecto de incumplimientos del convenio, reproduciendo lo previsto en el MLC. Resulta visible que España no ha actuado con la celeridad que hubiera sido de esperar para la implementación de estas cuestiones, que no ha tenido lugar hasta 2015. En consecuencia, podría pensarse que el Estado español ha tardado en implementar el referido sistema de control, pero que se trata de un instrumento normativo perfectamente adecuado a lo requerido por las normas internacionales. Sin embargo, se evidencian algunos problemas, puesto que la norma establece que se consideran de aplicación respecto de sus disposiciones, las definiciones contenidas en el Acuerdo de 19 de mayo de 2008, celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) relativo al CTM 2006. Por tanto, se nos plantea la duda de si estamos ante un ámbito subjetivo y objetivo de aplicación más amplio, diferente del establecido para el Convenio mediante la Circular anteriormente reseñada.

La norma anotada establece, finalmente, la distribución de competencias en relación al control, inspección y certificación de las condiciones de vida y trabajo de la gente de mar, que se atribuye a la Dirección General de la Marina Mercante (Ministerio de Fomento) junto a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina (ambos dependientes del Ministerio de Empleo) en función de las distintas materias recogidas en el MLC. Este reparto, aunque viene a confirmar lo ya realizado *de facto* por la Administración española hasta el momento⁷⁰⁷,

⁷⁰⁶ BOE n. 111, de 9 de mayo de 2015. Puede verse un breve comentario al texto, Fotinopoulou Basurko, O., “El control y certificación de las cuestiones sociales por el Estado del pabellón: el caso de España y el recientemente adoptado Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo”, disponible en la siguiente dirección electrónica <http://humansea.hypotheses.org/283>

⁷⁰⁷ Vid. Fotinopoulou Basurko, O., “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre

pero a nuestro juicio es merecedora de crítica puesto que consideramos que la Inspección de Trabajo que es quien debía haber organizado y dirigido el sistema de inspecciones⁷⁰⁸ – sin perjuicio de la colaboración de la DGMM para cuestiones técnicas – ya que es quien tiene competencia sobre cuestiones sociales respecto de los buques españoles.

4. La implementación del MLC en el Reino Unido y en Francia: una mirada comparada

En el marco de la UE otros países también han llevado a cabo la labor de implementación del Convenio. En este sentido, tanto el Reino Unido como Francia han adecuado su ordenamiento jurídico previamente a la entrada en vigor del MLC. Analizaremos su actuación, deteniéndonos en las cuestiones problemáticas reseñadas en el análisis del caso español.

4.1. La implementación del MLC en el Reino Unido

A diferencia de lo sucedido en España, el Reino Unido, con tradición marítima ancestral, no ha tenido la apremiante necesidad de ratificar con prontitud el MLC. A tal efecto, la ratificación del instrumento internacional no tuvo lugar hasta el 7 de agosto de 2013, poco antes de su entrada en vigor a nivel internacional.

La implementación del MLC en su ordenamiento jurídico parte de modificaciones parciales a la Merchant Shipping Act 1995 y normativa complementaria⁷⁰⁹, lo que se ha cumplido en el plazo establecido para su transposición en la Directiva 2009/13. Las distintas modificaciones

la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *óp. cit.*, pp. 173-177.

⁷⁰⁸ Tanto en la norma vigente, art. 4, como en el proyecto de ley ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 27 de marzo de 2014 art. 19.1 b), publicado el viernes 10 de abril de 2015 en el BOGD, se establece como ámbito de la inspección de trabajo “Los buques de pabellón español de la marina mercante (...) que se hallen en puertos del territorio español o en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias para el servicio de estos que se hallen en tierra y en territorio español”.

⁷⁰⁹ Sobre estas cuestiones vid. Wynn, M., *The vulnerability of sea workers: rules and problems in the British and Irish systems*, contribución presentada en el Congreso “El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos” celebrado en Vigo 2-3 julio 2015, pendiente de publicación. Asimismo pueden consultarse los distintos instrumentos normativos en la página oficial del gobierno del Reino Unido, en la siguiente dirección electrónica, <http://www.legislation.gov.uk/>

legislativas se han realizado a través de normas como la Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) (Minimum Requirements for Seafarers) Regulations (2014) SI 2014 /1613, the Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) (Consequential and Minor Amendments) Regulations (2014) SI 2014/1614, la Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) Recruitment and Placement Regulations (2014) SI 2014/1615, la Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) (Health and Safety) (Amendment) Regulations 2014 SI 2014/1616. Asimismo, otras normas han completado el proceso, como la Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) (Hours of Work) (Amendment) Regulations (2014) SI 2014/308 y la Merchant Shipping (Maritime Labour Convention) Survey and Certification Regulations (2013) SI 2013/1785. Esta última establece el sistema de certificación y el personal que puede realizarlo a los efectos del MLC. Por tanto, todas ellas vienen a modificar la referida Merchant Shipping Act instituyendo el marco normativo necesario para la aplicación del MLC. A mayor abundamiento, el sistema se completa mediante las Merchant Shipping Notices (MSN) y las Marine Guidance Notices (MGN), notas técnicas emitidas por la Maritime and Coastguard Agency (MCA) complementarias a la Merchant Marine Act, que se han sistematizado en la MGN 270 (M) para una mayor facilidad en su búsqueda. Entre ellas hay que destacar la MSN 1848 (M)⁷¹⁰ que viene a atribuir las competencias de supervisión y certificación a la MCA.

En lo que respecta al control de buques por el Estado de abanderamiento y de puerto, conforme a lo previsto en las normas europeas, se han transpuesto las Directivas anteriormente referidas. El sistema de control por el Estado de abanderamiento se anexa a la Merchant Shipping Act mediante la MSM 1830 (M) referido a la Directiva 2009/21 y la MGN 128 (M), viene a completar lo previsto en la Directiva 2013/54. Las regulaciones sobre el control del Estado de puerto se incorporan en la Merchant Shipping (Port State Control) Regulations 2011 SI 2011/2601, que viene a realizar la transposición de la Directiva 2009/16/CE, sin que hasta la fecha se haya adecuado la normativa a las modificaciones que ha sufrido este instrumento⁷¹¹. Esta norma se completa mediante la MSN 1832 (M) sobre Port State Control. Asimismo, el sistema de quejas a bordo y en puerto que se establece en el MLC, aparece reflejado en la MGN 487 (M) sobre On-Shore Complaints, que debe ser tenida en cuenta junto a la Regulation 13 de la Merchant Shipping (Maritime Labour

⁷¹⁰ 28 de julio de 2013.

⁷¹¹ Las inspecciones a buques de bandera inglesa en orden a la obtención de certificados conforme el MLC se atribuyen a la Maritime and Coastguard Agency, al igual que las que se realizan a buques en puerto de otras nacionalidades.

Convention) (Survey and Certification) Regulations 2013 (S.I. 2013/1785), y la MSN 1849(M) regarding on-board complaints procedures.

Ahora bien, analizando aquellos puntos débiles que se evidenciaban en la actuación del Estado español, podemos establecer que el Reino Unido se ha ido preparando para la correcta aplicación del Convenio. Por consiguiente, se resolvió la cuestión de las definiciones a los efectos del Convenio, en un momento previo a la entrada en vigor del mismo, mediante la MGN 471(M) sobre el Convenio de Trabajo Marítimo⁷¹², que establece las definiciones de buque, armador y marino. En lo que respecta a las definiciones, sí que aborda el término armador, considerando como tales los que figuren reseñados en el Certificado de Trabajo Marítimo previsto en el MLC. En caso de que el buque no haya sido certificado lo será cualquier persona u organización que haya asumido por parte del armador la responsabilidad de la operación del buque. La acepción de marino incluye expresamente a los capitanes, si bien se circunscribe únicamente al personal cuyo lugar habitual de trabajo es el buque. Por último, la atribución de competencias para la emisión de certificados, revisiones e inspecciones relacionadas con el MLC se concreta en la MCA manteniendo un sistema acorde con el ya previsto para el resto de certificados marítimos.

4.2. La implementación del MLC en Francia

La situación en Francia no difiere demasiado de lo previsto en líneas anteriores. El vecino país galo ratificó el Convenio el 18 de febrero de 2013⁷¹³, aunque tuvo una participación muy importante en la elaboración del MLC puesto que no sólo financió junto con Noruega los trabajos para su culminación, sino que también tuvo gran protagonismo mediante la intervención del presidente – a la sazón de nacionalidad francesa – del Grupo de Alto nivel constituido en el seno de la Comisión Paritaria Marítima en 2001, que dio como resultado el acuerdo sobre la especial estructura del Convenio⁷¹⁴.

⁷¹² Según los datos del Gobierno del Reino Unido es de 28 Septiembre 2013.

⁷¹³ Fue el decimotercer Estado de la UE en ratificarlo, autorizando dicha ratificación el Gobierno francés mediante la Ley n. 2012-1320 de 29 de noviembre.

⁷¹⁴ Véase un breve apunte sobre la participación francesa en la elaboración del MLC en Chaumette, P., “La ratificación y la transposición del Convenio OIT de Trabajo Marítimo (MLC 2006). Ley n. 2013-619 de 16 de julio de 2013, por la que se aprueban diversas disposiciones de adaptación al Derecho de la Unión Europea en el marco de un desarrollo sostenible, Título II, Capítulo III”, *Revista General Derecho del Trabajo y de la*

En Francia la integración del MLC parte de la transposición de la Directiva 2009/13/CE, que ha sido realizada mediante la Ley 2013-619 de 16 de julio de 2013, en concreto en el capítulo III⁷¹⁵. La norma modifica la parte legislativa del Código de transporte francés e integra los cuatro primeros títulos del MLC, tal como se establece en la Directiva, así como, lo referente a las quejas a bordo previsto en el Título V del Convenio. Estas modificaciones legislativas han culminado el proceso de modernización francés del Derecho marítimo⁷¹⁶.

La República francesa también ha integrado en su ordenamiento las normas europeas sobre control de cumplimiento. La Directiva 2009/16/CE sobre control de Estado de puerto ha sido transpuesta mediante varias disposiciones, entre las que destaca la Ley n° 2011-12 de 5 enero 2011 que incluye diversas disposiciones de adaptación de la legislación al Derecho de la Unión Europea. También la Ordenanza n° 2011-635 de 9 junio 2011 adapta el Código de transportes al Derecho de la Unión Europea y a distintos acuerdos internacionales sobre el transporte y la seguridad marítima. Del mismo modo, la Directiva 2013/38/UE igualmente ha sido transpuesta mediante la Orden de 1 de diciembre de 2014 que modifica la de 23 noviembre 1987 relativa a la seguridad de los buques. Por último, la Directiva 2009/21/CE, se introduce mediante el Decreto n° 2012-161 de 30 enero 2012 que modifica el n° 84-810 de 30 agosto de 1984 para salvaguardar la vida humana en el mar y la prevención de la polución, así como el Decreto n° 2014-1428 de 1 diciembre que modifica el anterior.

Seguridad Social, n. 36, 2014, pp.143-144.

⁷¹⁵ Si bien la implementación del Convenio ha contado con numerosas intervenciones legislativas, que pueden consultarse en Chaumette, P., “La ratificación y la transposición del Convenio OIT de Trabajo Marítimo (MLC 2006). Ley n. 2013-619 de 16 de julio de 2013, por la que se aprueban diversas disposiciones de adaptación al Derecho de la Unión Europea en el marco de un desarrollo sostenible, Título II, Capítulo III”, *óp. cit.* pp. 143-162.

⁷¹⁶ A tal efecto se produjo la desaparición del Código de Trabajo Marítimo (CTM) y del Código Disciplinario y Penal de la marina mercante (CDPMM) integrándose ambos en el nuevo Código de transporte que, a su vez, se articula con el Código de trabajo en virtud del artículo L. 5541-1 del Código de Transporte, en lo que respecta al trabajo en el mar. También el Código Disciplinario y Penal de la Marina Mercante ha sido transformado por la Orden N. 2012-1.218 de 2 de noviembre de 2012, sobre la reforma penal en el ámbito marítimo. Si bien ha sido necesario adaptar las normas laborales generales a las particularidades del trabajo en el mar, sobre esta cuestión vid. Chaumette, P., “De l'évolution du droit social des gens de mer Les marins ne sont pas des salariés comme les autres. Spécificités, banalisation et imbrication des sources”, *Neptunus, e.revue*, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Numéro spécial - 20 ans.

En consecuencia, hay que destacar que en Francia se codifican los contenidos del MLC dentro del Derecho del transporte, inserto en el Código de transporte, donde se establecen las condiciones mínimas para el trabajo a bordo, la protección de la salud y el derecho del trabajo que afecta a la gente de mar de forma sistematizada⁷¹⁷. En particular, el ante citado Código de transporte hace una clara exposición de los conceptos de aplicación a los efectos del MLC: así se establece la acepción de gente de mar y armador, lo que se realizó con carácter previo a la entrada en vigor del Convenio⁷¹⁸. La gente de mar se conforma por aquellos que se embarquen en cualquier condición para la realización de actividades profesionales, concepto muy amplio que engloba a los marinos, siendo considerados como tales los que realizan actividades para la explotación de un buque⁷¹⁹. Asimismo, el armador será toda persona por cuenta de quien un buque es armado. Se considera igualmente como armador el propietario del buque o cualquier otro operador a quien el propietario ha confiado la responsabilidad de la explotación del buque, independientemente del hecho de que otros empleadores o entidades realicen en su nombre ciertas tareas⁷²⁰. En lo que afecta a la atribución de competencias sobre las inspecciones y certificaciones, el sistema se construye de forma similar a la práctica española, de forma coordinada entre la Inspección de trabajo y la Inspección marítima⁷²¹.

⁷¹⁷ Exponiendo con gran detalle la incorporación del MLC al ordenamiento jurídico francés, vid. Chaumette, P., “La ratificación y la transposición del Convenio OIT de Trabajo Marítimo (MLC 2006).”, *óp. cit.*, pp. 143-162.

⁷¹⁸ El Código de transportes fue modificado a tal efecto en el año 2010, estableciendo la acepción de Armador (C. transp., art. L. 5511-1, 1º) y diferenciando entre marinos y gente de mar C. transp., art. L. 5511-1, 3. y art. L. 5511-1, 4º, de carácter más extenso el segundo que el primero.

⁷¹⁹ Estas definiciones, sus inclusiones o exclusiones, se desarrollarán mediante una norma reglamentaria en virtud de lo establecido en el Código de transporte art. L-5511-1.

⁷²⁰ C. transp., art. L. 5511-1, 1º, que incorpora la segunda acepción para la aplicación del título sobre transportes marítimos y de los títulos I bis y II a IV.

⁷²¹ Estableciéndose que los procesos de certificación (Regla 5.1.3 MLC) se realizará bajo la Dirección de Asuntos Marítimos (DAM) y los inspectores de seguridad de buques (ISN) en los centros de seguridad de buques (CSN), correspondientes al ámbito de los Directores interregional de Mar (DIRM). Asimismo habrán de coordinarse con la inspección del trabajo relacionada con el sector marítimo, que se integra en las direcciones regionales de empresas, la competencia, el consumo, el trabajo y Empleo (DIRECCTE), junto a los servicios de las direcciones departamentales de los territorios y el mar (DDTM) y médicos servicios de salud para la gente de mar (SSGM).

5. Conclusiones

La aprobación del MLC ha supuesto un hito para la protección de los derechos de los trabajadores del sector marítimo. Asimismo, es visible que la propia UE también ha dedicado muchos esfuerzos a la promoción e implantación del MLC, entre otras razones por la importancia económica y estratégica del transporte marítimo. A tal efecto, la UE comunitarizó, en parte, el texto internacional mediante la Directiva 2009/13/CE, e insertó el control del cumplimiento del mismo a través del procedimiento ya existente para controlar otros convenios internacionales dentro del sistema MOU. Por tanto, se han elaborado Directivas destinadas a ampliar los mecanismos de control existentes tanto del Estado de pabellón como de puerto, añadiendo la supervisión de las condiciones de vida y trabajo previstas en el MLC.

En lo que respecta a la adaptación los ordenamientos jurídicos interno a la normativa internacional y europea en España, Reino Unido y Francia se evidencia al menos en el plano teórico un esfuerzo importante, habiendo realizado el ejercicio de transposición de las Directivas europeas dentro de los plazos previstos.

Si bien hubiera sido previsible tras la rápida ratificación por España del Convenio un proceso concienzudo de adaptación, nuestro acomodo normativo al MLC ha sido apresurado e incompleto, lo que contrasta con otros países. En este sentido, se ha querido dar cuenta de la actuación normativa de España, Francia y el Reino Unido, manifestándose que los dos últimos, a diferencia de España, han adecuado sus ordenamientos con antelación a la entrada en vigor de la norma internacional. Sobre la adaptación de los distintos países se evidencian diferencias, siendo interesante destacar las que se manifiestan sobre el ámbito de aplicación subjetivo del Convenio, por lo que es visible que no se ha conseguido el objetivo previsto en el MLC de establecer una aplicación uniforme a nivel internacional. Otra cuestión que se suscita es la efectividad del sistema de control que, con independencia de quien la asuma según el país en cuestión, dependerá de la formación específica de los inspectores, lo que a nuestro juicio, debe estar intensificarse en aspectos sociales.

En nuestra opinión, la implementación adecuada en España del MLC, todavía requiere de un impulso, cuyo próximo reto será incorporar el sistema de garantía financiera en línea con las enmiendas realizadas al Convenio. Confiamos que se haga todo lo posible para subsanar las deficiencias que subsisten a día de hoy e incorporar, en su caso, las modificaciones al Convenio que se realicen, con ello se conseguirá que la

gente de mar realmente cuente con condiciones de trabajo decentes a nivel mundial.

6. Bibliografía

- Charbonneau, A., “El Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT: de la promoción a la aplicación”, *Revista General Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, n. 36, 2014.
- Chaumette, P., “La ratificación y la transposición del Convenio OIT de Trabajo Marítimo (MLC 2006). Ley n. 2013-619 de 16 de julio de 2013, por la que se aprueban diversas disposiciones de adaptación al Derecho de la Unión Europea en el marco de un desarrollo sostenible, Título II, Capítulo III”, *Revista General Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Iustel, n. 36, 2014.
- Fotinoupolou Basurko, O., *Aspectos generales del Convenio Refundido sobre el Trabajo Marítimo, 2006*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006.
- Fotinoupolou Basurko, O., “El control y certificación de las cuestiones sociales por el Estado del pabellón: el caso de España y el recientemente adoptado Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo”, disponible en la siguiente dirección electrónica <http://humansea.hypotheses.org/283>
- Fotinoupolou Basurko, O., “El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 82, 2009.
- Fotinoupolou Basurko, O., “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 112, 2014.
- Ribes Moreno, M. I., “La dotación mínima y el tiempo de trabajo: dos cuestiones con una relación directa”, en Fotinoupolou Basurko, O. (coord.), *La seguridad Marítima y los Derechos laborales de la gente de mar*, Bilbao, Editorial Gomylex, 2014.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., “El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 82, 2009.
- Wynn, M., “*The vulnerability of sea workers: rules and problems in the British and Irish systems*”, contribución presentada en el Congreso “El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos” celebrado en Vigo 2-3 julio 2015, pendiente de publicación.

La huelga como protección de los derechos colectivos del trabajo en Colombia*

Omar Ernesto CASTRO GUIZA**
Lucas CABALLERO MARTÍNEZ***

RESUMEN: La huelga, además de consagrarse como un derecho fundamental, contemplado en la Constitución Política de Colombia de 1991, se erige como una de las principales y más importantes herramientas a disposición de los trabajadores para reclamar mejoras laborales o expresar su descontento ante decisiones políticas o empresariales. El ordenamiento jurídico colombiano la establece como una de las etapas dentro de la negociación colectiva, aunque la excesiva regulación en la materia, hacen de la huelga un derecho de difícil acceso, el cual de no ejercitarse en debida forma, puede llegar a ser contraproducente para los intereses de los trabajadores.

Palabras clave: Huelga, derecho, trabajador, empleador, conflicto colectivo de trabajo.

SUMARIO: 1. Descripción y formulación del problema. 2. Hipótesis, objetivos, diseño metodológico y justificación. 3. Estado del arte. 3.1. Evolución histórica. 3.2. La huelga en el plano internacional. 3.3. El conflicto colectivo de trabajo. 3.4. La huelga en Colombia y su evolución histórica. 4. Marco teórico-conceptual. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Artículo de Reflexión, grupo de investigación Trabajo y sociedad de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Ibagué.

** Abogado, especializado en Derecho Laboral, Magister en Derecho, Doctor en Derecho(c). Profesor Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué.

*** Abogado, especializado en Docencia universitaria, Magister en educación. Profesor Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué.

1. Descripción y formulación del problema

La huelga, consagrado como derecho en la Constitución Política de Colombia, no es absoluto. Según lo ha dicho la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, este derecho está limitado por la salvaguarda del orden público, lo que supondría la concurrencia de dos características: la primera, que debe adelantarse en un ambiente democrático – dados los requisitos que la ley exige para su declaratoria –, y la segunda, que el desarrollo de la misma debe darse en un ambiente pacífico.

En ese mismo orden, la Carta Magna de 1991 supuso la introducción de mayores garantías para los trabajadores en términos de seguridad social, derechos sindicales, y laborales en general; sin embargo, dichos límites han sido, por mucho, rebasados en la legislación actual colombiana, dada la regulación exhaustiva en relación al ejercicio de la libertad de huelga, puesto que la limita tan solo a una etapa del conflicto colectivo, además de imponerle una serie de requisitos tales que dificultan su ejercicio efectivo, por cuanto su excesiva regulación hace que tal derecho se torne limitado, toda vez que – como se dijo –, solamente es permitida como una etapa dentro de la negociación colectiva, dificultado su desarrollo efectivo.

¿Qué tan efectivo resulta ser el ejercicio del derecho a la huelga en procura de la defensa de los derechos laborales en el desarrollo de un conflicto colectivo de trabajo?

2. Hipótesis, objetivos, diseño metodológico y justificación

Para determinar la prosperidad o fracaso de la huelga, es necesario conocer por parte de los trabajadores sus antecedentes históricos de todo orden, así como el problema al que se enfrentan y sus fatales consecuencias en caso de declararse ilegal.

El objetivo general, por lo tanto, es determinar la efectividad del ejercicio del derecho de huelga en la lucha por la reivindicación de derechos laborales en Colombia. Objetivos más específicos son, por un lado, el de identificar la evolución histórica del ejercicio de la huelga en Colombia y su comparativo con otras legislaciones y, por el otro, el de establecer los mecanismos y herramientas jurídicas existentes en la normatividad actual colombiana en relación con el derecho de huelga.

El presente artículo utilizará un método de investigación descriptivo y explicativo, que en palabras de Hernández y otros se refieren a: “los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestran un

evento, una comunidad, un fenómeno, hecho contexto o situación”⁷²².

En la labor de la recolección de la información se acudirá a fuentes primarias y secundarias; las primarias constituidas por la Constitución política de 1991, leyes, decretos, pronunciamientos de la Corte Constitucional y documentos de centros académicos. En relación a las fuentes secundarias, estas proceden de documentos publicados por la ONU, OIT, instituciones gubernamentales, libros y artículos relacionados. La justificación de este trabajo radica en el hecho de que la historia colombiana reciente muestra el derecho de huelga como una de las más grandes conquistas de los trabajadores colombianos, puesto que se constituye como un mecanismo de presión legítimamente reconocido a los trabajadores para poner fin a conflictos económicos o jurídicos surgidos de una relación laboral entre trabajadores y un empleador; opción considerada como último recurso cuando se han agotado las vías del dialogo y la conciliación.

Pero no resulta suficiente la simple declaratoria del estado de huelga por parte de los trabajadores, pues, según la legislación colombiana, para llegar a la misma – considerada esta como una etapa durante el conflicto colectivo de trabajo – es menester satisfacer una serie de requisitos y pasos previos, consagrados taxativamente en los artículos 429 y subsiguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior permite inferir, tan siquiera superficialmente dos cosas importantes: la primera, que el ejercicio de la huelga se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia⁷²³ y ampliamente regulado por la legislación actual colombiana, y la segunda, que no basta con la simple declaratoria del estado de huelga, sino que previo a la misma, se deben surtir toda una serie de pasos para llegar a la misma.

Ahora, ¿Qué tan efectiva resulta la huelga durante el desarrollo de un conflicto? Es decir, una vez agotados todos y cada uno de los mecanismos legales, existentes y previos a su declaratoria ¿qué tan factible resulta para los intereses de los trabajadores que se declaren en estado de huelga, aun sabiendo las consecuencias económicas y jurídicas que la misma presume? Lo anterior haría suponer que la huelga no es una finalidad en si misma sino un medio, nacido de las necesidades propias de la búsqueda de un orden jurídico justo en las relaciones obrero-patronales, lo que no significa que dichas luchas alcancen siempre su cometido final, de ahí la necesidad de un análisis reflexivo que permita identificar su alcance y verdadera

⁷²² Hernandez, R., Fernndez Collado, C. y Baptista Lucio, P., *Metodología de la Investigación*, México, DF., McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 120.

⁷²³ Al respecto, el artículo 56 constitucional garantiza el derecho de huelga, siendo este conexo con los convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT.

efectividad.

3. Estado del arte

3.1. Evolución histórica

Para poder comprender la huelga desde sus inicios, es necesario tener en cuenta los movimientos obreros generados en el Siglo XVIII que, a partir de la Revolución Industrial se gestaron para oponerse a las condiciones laborales imperantes durante este proceso económico. Para autores como Guerrero Figueroa (1996) la huelga nació del liberalismo industrial con el desarrollo financiero del mismo sistema, motivo por el cual para comprender su desarrollo debe estudiarse desde la Revolución Francesa en adelante.

Así las cosas, en sus inicios la huelga era considerada como una infracción o violación a las normas positivas existentes. El sistema liberal individualista imperante, consagrado a partir de la Revolución Francesa, consideraba que se debían incrementar las libertades individuales, pero de forma absoluta, filosofía que llevó a la disolución de corporaciones existentes en la edad media y a la prohibición de las mismas, así como de los grupos de personas, incluso llegando a la prohibición de personerías jurídicas de asociaciones y agremiaciones, pues según esta filosofía, no era posible que frente a los individuos, particularmente considerados, se opusieran grupos o asociaciones sociales, lo que llevó inevitablemente a que las huelgas quedaran prohibidas, pues las mismas atentaban contra la libertad de un determinado gremio o de una determinada clase como la burguesía, considerada ésta como medida ilícita y elevada a la categoría de delito en el Código de Napoleón de 1810, cuya pena contemplaba prisión para aquellos trabajadores que entraran en ella.

Pero, en vista de que la huelga obedecía más a un hecho social que a simples hechos aislados generados a partir de relaciones de trabajo, el Estado, aun en práctica de su conocida filosofía del *laissez faire, laissez passer*, no pudo hacer caso omiso a tal situación, por lo que se vio obligado a derogar las normas que consideraban la huelga como un delito para ser consagrada como un simple hecho, sin la intervención del Estado. Pero la exclusión de la huelga como delito del ordenamiento jurídico existente no sería suficiente, pues las consecuencias para los trabajadores que entraran en la misma resultaba contraria a sus intereses, pues el patrono los despedía una vez se declaraban en huelga, y ante la indiferencia del Estado frente a este hecho, vinieron entonces las huelgas de solidaridad,

consistentes en que cuando un trabajador era despedido por un patrono los trabajadores de otras empresas se declaraban solidarios con el trabajador despedido, lo cual producía serias connotaciones sociales, perjuicios en los servicios públicos y atentaba contra todo el orden público existente⁷²⁴.

Ante tal situación, el Estado se ve obligado por primera vez a intervenir a fin de encauzar las huelgas por procedimientos legales. Levanta su prohibición y la considera como un derecho pero de carácter individual. Para Berguer (en Guerrero Figueroa, p.213, 1996) “la huelga es un derecho, razonando que así como el trabajador tiene el derecho de trabajar, como el de no trabajar, cuando se considera individualmente, así también cuando varios trabajadores se agrupan tiene el mismo derecho a trabajar o no trabajar”⁷²⁵.

En efecto, del periodo de innovación industrial y el acelerado proceso tecnológico de la época que contó con el aporte de una mano de obra mal remunerada y sometida a excesivas jornadas de trabajo, entre otras condiciones inhumanas por demás, tal como lo relatan en detalle autores que han examinado con mayor profundidad este fenómeno, lo cual, agregado a otras situaciones de orden social que coadyuvaron al descontento de los trabajadores y al surgimiento de movimientos obreros, cuyas primeras formas asociativas, radicales en su accionar dado el contexto histórico de la época, dieron origen a los actuales movimientos sindicales y a la huelga como una de sus principales manifestaciones de poder.

3.2. La huelga en el plano internacional

Como se ha visto, la huelga es uno de los mecanismos esenciales con que cuentan los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales, pues estos no solo se limitan a la consecución de mejores condiciones de trabajo y a la satisfacción de reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que también alcanzan esferas mucho más altas, que incluyen la búsqueda de soluciones para las problemáticas de la política económica y social o de estirpe eminentemente laborales y que atañen directamente a los trabajadores.

En el plano del derecho internacional, se tiene que la huelga se encuentra

⁷²⁴ Guerrero Figueroa, G., *Compendio de Derecho Laboral. Derecho Colectivo del Trabajo*, Santafé de Bogotá, D. C., Editorial Leyer, p. 437.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 213.

explícitamente reconocida en el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966)⁷²⁶. Pero sería la Carta Social Europea el primer instrumento internacional que reconoció de manera explícita el derecho de huelga en caso de un conflicto de intereses, a reserva de las obligaciones contraídas en virtud de contratos colectivos vigentes. Y es precisamente en algunos de los países de la Unión Europea donde se centrará el estudio del derecho comparado en relación a la huelga, teniendo cuenta aspectos generales que dificultan en gran medida un análisis comparado de la misma en diferentes países, dada la ausencia de un concepto que la defina explícitamente en sus legislaciones. Así por ejemplo, en algunos países de la Unión Europea se incluyen en dicho concepto huelgas políticas, como es el caso de Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia y Noruega, o de solidaridad, mientras que en otros países, este tipo de manifestaciones son consideradas ilegales (un ejemplo de ello, países como Reino Unido, Letonia, Luxemburgo e incluso los Países Bajos). Cuestiones que llaman poderosamente la atención como la suspensión del contrato laboral o si por el contrario este podría conllevar al despido por considerarse una clara infracción al contrato de trabajo, tal como lo contemplan en sus legislaciones países como Austria, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido.

Ahora, no en todos los países este derecho es considerado como colectivo, pues en legislaciones como Italia, Francia y Bélgica, este derecho es individual, mientras que en otros como Grecia, República Checa, Eslovaquia, Suecia y Alemania, este derecho se debe ejercer mediante representación sindical.

Del anterior estudio se desprende que el derecho de huelga no ha sido reconocido de manera uniforme, por el contrario, hay disposiciones muy diversas al respecto. Mientras que para unos países su reconocimiento es tácito o explícito, en muchos otros éste se encuentra limitado por restricciones de diversos alcances y variable rigor, motivo por el cual no puede hablarse de una homogenización de criterios, sino más bien una diversificación de conceptos y alcances.

3.3. El conflicto colectivo de trabajo

No puede hablarse de huelga sin hablar de conflicto. El conflicto es

⁷²⁶ Pacto adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y cuya fecha de entrada en vigencia data del 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del mismo pacto.

controversia, la controversia es, en palabras de la Real Academia Española (2015) “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”⁷²⁷; así las cosas, la mera existencia de relaciones sociales entre individuos supone igualmente la existencia de conflictos y consensos, situación de la que no se encuentran exentos las organizaciones, agremiaciones, agrupaciones de personas, entre otras y que, en el campo laboral, con la existencia de las relaciones obrero-patronales, no se elaboran los objetivos de una y otra parte actuantes en el escenario productivo, fijando como meta el conflicto en sí mismo. El capital aspira rentabilidad y acumulación. El trabajo aspira una retribución y condiciones de trabajo que le permiten mejorar su nivel de vida, así como el de sus dependientes. El conflicto, al igual que el consenso, se construye. No viene de la nada, viene de las relaciones sociales, de cómo ellas funcionen.

En sentido lato, puede afirmarse que conflicto viene del *conflictus*, que significa lo más recio de un combate, choque, combate prolongado. Punto en que parece incierto el resultado de la pelea. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida⁷²⁸.

Un gran número de autores se han referido al tema del conflicto como una “percibida diferencia de intereses entre dos partes que hace que las aspiraciones conscientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente”⁷²⁹, motivo por el cual se ha llegado a decir, con toda razón, que el conflicto está en la mente de las personas, no siendo en consecuencia una categoría objetiva, sino más bien subjetiva.

Así las cosas, se puede decir que la convivencia social es considerada una mina abundante de conflictos, donde la fuente más abundante de molestia son los demás⁷³⁰.

De modo pues que el conflicto define al conjunto de dos o más hipotéticas situaciones que son excluyentes entre sí, lo que se traduce en que no pueden darse en forma simultánea. Por lo tanto, cuando surge un conflicto, se produce un enfrentamiento, una pelea, una lucha o una discusión, donde una de las partes intervinientes intenta imponerse a la otra.

Si se toma como referencia lo dicho al comienzo, se puede decir que un conflicto es una situación en la que dos o más personas no están de

⁷²⁷ Real academia Española, 2015.

⁷²⁸ Diccionario Enciclopédico Salvat, 2010.

⁷²⁹ Barreto, H., Cristancho, A., Devis-Morales, E., Duque, F., García, J., Giraldo, J.M., Gómez, D., Izquierdo, M., Jiménez, F., Olano, H., Rodríguez, J. y Suarez. G., *Curso De Conciliación*, Editorial Doctrina y Ley. Bogotá D.C., 2002.

⁷³⁰ Coser, L. A., *The Functions of Social Conflict*, New York, The Free Press, 1956.

acuerdo con el modo de actuar de un individuo o un grupo. Para que esta situación exista es necesario que exista un desacuerdo que no haya sabido resolverse. Un conflicto es una situación universal que únicamente puede solucionarse a partir de un cambio social⁷³¹. Karl Marx (En Dahrendorf, 1979), por su parte, ubicaba al origen del conflicto en la dialéctica del materialismo y en la lucha de clases.

Las teorías existentes sobre el conflicto social permiten entender la necesidad de contar con un cierto orden dentro de la sociedad, cuyos miembros deben integrarse. Para esto deben desarrollarse políticas de consenso e instrumentarse acciones de coerción.

El conflicto puede analizarse entonces a partir de diversas perspectivas a nivel social. En general se lo entiende a través de la moral o la justicia, con consecuencias negativas ya que puede destruir o hasta desintegrar una sociedad. Se puede aceptar, de todas maneras, que el conflicto tenga una función positiva gracias a su dinamismo (promueve el cambio social).

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, González Charry (1985) sostiene que “el conflicto colectivo fue entendido inicialmente como un choque entre fuerzas del capital y del trabajo entre los cuales actuaba el Estado como mediador”, criterio reemplazado parcialmente dado el papel activo del Estado como “patrono”, en atención a las múltiples actividades económicas que gestiona y a su intensa tarea de intervención sobre la economía nacional, que lo han llevado a asumir papeles muy parecidos a los de la industria privada.

Por conflicto del trabajo o de índole laboral, puede entenderse “cualquier discrepancia entre un patrono y un trabajador; entre un patrono y un grupo de trabajadores; entre varios patronos y varios trabajadores; con origen en una relación de trabajo o en una negociación colectiva, pasando por todas las etapas previas, intermedias o posteriores a la situación antagónica”⁷³².

Por lo tanto, el conflicto colectivo de trabajo es aquel relacionado con aquellas situaciones derivadas de la negociación colectiva⁷³³; esto pues,

⁷³¹ Dahrendorf, R, *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Londres, Ediciones Rialp Editores, 1979.

⁷³² Afanador Núñez, F., *Derecho colectivo del trabajo*. 3ª Edición, Bogotá, Legis, 1999.

⁷³³ En este punto debe tenerse en cuenta que la legislación colombiana no precisa en qué consiste un conflicto colectivo de trabajo. Aun así, el Código Sustantivo del Trabajo dedica el Título II de la Segunda Parte del mismo a los *conflictos colectivos del trabajo* a partir del artículo 429 y subsiguientes, aunque se dedica exclusivamente a reglamentar el proceso de negociación colectiva. Dicho de otro modo, el legislador colombiano entendió el conflicto colectivo de trabajo como aquel circunscrito a la negociación colectiva y concretamente a las actuaciones que pueden surtirse a partir del momento mismo de la presentación de un pliego de peticiones al empleador hasta su solución

para precisar un punto de vista a la luz de nuestra legislación pues, en términos generales, todo conflicto que tenga interés para una agrupación de trabajadores como todo aquello que pueda afectarlos de manera general en su solución, puede ser considerado dentro del criterio doctrinario de un conflicto de trabajo.

En este punto resultan más claras las diferenciaciones conceptuales entre los conflictos de origen común a los de origen laboral, pues, tratándose del objeto de la divergencia y su enfoque jurídico, la relación *jurídico-patrimonial* que determina los caracteres del litigio de derecho común, es distinta a la relación *jurídica-personal* que se manifiesta en las contiendas del trabajo, al igual que las consecuencias económicas y sociales que el mismo alcanza, pues las contiendas de origen común se ubican en la órbita señalada por el límite patrimonial de las partes, mientras que la laboral tiene sus efectos generalizados en un sector poblacional, como los trabajadores, por ejemplo.

En cuanto a su clasificación, no existe una rigurosa clasificación doctrinaria o jurisprudencial de los conflictos laborales, aun cuando una gran diversidad de autores ha hecho referencia al tema, coincidiendo en las mismas precisiones generales, orientados en su mayoría por las definiciones de la Oficina Internacional del Trabajo⁷³⁴.

Así las cosas, según dicha entidad:

“los *conflictos de derecho* o querellas jurídicas se relacionan con la interpretación o aplicación de una norma jurídica existente, por ejemplo, una ley o un contrato colectivo. Los *conflictos de interés* o querellas económicas surgen cuando en el curso de las negociaciones colectivas de un sindicato presenta una nueva demanda, como por ejemplo, la obtención de remuneraciones más elevadas o de jornadas más cortas. Otra distinción originada en Francia, es la que existe entre los conflictos individuales y los conflictos colectivos, distinción que sigue haciéndose en diversos países, entre otros Bélgica y España, algunos de América Latina y los de habla francesa de África. En realidad se trata de una subdivisión dentro de los conflictos de derecho, pues en la práctica los conflictos de intereses son siempre colectivos”.

Por su parte, De la Cueva (En Afanador Núñez, 1999) sostiene que “entre las varias características de los conflictos de trabajo, dos resultan de particular importancia: primeramente, una de las personas que intervengan en el conflicto, por lo menos, debe ser sujeto de una relación de trabajo

directa, o por la vía indirecta del procedimiento arbitral.

⁷³⁴ Según el informe de dicha entidad, un gran número de países clasifican los conflictos laborales en dos grandes grupos: *conflictos de derecho* y *conflictos de interés* (OIT, 1985).

(...) y prosigue afirmando que en segundo lugar, la materia sobre la que verse el conflicto ha de estar regido por las normas del derecho del trabajo”.

Por tanto, la clasificación de los conflictos laborales puede sintetizarse en dos categorías: la primera, que toma en cuenta los sujetos que en ella intervienen, siendo estos conflictos individuales o colectivos; y la segunda, que parte de la materia del mismo, siendo estos conflictos económicos o de intereses y jurídicos o de derecho.

3.4. La huelga en Colombia y su evolución histórica

La historia de la lucha de la clase obrera colombiana es relativamente reciente, pues sus primeras luchas se sitúan en el periodo comprendido de los años 1878 a 1919, donde tuvieron lugar las primeras huelgas en el país como parte del desarrollo de la infraestructura para el mercado mundial, pero su capacidad de lucha es mínima y estaba reducida a la región. Las primeras huelgas que de las que se tiene conocimiento en Colombia fueron las del Ferrocarril del Pacífico, en Noviembre 2 de 1878 y la del Canal de Panamá en enero 31 de 1884, las dos por alza de salarios. Ya para el año 1910, a lo largo del país circulaban periódicos y hojas-volantes que hablaban sobre las precarias condiciones de la clase obrera y trabajadora, exhortándolos a la lucha por mejores salarios y condiciones de trabajo, algunas de las cuales eran *La Libertad*, *El Industrial*, *El Obrero de Buga*, *El Camarada de Tumaco* y *El Comunista de Cartagena*⁷³⁵.

En materia legislativa, en el año 1918, se expiden el Decreto 002 del mismo año y en 1919 la ley 78, primeras normas en materia de derecho colectivo, a través de las cuales se establecen límites al derecho de huelga. Para el año siguiente, se expide la ley 21 de 1920, la cual consagra el arreglo directo, la conciliación y el arbitraje para la solución de los conflictos laborales, estableciendo prohibiciones para el ejercicio de la huelga en algunos sectores tales como transporte, alumbrado, higiene, aseo, entre otros, sectores donde paradójicamente, se estaban empezando a sentir las primeras manifestaciones por parte de los trabajadores.

Para mediados de 1924 se presentó ante la Cámara de Representantes el primer proyecto de ley que pretendía reglamentar los sindicatos profesionales en las empresas del país, sin que dicha materia fuera acogida por los parlamentarios del momento. Tuvieron que transcurrir cerca de

⁷³⁵ Rodríguez Acosta, H., *Elementos críticos para una nueva interpretación de la historia colombiana*, Bogotá, Editorial Tupac-Amarú, 1973.

siete años para que el país viera promulgar la ley 83 de 1931, la cual marca un verdadero hito en la historia de los trabajadores en Colombia pues reconoció por primera vez varios derechos, entre ellos a la huelga y a constituir sindicatos⁷³⁶, sin injerencia de los empleadores, así mismo, planteó la necesidad de que existieran normas y leyes que les permitiera a los trabajadores defenderse de los abusos del régimen capitalista⁷³⁷. Resulta relevante resaltar que esta ley consagró en su artículo primero, la primera definición oficial de la figura del sindicato en Colombia como “la asociación de trabajadores de una misma profesión, (...) constituida exclusivamente para el estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes de su profesión, sin reparación de beneficios”⁷³⁸.

Así mismo, reglamenta la personería jurídica para los sindicatos, los autoriza para la celebración de contratos colectivos y prohíbe su participación en política (Aspectos que serían ratificados posteriormente en el Código Sustantivo del Trabajo).

Finalmente, la ley realizó la primera clasificación entre sindicatos gremiales y sindicatos industriales – confundiéndonlos con los de empresas – aunque las primeras negociaciones en dicho periodo se hicieron por rama industrial en el río Magdalena y los ferrocarriles. Además, se establecieron normas sobre la declaración de huelgas, controles del Estado, funciones detalladas y limitaciones de la composición de los sindicatos.

⁷³⁶ Es interesante señalar que esta ley, incluso se adelanta al reconocimiento del derecho de asociación y la libertad sindical consagrado en 1948 y 1949 así como de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

⁷³⁷ Desde 1924, año en el cual había sido presentado el proyecto de ley que buscaba reglamentar los sindicatos profesionales en el país y tras haber sufrido reveses a lo largo del tiempo, y dada la situación política y económica del país, en donde se presentaba el resquebrajamiento del partido conservador, el advenimiento de los liberales en la presidencia con Enrique Olaya Herrera, y la precaria situación fiscal que el país atravesaba como consecuencia de la recesión internacional, dando como resultado que en departamentos como Antioquia, Atlántico y aun en Bogotá se presentaran despidos masivos de trabajadores y protestas por parte de obreros y ciudadanos en general por las precarias condiciones de vida en las que se encontraba la población de varias ciudades.

Con este escenario de fondo, la Cámara de representantes se vio en la obligación de retomar las discusiones sobre las organizaciones sindicales y finalmente para 1930 el Representante José Joaquín Caicedo presentó formalmente el proyecto de ley sobre organizaciones sindicales que daría origen a la ley 83.

Según el Representante, el objetivo de este proyecto de ley era “fomentar y estimular el espíritu de asociación entre los diversos gremios, oficios y profesionales. Porque ello traerá un progreso manifiesto para la sociedad, desde luego que organizados los gremios, sus intereses estarán mejor defendidos; sus miembros procurarán su mayor perfeccionamiento moral e intelectual, y también lucharán por obtener su bienestar económico” (Pardo, s/f).

⁷³⁸ Congreso de la Republica, 1931.

Así las cosas, la ley 83 vino a otorgar el reconocimiento legal a los sindicatos en Colombia, convirtiéndose así en una de los pilares más importantes para el fortalecimiento de la organización gremial de los trabajadores y la plataforma legal para la garantía de condiciones dignas de trabajo para la clase obrera colombiana.

Posterior a ello, mientras Alfonso López Pumarejo ocupaba la presidencia de la República de Colombia, se expidió el acto legislativo No 1 de 1936 el cual incorporó varias reformas a la Constitución de 1886, sentando las bases para la construcción de un Estado social, entre ellas la eliminación de las restricciones existentes para la participación ciudadana, eliminando las restricciones al derecho de sufragio para los hombres mayores de 21 años que no supieran leer y escribir; para las mujeres, que, sin ser consideradas ciudadanas aun para efectos del sufragio, se les concedió el derecho de ocupar cargos públicos, pero lo realmente relevante – por lo menos para esta investigación – es el reconocimiento constitucional del derecho a la huelga, consagrado en el artículo 20 del mencionado acto, el cual se encargó de garantizar este derecho, salvo en los servicios públicos y en los términos de ley⁷³⁹.

En este punto resulta importante no dejar pasar por alto los hechos ocurridos en el municipio de Bello, departamento de Antioquia, donde tuvo lugar para el año de 1920 una de las huelgas obreras más significativas de la historia sindical colombiana⁷⁴⁰, no sólo porque paralizó por tres semanas el principal emporio textil de ese momento: la Compañía Antioqueña de Tejidos, mejor conocida como la Fábrica de Tejidos de Bello; sino porque quienes la impulsaron y sacaron triunfante fueron cerca de 400 mujeres obreras, en una época en que el rol social de la mujer no era precisamente el huelguista, pues se entendía socialmente hablando, que su lugar natural era el hogar y la sumisión uno de sus valores preclaros.

El paro de las obreras de Bello fue el primero que se identificó con el

⁷³⁹ Al respecto, el artículo 20 estableció “Artículo 20. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.

⁷⁴⁰ La historia muestra que entre 1919 y 1920 Colombia registro 33 paros de trabajadores que buscaban mejorar sus condiciones laborales, los cuales eran desorganizados, cercanos más bien a la asonada y al motín, pues para ese entonces, el sindicalismo era un tema en formación. Los paros más sonados fueron los de los artesanos de Bogotá, los mineros de Segovia, los ferroviarios del Magdalena, y los sastres y zapateros de Medellín, Caldas, Manizales y Bucaramanga. Todos protagonizados por hombres, porque era inconcebible un paro liderado por mujeres.

rótulo de “huelga”, y, al igual que los paros precedentes, éste fue espontáneo, surgido de la desesperación de las obreras ante el maltrato y la explotación, rayana con la esclavitud, a la que eran sometidas, liderada por la hasta ese entonces anónima y hoy histórica Betsabé Espinal, obrera de 24 años de edad a quien sus compañeras respetaban y acataban por su talante decidido, don de mando y de recio carácter.

4. Marco teórico-conceptual

La huelga, entendida como la acción directa de los trabajadores para forzar a un empleador al cumplimiento de derechos y prerrogativas legales, así como a aceptar condiciones de trabajo o dadas de tipo económico y prestacional, principalmente, ampliamente defendida por unos y criticada por otros, se ha constituido durante el último siglo, en un mecanismo o instrumento de presión legítimamente reconocido a los trabajadores para solucionar sus conflictos económicos o jurídicos con el empleador; es una opción considerada como último recurso cuando se han agotado las vías del diálogo y la conciliación.

En ese orden de ideas, se define la huelga como “la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos en el presente título”⁷⁴¹.

Nótese entonces que el ejercicio de la huelga se encuentra circunscrito a que los trabajadores deban sujetarse a un mínimo de condiciones para su validez y eficacia, algunas de ellas originadas en las disposiciones jurídicas que la autorizan y otras derivadas de sus medios y objetivos. En este aspecto el artículo 431 del Código Sustantivo del Trabajo reitera que no puede efectuarse una suspensión colectiva de trabajo sin haberse cumplido previamente los procedimientos previstos en las normas legales. Pero dicho derecho no resulta ser absoluto, pues a continuación, el artículo 430 del mismo código consagra la prohibición de la misma en caso de los servicios públicos, que al igual que la huelga, goza de protección constitucional, pues la Carta Magna de 1991 consagra en su artículo 56 la prohibición para las empresas de servicios públicos, que al tenor de la norma reza así: “se garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”⁷⁴². Por

⁷⁴¹ Código Sustantivo del Trabajo.

⁷⁴² Constitución Política de Colombia, 1991.

consiguiente, debe entenderse por servicios públicos esenciales como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas⁷⁴³”.

Ahora bien, aun cuando la Constitución pretendió facultar al legislador para la definición de lo que debería considerarse como servicio público esencial, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha hecho lo propio, estableciendo el alcance de dicha norma, procediendo a la declaratoria de inexecutable de algunos de los literales contenidos en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, limitando su alcance e interpretando la materia.

En este punto ya debe tenerse en cuenta el procedimiento que el legislador consagró para ejercer el derecho de huelga, el cual se encuentra regulado ampliamente en los artículos 432 y subsiguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual permite evidenciar claramente dos etapas durante el desarrollo del conflicto colectivo del trabajo. La primera de ellas, conocida como el arreglo directo, la cual se muestra como una oportunidad que las partes tienen para presentar en forma sensata sus pretensiones y demandas y llegar directamente a un arreglo equitativo, mediante la búsqueda de un punto de equilibrio que no afecte los intereses del empleador ni vulnere los derechos de los trabajadores. Valga la pena aclarar que aquí no resulta relevante la condición del trabajador, es decir, si este fuere sindicalizado o no, pues se recuerda que no hace falta que medie un sindicato para que se declare existencia de un conflicto colectivo de trabajo⁷⁴⁴; así mismo, los trabajadores que participen en la negociación no podrán ser despedidos sin justa causa, pues gozan de una especial protección desde la iniciación de las conversaciones y hasta el momento en que se solucione el conflicto en cuestión⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Navas Talero, G. y Pino Canosa, S., *El abogado del trabajador*, 2ª Edición, Bogotá, Intermedio Editores S.A.S., 2013.

⁷⁴⁴ En este punto resulta pertinente traer a colación lo dicho por el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990 en su artículo 61, el cual establece que “concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento”. Nótese que el Código faculta a los trabajadores para que opten por la declaratoria de huelga sin que en ningún momento sea nombrado o contemplado en dicha normatividad la pre-existencia de un sindicato para proceder a la declaratoria de la huelga, permitiéndose concluir que la huelga es de los trabajadores más no de los sindicatos.

⁷⁴⁵ Al respecto, el Decreto 2351 de 1965 estableció en su artículo 25 que “Los

De haber acuerdo, se procederá a la suscripción de la convención colectiva o pacto colectivo, según sea el caso, o si por el contrario, no se logra un acuerdo entre las partes, se levantará la respectiva acta en la que conste cuales fueron los puntos de acuerdo y desacuerdo y el estado en que quedaron las negociaciones, debiéndose remitir copia de la misma al Ministerio del Trabajo.

Es en este punto donde inicia la segunda etapa en el conflicto colectivo de trabajo, la cual encierra dos momentos en sí misma: una, la declaratoria de la huelga⁷⁴⁶, y dos, el desarrollo de la misma. Y es en aquí donde se centra el meollo del asunto, por cuanto dependiendo del desarrollo de la huelga es que vendrán con posterioridad las consecuencias y alcances de la misma, pues si se alcanzan acuerdos entre las partes, se procederá al levantamiento de la misma y a la normalización de la actividades laborales. En caso contrario, deberá procederse conforme las estipulaciones que el Código Sustantivo del Trabajo expresa para tal fin, debiéndose decir que la misma debe desarrollarse en un ambiente ordenado y pacífico, dándole cumplimiento a las reglas para su desarrollo, siguiendo los términos para la cesación de las actividades y sin que la declaratoria de huelga sea un obstáculo para que los trabajadores decidan someter las diferencias a un tribunal de arbitramento (si así lo decide la mayoría de los trabajadores o de la asamblea general del sindicato)⁷⁴⁷ o se adelanten conversaciones directamente ante el Ministerio del Trabajo.

Aun con todo, una vez declarada la huelga con el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos y desarrollándose en forma pacífica y ordenada, pueden constituirse comités de huelga que sirvan como canales

trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.” Y denominado por la jurisprudencia como fuero circunstancial.

⁷⁴⁶ Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado llegar a un acuerdo sobre el pliego de peticiones presentado por los trabajadores, estos pueden optar por la declaratoria de la huelga o someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento. Dicha situación deberá decidirse dentro de los diez días hábiles posteriores a la finalización de la etapa del arreglo directo.

⁷⁴⁷ El numeral tercero del artículo 448 establece que “Declarada la huelga, el sindicato o sindicatos que agrupen la mayoría de los trabajadores de la empresa o, en defecto de estos, de los trabajadores en asamblea general, podrán someter a votación la totalidad de los trabajadores de la empresa, si desean o no, sujetar las diferencias persistentes a fallo arbitral. Si la mayoría absoluta de ellos optare por el tribunal, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro de un término máximo de tres días hábiles de hallarse suspendido”. De modo pues que, si se llegare a decidir por parte de los trabajadores el someter las diferencias en un tribunal de arbitramento, se deberá reanudar las actividades laborales o no suspenderse en el evento en el cual aún no se hubieren suspendido.

de información y comunicación a los trabajadores y empleadores.

Ahora, de prolongarse la huelga por sesenta días sin que las partes encuentren una fórmula de arreglo, deberán acudir a cualquiera de los mecanismos alternativos de composición, conciliación o arbitraje para poner fin a las diferencias, conforme lo establece el numeral 4° del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la ley 1210 de 2008.

Se procederá entonces a la calificación de la huelga, a solicitud de parte, de la legalidad o ilegalidad del paro o suspensión colectiva del trabajo por vía judicial, cuya competencia radica en cabeza de los Tribunales Superiores De Distrito Judicial, por intermedio de sus salas especializadas laborales o de las promiscuas donde no existe aquellas.

“Según lo prescrito en el numeral primero del artículo 451 del CST la declaratoria de ilegalidad de la huelga correspondía por vía administrativa al Ministerio del Trabajo, no existía en CPTSS procedimiento judicial alguno con tal fin. Desde el momento en que el legislador dispuso que dicha tarea estaría en manos de los tribunales superiores por medio de la ley 1210 del 14 de julio de 2008, en la misma creo un procedimiento especial para que dichos funcionarios judiciales cumplieran con su nueva labor. Con tal fin se modificó el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se creó el artículo 129A en el mismo estatuto”⁷⁴⁸.

Conforme lo anterior, antes de la promulgación de la ley 1210 de 2008 “toda petición de declaratoria de ilegalidad de una huelga que se haya radicado ante el Ministerio referido hasta el día anterior a la fecha en que entró en vigencia la ley 1210, le corresponde conocerla, tramitarla y decidirla a ese Ministerio” (Vallejo Cabrera, 2014)⁷⁴⁹.

Dicho traslado de competencia, antes en cabeza del Ministerio del Trabajo y ahora en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en sus salas especializadas laborales, se debió al pronunciamiento hecho por dos altos tribunales de justicia del país: el primero hecho por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-568 de agosto 10 de 1999, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en el cual sostuvo que el Ministerio de Trabajo no debía calificar la ilegalidad de las huelgas, por considerar como contrario a la buena fe en el cumplimiento de los

⁷⁴⁸ Vallejo Cabrera, F., *La oralidad laboral. Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*, 8ª edición, Medellín-Colombia, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2014.

⁷⁴⁹ Como esa norma se publicó en el diario oficial n. 4750 del 14 de julio de 2008, a partir del 15 de ese mes deben calificar la ilegalidad de las huelgas los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en sus salas especializadas laborales pues así lo dispuso el artículo 6° de la ley comentada.

compromisos internacionales el hecho de que en Colombia un órgano gubernamental fuera el encargado de calificar la ilegalidad de una huelga. El segundo, hecho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 11731 de octubre 8 de 1999 y con ponencia del Magistrado Carlos Isaac Náder dijo lo contrario, pues considero que el Ministerio del Trabajo sí puede calificar ilegalidad de huelgas.

Así las cosas, en el fallo de la Corte Constitucional se dio prelación a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo sobre las decisiones del Ministerio del Trabajo en Colombia, en cambio la Corte Suprema de Justicia se opuso a este razonamiento en el entendido de que ningún órgano administrativo o de investigación, de organización supranacional alguna, “carente de capacidad para imponer obligaciones a uno de los Estados Miembros” como es “el caso del Comité de Libertad Sindical (...) y cuyas atribuciones tienen el carácter de una indagatoria preliminar, sumaria, informal y nunca judicial” puede sustituir a los funcionarios de la República.

Así las cosas, la ley 1210 de 2008 vino a regular en seis artículos lo concerniente al procedimiento de la declaratoria de ilegalidad de la suspensión o paro colectivo del trabajo, modificando el Código Sustantivo del Trabajo y regulando la materia, que de ser ilegal supondrá el acarreamiento de sanciones tales como la facultad del empleador de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial. Así mismo, podrá acarrear la suspensión o cancelación de la personería jurídica del sindicato – de existir – y la acción judicial correspondiente para la reparación de los perjuicios ocasionados al empleador.

De otro lado, la declaratoria de la huelga supone unos efectos jurídicos que recaen sobre los contratos de trabajo, los cuales quedan suspendidos e imposibilitan al empleador a celebrar nuevos contratos para sustituir el personal que participa en el movimiento, salvo lo estipulado en el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, se evidencia que la huelga no resulta ser una mera manifestación de un grupo de trabajadores, pues la misma supone la preexistencia de una inconformidad generalizada entre los trabajadores frente al empleador y la imposibilidad del mismo para satisfacerla, dando origen a una controversia y por ende a un conflicto colectivo del trabajo con las consecuencias que ya se conocen.

5. Conclusiones

Para comprender el fenómeno de la huelga y sus resultados frente a la presente investigación reflexiva, debe tenerse en cuenta tres puntos diferentes, así: el primero, el conflicto; el segundo, la huelga; y el tercero; el procedimiento, además de tener en cuenta su evolución histórica y la internacionalización del concepto.

Así las cosas, diversos autores coinciden en que la huelga es una de las más grandes conquistas de la clase trabajadora en las relaciones obrero-patronales, pues de ser calificada como un delito en sus inicios, paso a ser considerada como un derecho propio de los trabajadores, lo que supone mayores garantías para los mismos en situaciones de conflictos de trabajo.

En el plano internacional, llama poderosamente la atención las diferenciaciones teóricas y legales del derecho de huelga, pues la estimación de sus alcances, efectos, ejercicio y demás varía de un país a otro, aun cuando sus ordenamientos jurídicos se hayan visto influenciados bajo la misma corriente jurídica doctrinaria, teniendo en cuenta la idiosincrasia de los pueblos, motivo por el cual no puede hablarse de una homogenización de criterios, sino más bien una diversificación de conceptos y alcances.

Por otro lado, del conflicto se puede concluir que nace de las inconformidades de los trabajadores en ejecución de las relaciones de trabajo, las cuales no logran ser satisfechas por sus empleadores, generando de este modo una controversia, la cual – de seguir – terminará en un conflicto colectivo de trabajo. En este punto resulta importante destacar la participación que durante el surgimiento y germinación de la controversia juegan los sindicatos en las empresas – donde los hay –, o de aquellos trabajadores entusiastas que toman la batuta en pro del beneficio colectivo, los cuales muy seguramente vendrán a ser con posterioridad los delegados ante el empleador en búsqueda de soluciones concertadas producto del diálogo entre las partes.

Por su parte, la huelga se muestra como una etapa más durante el desarrollo de la negociación colectiva, la cual se encuentra ampliamente regulada en el Código Sustantivo del Trabajo. Así mismo, este derecho, al ser uno de los principales mecanismos de defensa y lucha con que los trabajadores cuentan para la reivindicación de sus derechos, se torna complejo al momento de su declaración y desarrollo, pues como se vio, no basta con su mera declaratoria sino que deben surtirse todos y cada uno de los pasos previos para que este sea considerado legal, so pena de incurrir en las sanciones que la ley contempló para ello. De modo pues que debe prestarse especial cuidado a cada una de sus etapas, pues de

desarrollarse inapropiadamente, supondría un duro revés para la clase trabajadora que vera significativamente desmejorada sus condiciones laborales.

Lo anterior nos conduce al tercer y último punto, el cual desarrolla el procedimiento de la huelga, el cual, al ser modificado por la ley 1210 de 2008 supuso mayores garantías para los trabajadores, al considerar que la calificación de la misma debe ser declarado mediante un trámite preferente y prioritario por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en sus salas especializadas laborales o de las promiscuas donde no existan aquellas, impidiendo que dicha declaratoria se suspendiera en el tiempo y facilitando el acceso al aparato judicial para que este fallara sobre la materia, en cuyas decisiones exista una verdadera lealtad laboral por las partes en conflicto, esto es, el cumplimiento del fallo judicial.

6. Bibliografía

- Afanador Nuñez, F., *Derecho colectivo del trabajo*, 3ª Edición, Bogotá, Legis, 1999.
- Amorós, M., Campos, F. y Pastor, X., *Mediación comunitaria y gestión alternativa de conflictos en Cataluña. Una guía para la gobernabilidad*, Editorial Ventana Abierta, Cataluña, España, 2000.
- Barreto, H., Cristancho, A., Devis-Morales, E., Duque, F., García, J., Giraldo, J.M., Gómez, D., Izquierdo, M., Jiménez, F., Olano, H., Rodríguez, J. y Suarez. G., *Curso De Conciliación*, Editorial Doctrina y Ley. Bogotá D.C., 2002.
- Coser, L. A., *The Functions of Social Conflict*, New York, The Free Press, 1956.
- Dahrendorf, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Londres, Ediciones Rialp Editores, 1979.
- De La Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 5ª Edición. México D.F., Editorial Porrúa, 1989.
- Escudero Alzate, M. C., *Mecanismos alternativos de solución de conflictos: conciliación, arbitramento y amigable composición*, Bogotá D.C., Leyer Editores, 2011.
- Guerrero Figueroa, G., *Compendio de derecho laboral. derecho colectivo del trabajo*, 2a. Edición, Santafé de Bogotá, 1996.
- Gonzalez Charry, G., *Tratado de Derecho del Trabajo*, 6ª Edición, Bogotá, El Foto de Justicia, 1985.
- Hernandez, R., Fernandez Collado, C. y Baptista Lucio, P., *Metodología de la Investigación*, México, DF., McGraw-Hill Interamericana, 2003.

- Lederach, J. P., *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Guatemala, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, 1992.
- Muñoz Hernán, Y. y Ramos Pérez, M. E., *Los Conflictos: claves para su comprensión*, Fundación Gizagune, Documento n. 3, Gizateka, 2010.
- Navas Talero, G. y Pino Canosa, S., *El abogado del trabajador*, 2ª Edición, Bogotá, Intermedio Editores S.A.S., 2013.
- Organización de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966.
- Organización Internacional del Trabajo, *El trabajo en el mundo*, n. 2, pp. 53-54. Ginebra, 1985.
- Rodríguez Acosta, H., *Elementos críticos para una nueva interpretación de la historia colombiana*, Bogotá, Editorial Tupac-Amarú, 1973.
- Spillmann, K., “La imagen del enemigo y la escalada de los conflictos”, *Revista Internacional de ciencias sociales*, UNESCO, 1991.
- Vallejo Cabrera, F., *La oralidad laboral. Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*, 8ª edición, Medellín-Colombia, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2014.

Web sites

- Confederación de Empresarios de Navarra, *Análisis comparado del derecho de huelga en los países europeos*, n. 352 del 28 de marzo de 2012. Recuperado el 9 de marzo de 2015 de la fuente: <http://www.cen7dias.es/contenido.php?bol=57&id=1411&sec=1#sthash.twgZpDeb.dpu>
- Pardo, R., (s/f), *Derecho de los trabajadores a la asociación sindical*, Ministerio del Trabajo, Recuperado el 13 de marzo de 2015 de: <http://www.mintrabajo.gov.co/blog-mintrabajo/derecho-de-los-trabajadores-a-la-asociacion-sindical>
- Varela, A., *El Conflicto: definición, tipos y elementos*. Recuperado el 20 de febrero de 2015 de <http://alejandravarela183.files.wordpress.com/2012/02/conflictos1-documento-familias.pdf>

El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por José Fernando Lousada Arochena
Una reseña

El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es una obra, lindante a un auténtico Tratado sobre el derecho de la igualdad de género, que no ofrece un mero acercamiento desde este enfoque al ordenamiento jurídico social, bajo riesgo de quedar desfasado en poco tiempo por el devenir constante que caracteriza a esta área de conocimiento, sino que por el contrario Lousada Arochena deja con la misma un legado que pasa directamente a la categoría de referente científico ineludible para todo análisis que se desarrolle sobre la materia, con independencia de cuál sea la intensidad o rigurosidad con el que se aborde.

Como el propio autor declara, se trata de una monografía que aborda un análisis, “desde una óptica teórica dogmática, de las instituciones jurídicas del derecho a la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres”, centrándose en su aplicación en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevando a cabo su estudio de manera paralela a la LOIEMH. En su materialización la obra ha sido estructurada en dos partes esenciales precedidas de una introducción, contando todas ellas de diversos capítulos.

El estudio inicia ofreciendo una evolución del concepto de igualdad desde la concepción clásica del principio de igualdad de mujeres y hombres,

transcurriendo por la prohibición de la discriminación sexista, hasta alcanzar la imperante perspectiva de género – Capítulo Primero –, lo que permite desembocar en cómo tal evolución ha repercutido en el ordenamiento jurídico español – Capítulo Segundo –.

Por lo que respecta al primer capítulo, en el mismo se pone de manifiesto la profundidad de los conocimientos de los que dispone el autor sobre la historia del pensamiento feminista. En efecto, una excelente construcción del principio de igualdad, prohibición de discriminación y transversalidad de género, que nos brinda la oportunidad de introducirnos sobre cómo se forjaron tales conceptos en el contexto del movimiento feminista, lo que resulta crucial para su posterior fusión con los aspectos jurídicos laborales. Todo lo anterior acompañado de una intensa revisión de los diversos documentos normativos de ámbito internacional, comunitario y europeo sobre la igualdad de sexos. Tal aproximación a la evolución ideológica y a los cambios del contexto jurídico desarrollados en torno a la igualdad entre mujeres y hombres, permite al autor culminar con la aportación de una calificación sobre las leyes de igualdad. Distingue entonces entre aquellas que denomina «clásicas» – basadas en la igualdad formal, y que pivotan sobre el sexo –, de aquellas otras que califica de «modernas» – basadas en la igualdad material, y que pivotan sobre el género –. Como hemos anticipado, esta parte introductoria cuenta con un segundo y último capítulo en el que analiza la repercusión de toda la construcción anterior sobre el sistema normativo español, especialmente centra su atención en el tratamiento que las mujeres reciben por parte de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, esto último como expresión del cambio de concepción operado desde la igualdad formal hacia la igualdad material en clave transversal.

La Parte Primera aborda “el contenido del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres”, requiriendo para su desarrollo de seis capítulos – del tercero al octavo –. Podemos observar como esta primera parte ha sido construida para ofrecer en los primeros capítulos una intensa construcción de los conceptos esenciales en materia de igualdad de género, manteniendo su constante contextualización en el derecho social; para en los últimos, centrar su atención en tres derechos concretos en los que tales concepciones adquieren su máxima virtualidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social – derechos relacionados con el acoso sexual o sexista, la maternidad y la conciliación –.

Como no podía ser de otra forma, el Capítulo Tercero se dirige al desarrollo de la configuración general del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Analiza las dimensiones de este derecho desde la perspectiva constitucional, esto es, como valor como principio y como

derecho, así como, su contenido esencial, promocional y específico. De todos los aspectos sobre el derecho a la igualdad a los que destina su análisis, – tales como, la titularidad, o su universalidad objetiva y subjetiva –, lo cierto es que resulta destacable el estudio que realiza sobre su dimensión objetiva (o institucional). En tal apartado presenta al derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres como un valor superior del ordenamiento jurídico español y como un principio jurídico que presiona “sobre la parte normativizada de la igualdad, básicamente formada por derechos subjetivos, para su continua revisión y para su permanente mejora”. A este fenómeno de la dimensión objetiva o institucional de la igualdad le adjudica como denominación, la “fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos”.

Siguiendo con la construcción de los conceptos fundamentales en igualdad de género, el Capítulo Cuarto se dirige al estudio de la prohibición de la discriminación sexista directa e indirecta. En el estudio de cada una de estas modalidades se puede atisbar que en ambos casos se realiza un triple análisis: en primer lugar, estrictamente conceptual, en segundo término, la aplicación en el derecho social comunitario, y finalmente, su aplicación en el Derecho español del Trabajo y Seguridad Social. Estas dimensiones de estudio permite al lector disponer de un amplio material que, como ya hemos advertido, ofrece no únicamente un mero acercamiento a la igualdad y no discriminación sino su construcción y traslación al ordenamiento laboral nacional, disponiendo además en todo ello de la óptica comunitaria, esencial por la influencia constante que ejerce en la configuración de las normas nacionales. Consideramos especialmente destacable que junto a lo anterior, dedica un apartado a lo que él mismo designa como las “manifestaciones complejas del principio de igualdad de trato”, lo que no podemos sino calificar como una de las evidencias más genuinas de que estamos ante una obra que incorpora las más recientes e innovadoras construcciones en torno a la igualdad entre mujeres y hombres. Gracias a ello podemos aproximarnos a la dogmática de la discriminación múltiple o de la discriminación por asociación. Respecto de la primera indica el autor que lo relevante de su concepto “se encuentra en la idea de interseccionalidad, que, al sustentar la apreciación de la desigualdad en la identificación de los prejuicios derivados de la concurrencia de dos o más causas de discriminación más que en la comparación de situaciones, supone un nuevo avance dogmático [...] que, adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato”. En cuanto a la discriminación por asociación, la misma queda caracterizada por la modificación de la referencia subjetiva del elemento comparativo, en la que tiene lugar “una suerte de contagio del

prejuicio existente contra la persona discriminada que sufren quienes con ella se relacionan”.

El Capítulo Quinto es el último que dedica su contenido a la construcción de los conceptos en torno a la igualdad, centrándose en esta ocasión en las medidas de acción positiva, participación equilibrada e igualdad de oportunidades. Un trascendental capítulo que permite, especialmente, discernir la confusión aún existente en cuanto a las medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades que Lousada Arochena supera exitosamente, como expresión máxima de la relevante aportación doctrinal con la que ha contribuido desde los inicios de su configuración conceptual, y que nos ofrece ahora de manera más pulida, si ello era posible, en esta obra. Finaliza este capítulo aportando ejemplos de medidas de igualdad de oportunidades en el ámbito social, ofreciendo con ello un trascendental material para completar la construcción dogmática de la misma. Entre ellos destaca: aquellas medidas dirigidas a la valoración del trabajo informal de las mujeres; la salud laboral en perspectiva de género; la pensión de viudedad; o, los derechos laborales de las víctimas de la violencia en la pareja.

Si como hemos señalado es posible advertir cierta línea divisoria en esta primera parte, los capítulos siguientes se focaliza en derechos concretos, como plasmación material de todo lo anterior en aquellos derechos sociales en los que la óptica género adquiere una mayor transcendencia. Así el Capítulo Sexto centra su atención en el derecho de las personas trabajadoras a un ambiente laboral sin acoso sexual o sexista. Se inicia entonces poniendo en primer plano la estrecha conexión existente entre género y violencia, y es que como afirma, “la mujer no sufre violencia por su sexo entendido como mera diferencia física sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo”. A partir de esta premisa el autor profundiza en los conceptos relacionados con este fenómeno, como son, el acoso sexual y el acoso sexista, el chantaje y el acoso ambiente, partiendo para ello del reconocimiento de la autonomía de la tutela de la violencia de género en el trabajo. Análisis que se realiza incluyendo diversas intersecciones, como son, el tratamiento del deber empresarial de protección, o la virtualidad del acoso de género como accidente de trabajo.

El Capítulo Séptimo analiza los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras, haciendo un recorrido histórico normativo del tratamiento que la misma ha recibido en el ordenamiento laboral y social, desde la evolución propia del concepto de igualdad, esto es, desde el contexto paternalista, transcurriendo por la óptica de la igualdad, hasta culminar su tratamiento desde la perspectiva de género. Lo anterior, trayendo en su

análisis la aportación normativa internacional y comunitaria, y respecto de esta última la importante construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia, en la medida en que la misma ha sido determinante en la formulación de este derecho a escala nacional; y como es lógico, destacando y analizando los distintos derechos laborales y de Seguridad Social conectados con la maternidad. De todas las relevantes aportaciones que realiza, centrándonos en la última de las dimensiones mencionadas, esto es, la maternidad en perspectiva de género, debemos destacar la argumentación que realiza en cuanto a la integración de la óptica de la salud junto con la óptica de la igualdad. Ambas, mantiene Lousada Arochena, deben “ser integradas a través de la construcción de un nuevo modelo de género donde la maternidad sea origen de auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio”.

La Parte Primera se cierra con el Capítulo Octavo que analiza los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, materia cuyo estudio resulta de imperativo abordaje en una obra como la aquí reseñada. Entre los aspectos analizados, consideramos que el autor realiza una serie de aportaciones que contribuyen a que el tratamiento que ofrece sobre este derecho adquiera singularidad propia, y ello porque permiten avanzar en la construcción dogmática y científica sobre la visión de la conciliación en óptica de género en el ordenamiento jurídico español. De un lado, la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales, ofreciendo una sólida argumentación para la defensa de esta tesis, aunque advirtiendo que la misma se encuentra en construcción, “sin que, hasta el momento, se hayan conseguido perfilar todas las consecuencias de esa consideración”. De otro, la declaración de la progresiva expansión de los derechos de conciliación, tanto en su dimensión subjetiva – titulares –, causal, como objetiva. Fenómeno que lo considera derivativo de su reconocimiento como derecho fundamental.

La Parte Segunda de esta obra se denomina “la integración del derecho a la igualdad en la actividad jurídica”, y se encuentra constituida por cuatro capítulos – del noveno al duodécimo –, en los que se aborda la actuación de los distintos sujetos implicados en llevar a cabo la materialización de la igualdad entre mujeres y hombres.

El Capítulo Noveno se centra en la transversalidad de género, políticas públicas y relaciones laborales, y en el mismo se analiza aspectos diversos relacionados con la aplicación de la igualdad de género en la actuación de los poderes públicos. Entre sus contenidos se encuentra: el lenguaje no sexista; las estrategias de transversalidad – entre ellas, los planes de

igualdad o el informe de evaluación del impacto de género –; los instrumentos de la actividad administrativa de fomento aplicados a la igualdad, especialmente en el ámbito laboral – así, las subvenciones públicas, la publicidad institucional o el distintivo empresarial en materia de igualdad –; los instrumentos de la actividad administrativa de policía aplicados a la igualdad, especialmente en el ámbito laboral – entre los que se encuentran, la introducción de un proceso laboral de oficio relativo a la actuación inspectora de la igualdad –; y, finalmente, la formación de las personas prestadoras del servicio público, esto es, la formación inicial y continua que recibe el personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

A los instrumentos de integración de la igualdad en las empresas se dedica el Capítulo Décimo, por lo que el mismo pivota esencialmente en la integración de la igualdad a través de la negociación colectiva como expresión de que la transversalidad de género implica que la misma no “se puede quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres”. Este avance impulsado gracias a la LOIEMH, lleva a Lousada Arochena a analizar los diversos aspectos que constituyen la intersección de la igualdad en la negociación colectiva de las empresas. El deber de negociar, de adoptar medidas de igualdad, planes de igualdad, y acciones positivas, son minuciosamente tratados por el autor que nuevamente pone de manifiesto la solidez de sus conocimientos por encontrarse los mismos incardinados en el surgimiento y formulación de estos instrumentos. En este capítulo, además, se analiza el control de legalidad de los convenios colectivos, la integración de la igualdad a través de la responsabilidad social de las empresas, y finalmente las medidas de fomento de la igualdad en las empresas.

Los capítulos décimo primero y décimo segundo abarcan la protección jurisdiccional que recibe la igualdad de género.

En el Capítulo Décimo Primero partiendo de un análisis de la situación desde el derecho comunitario, centra su atención en la protección que recibe la igualdad de los sexos en la Ley de la Jurisdicción Social. Y es que esta Ley, en su última gran reforma que tuvo lugar en 2011, ha llevado a cabo un fortalecimiento de la tutela laboral de los derechos fundamentales que repercute en la tutela de la igualdad de género, y ello porque como bien declara el autor, procede a una “reestructuración del proceso laboral de amparo ordinario, que de ser un proceso solo pensado para la libertad sindical pasa a ser un proceso pensado para todos los derechos fundamentales, y a través de la extensión de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales a las modalidades procesales especiales”. Por su parte, aunque íntimamente ligada al anterior, se dedica por su

relevancia, un capítulo específico a la flexibilización de la prueba de la discriminación por razón de sexo. En efecto, el Capítulo Décimo Segundo realiza un exhaustivo recorrido por la jurisprudencia comunitaria y constitucional que construyeron este instrumento, hasta su adopción por la LOIEMH en su artículo 13.1, y posterior plasmación en la actual LJS. La inversión de la carga de la prueba viene acompañada igualmente de un estudio de los mecanismos que activa y refuerza su puesta en práctica. Nos referimos al dictamen de los organismos públicos competentes, cuyas utilidades probatorias hacen plausible la generalidad con la que regula – así, para verificar la existencia de impacto adverso sobre el colectivo femenino en los supuestos de discriminación sexista indirecta, la justificación de una medida de acción positiva, y para acreditar el igual valor de los trabajos sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva –; también, la prueba estadística – que, como bien indica, son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba, aunque su aportación no es una exigencia –; y finalmente, la declaración de la víctima en el juicio de acoso sexual – aunque advirtiendo que dado la casuística, resultará necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto –.

Estamos ante una obra esencial para conocer con profundidad el derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres *per se*, como en su transposición al ordenamiento social, y ello tanto para entender la elaboración, como la aplicación e interpretación de las normas que lo constituyen, siendo, en definitiva, un extenso trabajo de calidad irrefutable que permite iniciar, consolidar y enriquecer los conocimientos de todos aquellos interesados por la consecución plena de la igualdad de género, en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

María Angustias Benito Benítez*

* Becaria de Investigación (FPU) de la Universidad de Cádiz en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, mangustiasbenito@gmail.com.

El sistema universal de los derechos humanos, por José Luis Monereo Pérez

Una reseña

Una vez más, la Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, en su Colección de Comentarios a la Legislación Social, sin duda por el interés e impulso de su director, el maestro José Luis Monereo Pérez, nos brinda un estudio colectivo del más alto nivel académico-científico y sobre un tema de renovada actualidad: el reconocimiento y la configuración de los derechos humanos. En la base de cualquier sistema jurídico, si realmente puede ser identificado así, se encuentran el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales de la persona; sobre esos cimientos se levanta la estructura organizada de los derechos individuales y colectivos, de diversa naturaleza – civil, política, económica, social o cultural – y extensión, que las organizaciones supranacionales y, fundamentalmente, los Estados reconocen a los ciudadanos. De ahí que se debe considerar un gran acierto, atribuible a los directores de la obra, los profesores Cristina Monereo Atienza y el propio José Luis Monereo Pérez, la elección de esta temática, más aún cuando comprobamos la profundidad de los estudios, las nuevas perspectivas que aportan y la labor de construcción dogmática e interpretativa que realizan los autores. Por cierto, y así hay que dejarlo dicho desde el principio, autores todos de reconocido prestigio en su ámbito del saber jurídico, cuidadosamente seleccionados y que han dado muestra, una vez más, de su condición de expertos juristas.

Este estudio colectivo, resultado de la suma de los trabajos encargados a cada uno de los autores, es, sin duda hoy, la obra de referencia para quienes pretendan conocer en profundidad el sistema universal de los derechos humanos. La propuesta inicial de los directores de la poligrafía, que han culminado exitosamente, era realizar un análisis sistemático – artículo por artículo, o grupos de artículos relativos a un mismo derecho, sin perder su interdependencia– de los principales textos internacionales

que proclaman, reconocen o garantizan derechos humanos fundamentales, desde una perspectiva multidisciplinar o, mejor – como se apunta en el Prólogo –, “transdisciplinar”. Partiendo de los textos internacionales básicos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como otros textos internacionales concordantes, se ahorma un estudio exhaustivo, analítico y de orientación teórico y jurídico-crítica de todos y cada uno de los derechos reconocidos en las normas o grupos normativos que integran la legislación reguladora de los derechos humanos fundamentales en el ámbito del derecho internacional.

Con este estudio, se ofrece una comprensión global y articulada de los fundamentos o pilares sobre los se asienta el sistema universal de los derechos humanos. El conjunto de derechos humanos fundamentales, que surgen del genérico principio de dignidad humana aplicado a todos los ámbitos donde la persona desarrolla su personalidad, bien pueden clasificarse diferenciando los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, pese a una clara confluencia, cada vez más intensa entre ambos grupos, y su carácter indivisible.

Para facilitar su identificación al lector y guiar su búsqueda, los directores de la obra estructuran el índice en tres partes diferenciadas, clasificando los derechos, por un lado, y su protección y garantía, por otro.

La Parte I se dedica al análisis de los derechos civiles y políticos. Se inicia con el estudio del derecho genérico a la vida (autora: M^a. C. Barranco Avilés), poniéndose de relieve la discusión sobre el objeto de protección del derecho que, a la postre, hace difícil determinar las obligaciones del Estado; la polémica surge ante la falta de consenso a propósito de cuándo empieza la vida y cuándo termina, así como sobre la obligatoriedad de preservarla frente a otros bienes considerados valiosos. Es destacable para la autora la evolución de este derecho, desde un sentido más restringido, en el que fundamentalmente se generan para el Estado obligaciones negativas de respeto y positivas de garantía y protección, hacia un concepto más amplio que lo vincula a la calidad de vida y le atribuye un sentido promocional.

A continuación se estudia el derecho a la integridad personal (autor: J. M. De Faramiñán Gilbert), donde, tras su análisis en los textos internacionales donde se prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se plantea el autor un interrogante final acerca de si el derecho internacional ha logrado contribuir a la erradicación de la tortura y los tratos degradantes. De interés resulta la reflexión que se hace sobre los experimentos médicos y científicos, desde aquella perspectiva.

Especial atención merece el derecho a la igualdad. Hasta un total de doce estudios abordan, desde una perspectiva general o desde perspectivas particulares, este derecho. En efecto, tras el análisis del derecho general a la igualdad y a la no discriminación (autora: Y. García Calvente), encontramos otras reflexiones sobre la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres (autora: C. Monereo Atienza), sobre igualdad, no discriminación y derechos de las personas con discapacidad (autora: P. Cuenca Gómez), sobre igualdad y no discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones (autor: J. García Añón), sobre igualdad y no discriminación por razón de origen nacional (autor: J. García Añón), sobre igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género (autora: C. Monereo Atienza), sobre igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores (autores: J. L. Monereo Pérez Y J. A. Maldonado Molina) y derechos del niño (autor: L. L. Hierro), sobre igualdad en el acceso a las funciones públicas (autora: E. M. Álvarez González), sobre igualdad en el derecho al voto (autor: E. Guillén López), sobre igualdad de derechos de los cónyuges (autores: G. Orozco Pardo y M^a. J. Jiménez Linares) y, por último, sobre los derechos lingüísticos (autor: J. A. Del Real Alcalá). Sin duda, el principio de igualdad es básico en el sistema universal de derechos humanos y se manifiesta de manera transversal, sin que puedan admitirse discriminaciones por razón de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Ya desde un planteamiento general, ya desde cualquier otra manifestación particular, el lector puede encontrar completos estudios sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, todos ellos con una visión actualizada, abordando nuevos problemas que afloran por la propia evolución de nuestras sociedades. Precisamente, al interpretar las normas internacionales a la luz de la realidad social del momento, se observa cómo este derecho, formulado también como principio fundamental del ordenamiento jurídico, se extiende a cualquiera de los ámbitos en los que se desarrolla la persona, siendo aplicable de manera horizontal y vertical, frente los poderes públicos y también frente a los semejantes.

También el derecho a la libertad ocupa un lugar destacado. Siguiendo el mismo esquema expositivo, se analiza el derecho general a la libertad (autor: O. Pérez De La Fuente), partiendo de la libertad como valor relevante para las personas e indisoluble de la condición humana, y su conexión con el derecho a la seguridad, aplicando a la relación entre ambos el principio de ponderación, reparando, por último en dos supuestos de clara vulneración del derecho a la libertad: cualquier forma

de esclavitud y las detenciones arbitrarias. Como manifestaciones singulares de aquel derecho general, se estudian con detalle el derecho a la libertad de circulación y residencia (autora: M. M^a. Martín Martínez), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (autor: R. De Asís Roig), el derecho a la libertad de opinión y expresión (autor: F. VALDÉS DAL-RE), incluyendo el derecho a comunicar o recibir informaciones, así como la libertad de reunión (autor: J. Lozano Miralles), la libertad de asociación (autor: J. F. Sánchez Barrilao), la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora de las artes (autor: M. Salguero Salguero) y la libertad de cátedra y libertad de enseñanza (autor: M. Salguero Salguero). Bien se puede concluir, en síntesis, que el derecho a la libertad es uno de los pilares básicos del ordenamiento internacional y, por extensión, de todo Estado de Derecho, si bien en la actualidad, desde diversos ámbitos sociales y territorios sigue siendo un derecho a conquistar, debiendo exigir las sociedades garantías plenas para su incondicionada vigencia.

Siguen en esta parte los estudios sobre el derecho al honor y a la vida privada y familiar (autora: M. Orozco González), que se insertan en el más amplio derecho global a la intimidad, concretando sus posibles límites y descendiendo al análisis de algunas de sus situaciones conflictivas, como es la concurrencia de ese derecho de la persona con la libertad de información, más aún cuando las personas ejercen un cargo público o desarrollan una actividad profesional de notoriedad o proyección pública, así como los supuestos de protección *post mortem*, en la medida en que una violación de la intimidad de la persona fallecida puede afectar a la intimidad de su entorno familiar; de relevante interés es el *excursus* sobre la intimidad ante el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en particular internet, lo que supone un nuevo reto para la tutela adecuada del derecho a la intimidad. Y también sobre el derecho a la información, el derecho a comunicar o recibir informaciones (autor: A. Aguilar Calahorra), que se ha transformado notablemente, más ahora en un mundo globalizado, hasta convertirse en un “derecho informacional”.

En el tratamiento de los derechos políticos y democráticos, se repasa singularmente en el derecho a participar directa o mediante representantes en el gobierno del propio país (autores: R. Viciano Pastor Y D. González Cadenas), en el derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas (autores: R. Viciano Pastor E I. Durbán Martín) y en el derecho al sufragio y a elecciones democráticas auténticas y periódicas (autores: R. Viciano Pastor Y D. González Cadenas). De otra parte, se diserta sobre el derecho a la nacionalidad y extranjería (autor: J. De Lucas Martín) y su relación con el vínculo social y político que define al ser

humano como ser en sociedad, sobre la perversión de la condición política, acerca del impacto de la multiculturalidad sobre los derechos de nacionalidad y ciudadanía, proponiéndose una reformulación de ambos derechos.

Como otros derechos civiles se encuadran el derecho al reconocimiento de la personalidad – como valor prejurídico insito en el individuo humano – jurídica (autor: A. Martín León), con su doble contenido, capacidad jurídica y capacidad de obrar; el derecho a la seguridad personal (autora: A. Gálvez Jiménez), como vertiente negativa del derecho a la libertad, y los derechos de los detenidos y presos (autor: J. M. Terradillos Basoco).

Esta primera parte de la obra concluye con el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos genéricos de las personas en relación con la Administración de Justicia (autora: A. Gálvez Jiménez), lo que implica que cualquier ciudadano puede acudir a los órganos jurisdiccionales con el fin de defender sus derechos e intereses legítimos, y no solo eso puesto que para ello debe disponer de un conjunto de garantías o derechos específicos que aseguren un proceso justo: derecho a la gratuidad de la justicia, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, derecho a un proceso público, derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas y derecho a las garantías necesarias para su defensa. Es, en suma, el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho autónomo que prohíbe la indefensión de cualquier persona e impone un mandato a los órganos judiciales a ejercer sus competencias adecuada e imparcialmente. Se completa el anterior análisis con el estudio de otros derechos sustantivos y procesales – el principio de legalidad e irretroactividad de las normas penales, el derecho a no ser juzgado doblemente, la prohibición de la privación de libertad por deudas o por mero incumplimiento contractual, el derecho al recurso frente a sentencias condenatorias y sus correspondientes penas, la función de readaptación social del sistema penitenciario, el derecho a indemnización por condenas derivadas de errores judiciales y el derecho a la reparación por prisión y detención ilegal – de la persona frente a la Administración de Justicia (autora: A. Gálvez Jiménez), especialmente en la esfera del procedimiento penal. Subrayamos también, a modo de apéndice, el estudio de los principios sustantivos y procesales básicos de la ley de responsabilidad penal de los menores (autores: C. Aránguez Sánchez y M^a. V. Hernández González).

La Parte II comprende la exposición de los derechos económicos, sociales y culturales, diferenciando, del conjunto, los derechos laborales y los derechos colectivos y sindicales. El pórtico es un amplio estudio sobre la

teoría general de los derechos económicos, sociales y culturales (autor: J. L. Monereo Pérez), donde se pone de manifiesto la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos, en la medida que los derechos humanos presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana; y ello por más que se admita la realidad jurídica de una diferenciación entre los derechos civiles y políticos, de una parte, y los derechos socio-económicos, de otra. A partir de este trabajo introductorio, se exponen, con su individualizado análisis crítico, los siguientes derechos: el derecho a la Seguridad Social y a la asistencia social (autor: J. L. Monereo Pérez), el derecho a la seguridad y salud en trabajo (autor: J. L. Monereo Pérez), el derecho a la educación (autor: G. Cámara Villar), el derecho a la salud (autor: J. L. Monereo Pérez), el derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia (autor: M. J. Añón Roig), el derecho a la vivienda (autor: G. J. Ruiz-Rico Ruiz), el derecho a la libertad de empresa (autor: J. L. Pérez-Serrabona González), los derechos relacionados con el matrimonio, la familia y la maternidad (autor: Y. García Calvente), el derecho al medio ambiente (autor: J. L. Monereo Pérez), los derechos culturales (autor: J. A. Del Real Alcalá), el derecho al conocimiento y el progreso científico y a sus aplicaciones, con especial énfasis en el problema de la propiedad intelectual (autor: J. Rodríguez Guerra) y, finalizando con un trabajo sobre la cooperación internacional (autor: G. Esteban De La Rosa y C. Ba Sow). En este mismo apartado, como dos núcleos separados, con identidad propia, se estudian los derechos laborales individuales y los derechos colectivos y sindicales. En el primero se parte de una aproximación general a los derechos del trabajo (autor: G. Maestro Buelga), como una parte de los derechos sociales que conforman el patrimonio jurídico iusfundamental del Estado social, para descender al estudio particular de: el derecho al trabajo, del derecho a trabajar y del derecho a la libre elección de trabajo (autor: J. L. Monereo Pérez), destacando el rol de la política de empleo como instrumento para la efectividad de los derechos al trabajo y a trabajar; el derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como el derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria, incluyendo el derecho a la igualdad salarial (autores: J. L. Monereo Pérez y B. M. López Insua), que son, ambos, una manifestación directa del derecho a la dignidad en el trabajo, y casan mal con la creciente precariedad laboral y las consecuencias de la – así llamada – “flexiseguridad” (autores: J. L. Monereo Pérez y B. M. López Insua); el derecho al descanso, a las vacaciones periódicas pagadas y a una limitación razonable de la duración del trabajo (autor: J. Gorelli Hernández), destacando acertadamente cómo el derecho al descanso ha ido

adaptándose de manera adecuada al paso del tiempo, puesto que, si bien, en su origen, estaba claramente vinculado con el derecho a conservar la salud de quienes prestan un trabajo, en el presente se une la finalidad de facilitar el reparto del trabajo, permitir el acceso al tiempo libre y al ocio, facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar e, incluso, posibilitar la flexibilidad laboral a las empresas para adaptar el factor tiempo a las necesidades productivas; el derecho a la protección por desempleo (autores: J. L. Monereo Pérez Y N. Tomás Jiménez), de permanente actualidad ante las situaciones de necesidad a cubrir por la pérdida involuntaria del trabajo; el derecho a la orientación y formación profesional (autores: R. Quesada Segura Y S. Perán Quesada), no solo ligado a la inserción laboral, sino también dirigido al pleno desarrollo de la personalidad humana. En el segundo, sobre los derechos laborales colectivos y sindicales, se concreta el estudio de: el derecho a la libertad sindical (autor: T. Sala Franco), que enumera los estándares internacionales – libertad de constitución, libertad de afiliación, libertad sindical negativa, libertad de reglamentación, libertad de representación, libertad de gestión, libertad de federación y confederación, libertades civiles, prohibición de suspensión o disolución “administrativa” – del mismo; el derecho de huelga (autor: J. L. Monereo Pérez Y N. Tomás Jiménez), acotando su titularidad, sus límites, el procedimiento y sus modalidades; el derecho a la negociación colectiva (autores: J. L. Monereo Pérez Y N. Tomás Jiménez), como derecho de libertad colectiva, aunque – como se destaca – no se haya garantizado en un sentido fuerte; y el derecho humano al desarrollo (autor: J. L. Monereo Pérez), que pese a ser “difuso” en su reconocimiento es básico para la persona.

En el desarrollo doctrinal de este amplio abanico de derechos socio-laborales se advierte, en el plano internacional, la influencia y complemento de los instrumentos jurídicos nacidos en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sin que ello suponga orillar otros instrumentos jurídicos internacionales. Son muchos los trabajos que parten del análisis de – sobre todo – convenios específicos de la OIT, cuyos textos se ensamblan con otros que desarrollan ampliamente el catálogo de derechos humanos.

Esta obra colectiva se cierra con la Parte III, sobre las medidas de protección, limitaciones y suspensiones de los derechos. Un apartado necesario y que da mayor brillo al libro es el dedicado a la protección de los derechos en el sistema universal de derechos humanos (autora: M. E. Casas Baamonde), en el que se estudia la protección internacional de los derechos fundamentales “frente a la barbarie”, destacando la tradicional debilidad de los derechos sociales pese a la multiplicidad de instrumentos

internacionales de reconocimiento de derechos y de órganos convencionales de control de su cumplimiento, pero sin facultades para garantizar el reconocimiento y disfrute de los derechos. Como certeramente concluye la autora, “el sistema universal de derechos humanos es la herramienta imprescindible frente a la barbarie que justificó su nacimiento, desafortunadamente aún no exterminada, y frente a los actos de una barbarie nueva, producidos por un orden económico mundial que, en aventuras desreguladoras de graves consecuencias sociales, catastróficas en ocasiones, busca desembarazarse de los derechos en una competencia desmedida por la ausencia de reglas de regulación jurídica del trabajo o por reglas de baja intensidad (*softlaw*), pero una barbarie igualmente ultrajante para la conciencia de la humanidad”. De ahí que todavía, y por eso la pertinencia de su inclusión, se realice el estudio sobre determinadas violaciones de derechos humanos: esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso e instituciones y prácticas análogas (autor: E. Pérez Alonso), en sus manifestaciones tradicionales y sus nuevas formas contemporáneas. Se concluye con un análisis de los preceptos relativos a las limitaciones y suspensiones de los derechos humanos (autor: A. M. Peña Freire), en qué condiciones y cumpliendo qué requisitos.

Bien puede afirmarse, para concluir esta exposición, que dispone el lector de una obra única, por lo tanto de referencia, cuando decida aproximarse a los fundamentos del sistema universal de derechos humanos, no solo como unidad, sino también si precisa conocer o ahondar en uno de los singulares derechos, cualquiera que sea su naturaleza, señaladamente todos los derechos sociales y más los propios vinculados al trabajo. Debemos agradecer a los directores de la obra colectivamente articulada no únicamente su empeño para sacar adelante este trabajo, con la colaboración individual y destacada de los autores, sino, sobre todo, la conclusión de un trabajo excelente que se sitúa en la cumbre de la bibliografía jurídica general.

Sara Alcázar Ortiz*

* Profesora Ayudante Doctora (Acreditada a Profesor Contratado Doctor) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**Derecho del Trabajo:
invención, teoría y crítica,
por José Luis Ugarte Cataldo**
Una reseña

En el actual contexto de reforma laboral que está viviendo Chile sobre las relaciones laborales en el sistema de Derecho Colectivo del Trabajo, el debate sobre la materia cada vez ha ido adquiriendo mayor protagonismo, y por qué no decir agresividad desde los distintos sectores involucrados, a saber: trabajadores, sindicatos o federación de trabajadores, empleadores, asociaciones de empresarios, partidos políticos, y la ciudadanía chilena en su conjunto, en especial por los efectos que las modificaciones legales propuestas por el Gobierno podrían tener en la práctica de las relaciones laborales de Chile. Así, lo desarrollado por José Luis Ugarte, en el libro titulado *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*, resulta del todo relevante al constituir un aporte para la disciplina, y no sólo pensando en los actores jurídicos conocedores del Derecho del Trabajo, sino también en aquellos interesados en este aspecto de la vida que es regulado por el derecho, esto es, el trabajo y, más precisamente, su arista colectiva, ya que otorga elementos teóricos a fin de realizar una discusión seria sobre el dilema.

Así, el autor divide su análisis en tres capítulos, en los cuales hace referencia a tópicos sobre aspectos sustantivos y de extensa discusión a nivel de la dogmática del Derecho del Trabajo, esto es: la rehabilitación de los principios y el concepto del Derecho del Trabajo, el Derecho del Trabajo y el ideal de libertad: notas sobre fines, funciones y medios, para finalmente analizar el Derecho del Trabajo, la huelga y la democracia.

En cuanto al primer aspecto, Ugarte, y de acuerdo a lo ya tratado por él mismo en forma anterior en una serie de artículos, explica que los principios del Derecho del Trabajo tienen una pretensión de corrección de las reglas del ordenamiento jurídico en línea con el principio protector del trabajador, por lo que constituyen condición de validez y tienen una

gran labor interpretativa para los casos difíciles.

En relación al segundo tema, el autor hace referencia de forma crítica a la que denomina concepción mínima del Derecho del Trabajo, en la cual tanto desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho como desde la teoría de los derechos sociales se ha minimizado el rol del Derecho del Trabajo por la vía de reducirlo a asegurar un mínimo aceptable para los trabajadores. En este orden de ideas, estamos de acuerdo con Ugarte, por cuanto esta concepción degrada el Derecho del Trabajo al reducirlo a una mera política pública sujeta al vaivén de los diferentes gobiernos, y con el grave efecto de dejar una serie de figuras laborales fuera de la protección. De ahí, por tanto, se hace necesaria una concepción robusta que persiga un valor ético relevante: la igualdad como no dominación, donde se reserva un espacio de libertad a los trabajadores exentos de dominación arbitraria, sin desconocer el dominio de la propiedad privada por parte del empleador, siendo dicha igualdad su finalidad. Ahora bien, el autor se pregunta quién determinará la arbitrariedad, y responde que ello dependerá de los medios del Derecho del Trabajo, y hace la distinción entre tutela legal y tutela colectiva, enfatizando que la última es la más relevante, por cuanto su centro está representado por la huelga, que es autosuficiente y sirve de anclaje a todo el sistema de relaciones colectivas del trabajo. No obstante, y como lo establece Ugarte de forma acertada, esta circunstancia dependerá del sistema de relaciones laborales que cada ordenamiento jurídico adopte, por lo que la huelga puede tener un rol constitutivo (en contextos laborales de debilidad sindical como el nuestro) o de resistencia desde las sombras (en contextos laborales desarrollados, donde finalmente se repliega a la negociación colectiva).

Finalmente, respecto del último tópico considerado, el autor analiza la importancia de la huelga, y la califica como un derecho excéntrico, al constituir por un lado un daño deliberado a la propiedad privada, y por el otro ser reconocido como un derecho fundamental que goza de ciertas particularidades: exalta el trabajo por medio del no trabajo; el trabajador recupera la titularidad del trabajo de forma transitoria; y es un derecho social, autónomo y conectado con el sistema democrático.

Entonces, cabe preguntarnos ¿cómo se conecta la huelga con la democracia? En el lugar de trabajo, la huelga es un contrapoder colectivo de la discrecionalidad empresarial. Al respecto, Ugarte menciona ejemplos a nivel de Derecho Extranjero como la ciudadanía laboral, cogestión, y control obrero a través de órganos de participación como los Comités de Empresa. A su vez, y respecto de la comunidad política, se traduce en una condición de legitimidad, al permitir la mejora de las condiciones de

diálogo político ciudadano, siendo la voz de los trabajadores escuchada al igual que la de otros sectores de la ciudadanía; aunque para ello el autor indica que se requieren condiciones adicionales, como el predominio del interés colectivo en la acción sindical y la aceptación de la noción de huelga polivalente, donde se incluya de forma amplia la huelga política.

En síntesis, el autor propone una concepción robusta del Derecho del Trabajo, por medio de la cual se compatibiliza la libertad del trabajador con la subordinación, a través de la acción colectiva de los trabajadores, con un proyecto de emancipación en el lugar de trabajo.

Finalmente, tras haber analizado de forma breve los principales argumentos del autor, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Chile cuenta con las condiciones institucionales, jurídicas y democráticas para lograr esta concepción robusta? ¿Existen confianzas creadas entre los actores involucrados que permitan una discusión y acuerdo? ¿Qué ha sucedido con la consideración del sindicato como grupo intermedio relevante para la sociedad? Creemos a priori que el sentido de las respuestas sería negativo, lo que implica que como sociedad todavía tiene un largo camino por recorrer con el fin de lograr una libertad basada en la no dominación en el lugar de trabajo teniendo como pilar la libertad sindical, ruta en la cual se hace necesaria una reforma sustancial de nuestro actual sistema de relaciones laborales colectivas donde se reconozca la importante labor de los sindicatos, se deje de considerar la negociación colectiva como un mero mecanismo y, más importante, se garantice el ejercicio efectivo del derecho de huelga, es del todo transcendental. Y ésta es una reforma a la que no podemos quedar ajenos.

Alejandra Fernández Durán *

* Alumna Programa Doctorado Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2015. Profesora Derecho del Trabajo y miembro del equipo académico del Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

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