

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

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

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), 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*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Henar Álvarez Cuesta (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

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

Juan Manuel Moreno Díaz

Prof. Contratado Doctor (Acreditado)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Sevilla (E.U. Osuna) y
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (CEU San Isidoro)

ÍNDICE

Juan Manuel Moreno Díaz, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **1**

Artículos

Carmen Carrero Domínguez, *Renta Básica desde la perspectiva de género y de la conciliación*..... **6**

Josep Fargas y Eusebi Colàs-Neila, *Replanteamiento de los sistemas públicos de pensiones en un mercado del trabajo en mutación*..... **27**

Raquel Poquet Català, *Accidente de trabajo in itinere en el teletrabajo: su difícil conjunción*..... **40**

Federico Navarro Nieto, *El trabajo autónomo en las ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo*..... **58**

Jorge Jaramillo-Quezada y Lucía Puertas-Bravo, *El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana. Un análisis de las reformas incorporadas en el Código del Trabajo para las madres trabajadoras*..... **83**

José Luis Lazaro Sánchez, *Las competencias en la gestión del empleo y su repercusión en la colaboración público-privada*..... **106**

José Manuel Gómez Muñoz, *La Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito de las profesiones reguladas en España*..... **133**

Agustín Galán García y Mónica Ortega Moreno, *La construcción del relato preventivo en España durante el Siglo XX*..... **163**

Reseñas Bibliográficas

Silvia Fernández Martínez, *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, por Lourdes Mella Méndez. Una reseña*..... **188**

Adriana Durán Domínguez, *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, por M^a José Cervilla Garzón. Una reseña..... **192**

José Sánchez Pérez, *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, por Djamil Tony Kahale Carrillo. Una reseña..... **196**

Introducción al número por parte del Coordinador

El número que presentamos es el que pone el broche final al año 2017. Es por ello que se ha querido poner en pie un volumen en el que la diversidad fuera el criterio dominante, primero, desde el punto de vista de los temas tratados, ya que van desde la prevención de riesgos laborales a la protección social, pasando por el mismo derecho del trabajo, en el plano individual, el Derecho del Empleo e, incluso, el Derecho Social Comunitario. Y, en segundo lugar, porque en el mismo han participado eminentes especialistas de las distintas materias, pertenecientes a diferentes universidades, tanto españolas como extranjeras.

En efecto, hay un primer bloque de materias referidas a la protección social. La profesora Carrero Domínguez (Universidad Carlos III de Madrid) aborda el tema de la renta básica de inserción, contextualizándola en una perspectiva de género y cuestionando su posible conexión con el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, en este contexto de crisis económica que hemos vivido recientemente, teniendo en cuenta el retroceso que muchas de las medidas normativas han supuesto en materia laboral, y, en concreto, en el aspecto de la conciliación, no estaría de más pensar, una vez que hemos salido de ella y dado que el mercado de trabajo sigue aún renqueando, en una posible articulación de medidas que hagan compatibles la percepción de una renta mínima con la posibilidad de desempeño de un trabajo, como instrumento de igualdad, de promoción y apoyo de la conciliación de la vida laboral y familiar. Por su parte, los profesores Fargas y Colás (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona) abordan el escabroso tema de la supervivencia del sistema público de pensiones en el panorama actual de un mercado de trabajo en permanente cambio. En efecto, la pensión de jubilación está montada sobre la base de un trabajo tradicional, es decir, de carácter indefinido y a tiempo completo, lo que se compadece mal con la realidad del mercado de trabajo actual, con unas altas tasas de

temporalidad y de trabajo a tiempo parcial, por lo que las últimas reformas del sistema, que han seguido contemplando la realidad tradicional, no se ajustan al nuevo paradigma, lo que puede suponer que la protección social de los trabajadores pueda verse dañada de aquí a poco como consecuencia de este mal enfoque. Por último, en lo referido a este bloque, la profesora Poquet Catalá (Universidad Internacional de la Rioja) hace un estudio de la difícil conceptualización que tiene una institución tradicional de nuestro sistema de Seguridad Social, como es el accidente de trabajo, con las nuevas formas de trabajo, y, en concreto, en relación con el teletrabajo. Como es sabido, las nuevas tecnologías de la información y comunicación, han hecho cada vez más habitual esta forma de trabajar fuera del centro de trabajo, ya que la digitalización de la empresa ha llevado a una nueva realidad, la de la Industria 4.0, donde el teletrabajo se ha erigido en una forma cada vez más presente en el día a día de nuestras empresas. Con base en lo anterior, la autora ha centrado su estudio en las opiniones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la posibilidad de existencia del accidente de trabajo *in itinere* en el nuevo escenario, donde el trabajador no se desplaza al centro de trabajo, sino que lleva a cabo la prestación laboral desde fuera de él, lo que va a suponer una dificultad de base, teniendo en cuenta que el accidente *in itinere* parte del presupuesto del traslado del trabajador de su domicilio al centro de trabajo para llevar a cabo la prestación laboral. No obstante, esto hay que cotejarlo con la ampliación que el concepto de accidente de trabajo *in itinere* ha sufrido por parte, sobre todo, de la jurisprudencia, para ver si, finalmente, procede la aceptación del mismo incluso en el ámbito conceptual del teletrabajo, o, tal como concluye finalmente la autora, procede la remisión a la negociación colectiva para que ésta asuma la tarea de implementar medidas al respecto.

Por otra parte, hay un segundo bloque de estudios referidos a la relación individual de trabajo, uno de ellos referido al siempre apasionante tema de las zonas grises del Derecho del Trabajo en relación con el trabajo autónomo, donde el profesor Navarro Nieto (Universidad de Córdoba) hace un estudio que aborda la problemática de dichas zonas grises y su conexión con el fenómeno de la externalización empresarial y el trabajo autónomo, desde una perspectiva puramente jurisprudencial, dejando constancia de que la pretensión de la jurisprudencia de sentar las bases de las notas caracterizadoras de la relación laboral, con arreglo a los nuevos fenómenos empresariales de prestaciones de servicios, no siempre ha sido fructífero, ya que, aunque hay casos palmarios de prácticas fraudulentas de trabajo asalariado, que son revestidas bajo la forma del trabajo autónomo, es cierto que en muchos casos esto no queda tan claro y la línea de

separación entre una y otra es mucho más frágil, lo que ha querido ser aclarado por nuestra jurisprudencia a través de distintas resoluciones, y cuyo objetivo no ha sido alcanzado del todo, como intenta demostrar el profesor Nieto, teniendo en cuenta la creciente dificultad de deslindar las relaciones contractuales laborales y no laborales entre los autónomos como colaboradores externos.

Por otro lado, los profesores Jaramillo-Quezada y Puertas-Bravo (Universidad de Loja, Ecuador) hacen una primera aproximación a las recientes reformas introducidas en la legislación ecuatoriana en relación con el despido ineficaz a las madres trabajadoras, llevando a cabo un análisis histórico, legal y doctrinal sobre la protección a la madre trabajadora en aquel país. Con base en la nueva Constitución de 2008 y la posteriores reformas que tuvieron lugar en el país ecuatoriano a raíz de la promulgación de su norma fundamental, se llevó a cabo el reconocimiento del trabajo en el hogar (2015), con la incorporación, a su vez, de la figura del despido ineficaz como una garantía de protección especial para la madre trabajadora.

En otro orden de cosas, han sido abordados también aspectos relativos al empleo, y, más en concreto, de las competencias en la gestión del empleo y su repercusión en la colaboración público-privada, a cargo del profesor Lázaro Sánchez (Universidad de Sevilla). El autor analiza algunas resoluciones jurisprudenciales, donde se pone de manifiesto la especial conflictividad que se da en el asunto de la competencia de las administraciones en la gestión del empleo desde un punto de vista territorial, cuestión que ha salpicado también a la gran complejidad que de por sí tiene la colaboración público-privada en materia de empleo, a través de los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias Privadas de Colocación.

También han sido abordados temas relativos al Derecho Social Comunitario, en particular, el relativo a la aplicación en el ámbito de las profesiones reguladas de la Directiva Bolkenstein, lo que ha sido llevado a cabo por el profesor Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla). Este eminente especialista en el ámbito comunitario, pone de manifiesto la dificultad que se ha plasmado en nuestro país en relación con el posicionamiento de algunos colegios profesionales para adaptarse a la nueva realidad derivada de la aplicación de esta Directiva, por lo que la propia jurisprudencia del TJUE ha venido a establecer algunos criterios para hacer compatibles los distintos sistemas imperantes en los distintos Estados miembros al objeto de hacer posible un verdadero mercado único de servicios profesionales, ampliando, de este modo, el ámbito objetivo de aplicación de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de

servicios.

Por último, ha habido también alguna aportación relativa a la prevención de riesgos laborales, haciendo un repaso por la construcción del discurso preventivo en nuestro país a lo largo del siglo XX (profesores Galán García y Ortega Moreno, Universidad de Huelva). En este artículo, los autores hacen una distinción entre los distintos momentos históricos de aquella centuria, y cuál ha sido el relato que ha tenido lugar en cada uno de ellos relativo a la seguridad e higiene en el trabajo, y, sobre todo, con el colofón de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (1995), con el discurso relativo a la cultura preventiva en España.

Más allá de todas las aportaciones anteriores, que componen el cuerpo doctrinal de estudios propiamente dichos, hay también algunas contribuciones en forma de reseña, que tratan de dar a conocer al lector la aparición de algunas monografías interesantes, de reciente nacimiento, relacionadas con el mundo del trabajo. Se trata, en primer lugar, de *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*, estudio que ha sido hecho por la profesora Mella Méndez y que ha sido reseñado por Silvia Fernández (Escuela de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo, Universidad de Bérgamo - ADAPT), donde se analiza las implicaciones de la responsabilidad civil para el Derecho del Trabajo, y más en concreto, la responsabilidad indemnizatoria de los daños causados por una parte del contrato, el trabajador, alejándose esta obra, pues, de los tradicionales estudios relativos a la responsabilidad indemnizatoria que el empresario tiene frente al trabajador. También se recensiona la obra de la profesora Cervilla Garzón (Universidad de Cádiz), que lleva por título *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, que ha sido llevada a cabo por Adriana Durán Domínguez (Becaria en ADAPT), en la cual la citada profesora analiza las modificaciones normativas realizadas para limitar el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género en las relaciones de pareja. Por último, hay que referirse a reseña de la obra del profesor Djamil Tony Kahale Carrillo (profesor de UDIMA), que lleva por título *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, y que ha sido efectuada por José Sánchez Pérez (Universidad de Granada). Dicha obra tiene por objeto el análisis y estudio del desempleo juvenil en nuestro país y, en concreto, del emprendimiento como forma de fomento y promoción de la inclusión social y laboral de los jóvenes, y ello se hace desde diversas perspectivas: jurídica, empresarial y psicológica. La obra resalta las debilidades estructurales del colectivo mencionado y el reflejo que éstas tienen en las altas tasas de desempleo juvenil, y, en definitiva, trata de hacer un abordaje

holístico, de carácter multidisciplinar, que dé las respuestas oportunas a las diferentes cuestiones que puedan plantearse en relación con el tema fundamental relativo a si el emprendimiento puede ser la pauta de comportamiento fundamental que resuelva la lacra del desempleo de los jóvenes y que les ayude a salir de la situación de marginación

El libro contiene las previsiones legales, tanto nacionales como autonómicas, en relación con el emprendimiento juvenil, así como el análisis de la actividad emprendedora de los inmigrantes, personas con discapacidad y mujeres. Asimismo, analiza si la juventud española realmente emprende, a través de los resultados de Global Entrepreneurship Monitor (GEM) España, con el propósito de determinar, por una parte, la implementación de programas de desarrollo de competencias para fomentar la cultura emprendedora y, por otra, las claves para el desarrollo estratégico de las competencias emprendedoras en los jóvenes. Por último, se repasa la influencia y tendencias de las nuevas tecnologías en el emprendimiento de la generación millennials.

Juan Manuel Moreno Díaz

Prof. Contratado Doctor (Acreditado)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Sevilla (E.U. Osuna)
y Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (CEU San Isidoro)

Renta Básica desde la perspectiva de género y de la conciliación*

Carmen CARRERO DOMÍNGUEZ**

RESUMEN: En estos años de crisis económica se justifica cualquier ajuste que afecte a la perspectiva laboral, y que suele ir en detrimento de los derechos laborales y, entre ellos, los de conciliación. En consecuencia con lo anterior, esto supone que las reformas laborales se han alejado de los temas de conciliación, que han pasado a un segundo plano. Incluso, en algunos casos, han supuesto un retroceso en el desarrollo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Entre las distintas propuestas está la del establecimiento de la Renta Básica, el mínimo indispensable que cualquier persona debiera de recibir por ser ciudadano. Así, no sería descabellado pensar en la compatibilidad de esa renta básica con el empleo y como instrumento de igualdad, de promoción y apoyo de la conciliación de la vida laboral y familiar. Lo que se trata de estudiar es esa posibilidad del establecimiento de una cuantía mínima ciudadana de carácter existencial que pueda compaginarse con el empleo.

Palabras clave: Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, renta básica.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. La perspectiva de género y la conciliación 2.3. Medidas para favorecer la conciliación entre trabajo y vida personal y familiar. 3. La renta básica como instrumento incentivador de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ventajas e inconvenientes. 3.1. La configuración de la renta básica. 3.2. Conciliación, igualdad y renta básica. ¿Objetivos inalcanzables? 4. Bibliografía.

* Este trabajo se inserta en los trabajos desarrollados en el marco del Grupo de Investigación I+D+I sobre “Las prestaciones económicas de garantía de recursos de subsistencia. Realidad española y análisis comparado del espacio europeo y latinoamericano”, dirigido por los Profesores González Ortega y Barcelón Cobedo, y que es financiado por el Ministerio Español de Economía y Competitividad (duración 2014 a 2017).

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.

The “Basic Income”, the gender perspective and the reconciliation between work and family life

ABSTRACT: In the wake of the present economic crisis, any structural measure affecting adversely the workers’ rights seems to be justified, and this is especially true in the case of Spain. In the present social, the unemployment is elevated and many proposals have been made to help the citizens combining work and family life. Among those proposals stands that of the “Basic income or citizen’s salary”, a minimum and vitally necessary income, granted by the government, that every person should be entitled to receive, just because he/she is a citizen. Of course, it would be unrealistic to think that such a “salary” would be feasible in the short or middle term. However, the work market is currently dominated by a pattern of short-term or part-time jobs, flexibility and instability, which prevents a real reconciliation. It would not be a crazy idea to make compatible a given part-time or “mini-job” with an income supplement, granted by the government and based on the inherent dignity of the citizen.

Key Words: Basic income, reconciliation between work and family life and the gender perspective.

1. Introducción

Aunque se están superando estos años de crisis económica en España, se siguen justificando ajustes que afectan a la perspectiva laboral, y que suele ir en detrimento de los derechos laborales y, entre ellos, los de igualdad y conciliación. Se puede decir que, desde un punto de vista normativo, no está siendo una materia prioritaria en la agenda política y jurídica donde, por encima de cualquier otro asunto, tiene un carácter monotemático la adopción de medidas económicas para seguir saliendo de la crisis y combatir el problema principal que es el paro. En consecuencia con lo anterior, esto ha supuesto que las reformas laborales se hayan alejado de los temas de igualdad y conciliación, que han pasado a un segundo plano no siendo objeto principal de desarrollo normativo. Incluso, en algunos casos, han supuesto un retroceso en el desarrollo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar o en el aumento de la precarización con salarios ínfimos – los trabajadores pobres – en la contratación. Es cierto que se han producido algunas modificaciones en nuestra normativa de materias que afectan a la conciliación y fomento del empleo. A modo de ejemplo, la extensión del derecho del permiso de lactancia a la adopción y el acogimiento; la titularidad del permiso incluyendo a los hombres; o la concreción horaria de la jornada diaria en la reducción de jornada. Así mismo, el establecimiento de políticas de empleo activas aunque no aseguren un contrato “digno”. Pero, en cualquiera de los dos casos, se podría afirmar que con la regulación vigente unos trabajadores son más iguales que otros y, además, algunos pueden conciliar más que otros.

En un contexto como el actual donde el índice de pobreza ha aumentado y los niveles de desempleo alcanzan el 17.4% de la población activa – de los cuales el 16% son hombres y el 19.6% mujeres (que si son menores de 25 años llega hasta el 37.1%)¹ –, encontrar un trabajo se ha convertido en un producto de lujo. Muchas son las propuestas que desde distintas ideologías se promocionan para la recuperación de los niveles y calidad de vida que se entienden dignos. Entre ellas está la del establecimiento de la Renta Básica, el mínimo indispensable que cualquier persona debiera de recibir por el mero hecho de ser ciudadano o residente de un país. Sería utópico a medio plazo pensar que esta Renta Básica se pudiera establecer sin más requisito que el de la ciudadanía, más en una situación de salida de una crisis tan profunda del sistema económico y laboral. Renta mínima que debería sostenerse mediante el sistema impositivo (aunque hay otras

¹ Datos oficiales del MESS a fecha de abril de 2017.

medidas diferentes a las fiscales que podrían ayudar a su establecimiento, como pueden ser la eliminación de prestaciones asistenciales que quedarían compensadas por la Renta Básica o reducción de costes administrativos de gestión de la asistencialidad, etc.).

No obstante, tal y como está estructurado el mercado de la contratación que se basa en la temporalidad y el tiempo parcial y la flexibilidad de las condiciones de trabajo en las que se presta la relación laboral, no sería descabellado pensar en la compatibilidad de esa renta básica con el empleo y como instrumento de promoción y apoyo de la igualdad y de la conciliación de la vida laboral y familiar.

En efecto, el patrón de la conciliación sigue siendo, aunque sea cada vez menos, femenino y la incorporación de la mujer al mercado laboral cuando hay que conciliar con niños o dependientes o discapacitados en las condiciones laborales actuales se convierte en una tarea difícil sobre todo para las trabajadoras, pero también es un hándicap para las empresas que entienden que es conflictiva la contratación con estas circunstancias. De tal manera que los derechos de conciliación son una asignatura pendiente y acentúan los problemas de mantenimiento del empleo, la promoción o la retribución.

Lo que se trata de estudiar es la posibilidad del establecimiento de una cuantía mínima ciudadana de carácter existencial que pueda compaginarse con el empleo y su mantenimiento, de tal forma que sin tener que abandonar el mercado laboral se pueda, a modo de ejemplo, tener un trabajo a tiempo parcial que siempre supone una retribución menor y atender a las necesidades familiares cobrando del Estado una renta que equilibraría la pérdida de salario si se pudiera prestar un trabajo a tiempo completo. Esta Renta se justificaría, aún más si cabe, cuando no existe una red de servicios públicos que acompañe a las nuevas formas de prestar el trabajo y cuando las condiciones de empleo que imponen las empresas tampoco se adaptan al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

De este modo, la estructura de este estudio será la siguiente, un primer análisis de diagnóstico general del estado de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral señalando aquellas carencias que presenta y que se han convertido en obstáculos, a veces insalvables, del desarrollo de este derecho; y, en segundo lugar, si el establecimiento de una renta básica puede ser un instrumento incentivador de la conciliación o, por el contrario, puede provocar el estancamiento del trabajador e, incluso, puede suponer una salida definitiva del mercado de trabajo, sobre todo, desde la perspectiva de género, es decir, de la expulsión de las mujeres del mercado laboral.

2. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral

2.1. Consideraciones generales

Sin lugar a dudas, se coincide en que el derecho a la conciliación personal, familiar y laboral es esencial en la sociedad en la que vivimos. Al mismo tiempo que se está de acuerdo con esta afirmación, la realidad nos revela como estos derechos pasan a un segundo plano cuando se vive una situación de crisis económica como la actual. En efecto, la crisis económica justifica cualquier ajuste que afecte a la perspectiva laboral, y que suele ir en detrimento de los derechos laborales y, entre ellos, los de conciliación. Se puede decir que, desde un punto de vista normativo, no es una materia prioritaria en la agenda política y jurídica que, por encima de cualquier otro asunto, tiene un carácter monotemático la adopción de medidas económicas para salir de la crisis y combatir el paro. En consecuencia con lo anterior, supone que las reformas laborales se han alejado de los temas de conciliación, no siendo objeto principal de desarrollo normativo, incluso, en algunos casos, ha supuesto un retroceso o estancamiento en el desarrollo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar llegando en algunas empresas a desaparecer (sobre todo, cuando hablamos de micro o pequeñas empresas)².

Quizás se debería partir de lo que se debe entender por conciliación. La conciliación es el instrumento esencial para buscar el equilibrio entre lo personal o familiar y lo laboral. Es decir, poder compaginar, con libertad en una sociedad de mercado, el tiempo de ocio o de cuidados de la familia con el desarrollo de un trabajo profesional. Por tanto, se trata de dos aspectos incluyentes y no excluyentes, como en la mayoría de los casos se presenta en estos tiempos. O se cuida o se trabaja, como si fueran situaciones irreconciliables. Esta premisa se hace aún más visible cuando se trata de países con estructuras empresariales muy rígidas, como es el caso español, dónde las condiciones de jornada u horario e, incluso rendimiento, suponen un hándicap para el trabajador que quiere ejercer su derecho a conciliar³.

² Instituto de Política Familiar, *Informe Evolución de la familia en Europa*, 2016, <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documento/105>.

³ Ruiz-Rico Ruiz, *El derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

2.2. La perspectiva de género y la conciliación

Cuando se hace un análisis de la conciliación, inevitablemente se tiene que llevar a cabo desde la perspectiva de género. Parece que esto es un problema de mujeres o femenino y, sin embargo, es de toda la sociedad (ciudadanos, empresas y Estado). No obstante, es cierto que la realidad muestra que son las mujeres las que se presentan con más frecuencia como los sujetos principales para la conciliación.

La igualdad de género es una de los pilares principales en materia de conciliación y promoción profesional o acceso al empleo de las mujeres porque hay que proteger con el máximo nivel posible la igualdad para, al mismo tiempo, fomentar la implantación de las políticas de conciliación y romper con los roles que socialmente siguen estando establecidos entre hombres y mujeres. Si no se hace, se estará impidiendo el progreso personal y profesional de la mujer⁴.

Aún así, no podemos quedarnos con la sensación que conciliar es sólo cuidar a familiares, hijos o padres, sino que también alcanza el disfrute de la vida personal, es decir, el tiempo de ocio, lo que supone obviamente una mejora de la calidad de vida del ciudadano trabajador que, irremediablemente, tendrá efectos positivos en el trabajo aunque, de momento, no se quieran ver. Y todo ello, dentro del marco de la igualdad como derecho inalienable de la persona porque mediante la conciliación, tanto hombres como mujeres, pueden compatibilizar su vida laboral con aspectos que se quedan fuera de ese círculo profesional pero que sirven para el desarrollo de todo ciudadano, estos son, la familia o el tiempo dedicado a la persona.

Pues bien, las circunstancias económicas y sociales que en este momento existen provocan que el ciudadano no pueda ejercer con libertad esos derechos de conciliación, bien porque su situación económica no se lo permite, bien porque está excluido del mercado laboral por hallarse en desempleo; o, por último, porque los recortes económicos a los que los Estados se ven obligados a aplicar para salir de la crisis, hacen desaparecer los instrumentos de ayuda para conciliar afectando a cuestiones tan importantes en este ámbito como la dependencia (dificultando el acceso a los servicios o las prestaciones), la educación, la restricción o suspensión de los permisos, etc. Lo que supone un retroceso de la corresponsabilidad laboral y familiar, perjudicando claramente a las mujeres, que son las que

⁴ OIT, *Towards a better future for women and work: Voices of women and men*, Encuesta Gallup Mundial, 2017, http://ilo.org/global/publications/books/WCMS_546256/lang--en/index.htm

tienen más dificultades en el acceso, promoción o desarrollo en el empleo. Esto supone que se deja de nuevo a la mujer en la frontera de alcanzar la igualdad. Es una realidad el que las empresas valoren negativamente los costes de los tiempos laborales perdidos por las mujeres cuando la razón es porque no existe una verdadera incorporación del hombre a las tareas de cuidado, sobre todo, de hijos y ascendientes y no porque exista una falta de profesionalidad de aquellas. Además, estos recortes se visualizan en la práctica en unas reformas laborales ausentes de ninguna preocupación por esta materia, pudiendo decir que desaparecen del escenario público. A todo ello hay que añadir el marco de flexibilidad en el que se mueve el mercado laboral.

Ahora lo que importa al mundo empresarial es la posibilidad de flexibilizar las condiciones laborales, llegando, en algunos casos, a convertir al trabajador en un “trabajador a la carta” o disponible para las necesidades de la empresa. Y esto se hace notar sobre todo en la jornada, su distribución y en el horario. Horarios flexibles que se adapten al sistema organizativo y productivo y creándose una nueva modalidad de trabajador, el “trabajador a la llamada”⁵. Otras de las condiciones flexibilizadas es el salario con su disminución y es que, las reformas laborales ayudan y ofrecen los instrumentos normativos (legales y convencionales) necesarios para que, si no se disminuye o estanca el salario por la negociación colectiva, se haga legitimando y aumentando el poder de dirección y modificación del empresario que se manifiesta, principalmente, en el descuelgue de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo o en su modificación sustancial. Por supuesto, esta situación imposibilita, aún más si cabe, la conciliación.

Este panorama, algo pesimista, de la situación de la conciliación en la sociedad de hoy tiene sus consecuencias. Algunas de ellas son la reducción de la tasa de natalidad (la población que ha crecido se debe, sobre todo, a la inmigración), el envejecimiento de la población (Europa tenía 13 millones más de personas mayores que de jóvenes en 2013)⁶, aumento de los costes sociales e incremento de la pobreza derivada de situaciones monoparentales e, incluso, en el ámbito empresarial provoca el incremento del absentismo laboral con el consiguiente descenso de la productividad. Y si ya descendemos al ámbito familiar, nos encontramos con más estrés y conflictos de convivencia interna.

⁵ Comisiones Obreras, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Madrid, 2012. Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/TiempoTrabajo.pdf>

⁶ Comisión Europea, *Informe sobre el envejecimiento: Previsiones económicas y presupuestarias para los 28 Estados miembros de la UE (2013-2060)*, 2015.

Al hilo de lo anterior, los datos que la EUROSTAT⁷ proporciona son abrumadores para la conciliación (Informe Evolución de la Familia en Europa, 2016; Instituto de Política Familiar). A modo de síntesis:

1. La mayoría de los contratos a tiempo parcial son ocupados por mujeres con niños (concretamente un 84% de unos 20 millones de trabajadores europeos a tiempo parcial, 17 millones son mujeres)⁸. En España este porcentaje alcanza el 79.9%.

2. La práctica totalidad de los permisos para cuidados de hijos que se toman y tienen una duración de más de 3 meses los disfrutan las mujeres (alcanzan hasta un 97% en el caso de duraciones superiores a 12 meses).

3. Los permisos de maternidad no alcanzan la duración media de 27.7 semanas, siendo España uno de los Estados con un permiso más corto de 16 semanas.

4. Por lo que hace a las prestaciones familiares varían dependiendo de qué país se trate. Lo que de los datos se deriva es que hay una gran descompensación; mientras que algunos países como Luxemburgo o Dinamarca alcanzan ayudas que van desde los 2.900 euros el primero a los 1.800 el segundo, otros países como Grecia o España se mueven alrededor de los 300 euros.

5. Por último, la flexibilidad del tiempo de trabajo es inexistente porque el 71% de los europeos tienen un horario predeterminado y fijo dejando solo a un 12% de los trabajadores la posibilidad de determinar su horario personal, es decir, un 3,8%. España y Portugal son los países con menor flexibilidad laboral en la determinación del horario de sus trabajadores. Sin embargo, Suecia o Finlandia son los que más posibilidades ofrecen para poder establecer un horario flexible, aún teniendo unas horas definidas o fijas.

Al abandono del legislador de la materia de conciliación, le ha seguido el olvido de los agentes sociales. En efecto, siendo esta una materia proclive a la negociación colectiva, sin embargo, también y por la crisis, se ha

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, Bruselas, 26.4.2017 COM(2017) 252 final.

⁸ Las mujeres que trabajan realizan cada semana una media de veintidós horas de trabajo sin remuneración, cifra que se reduce a menos de diez horas en el caso de los hombres. Eurofound (2015). Al mismo tiempo, también pueden incrementar el trabajo a tiempo parcial precario y el trabajo ocasional, y desdibujar los límites entre el trabajo y la vida personal. Véase, por ejemplo, Eurofound y OIT (2017), *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>

dejado en un último lugar. Podríamos decir que el convenio colectivo es un instrumento adecuado para el desarrollo de estos derechos de conciliación porque conoce de primera mano las necesidades de los trabajadores (aunque no siempre es así). Pero esta premisa de partida tiene una realidad negocial diferente. A modo de ejemplo, en España, en la mayoría de los casos, la negociación colectiva se suele remitir a la ley y los negociadores no tienen imaginación para buscar regulaciones que acomoden trabajo y conciliación. Sigue imperando la cultura de la presencia y, correlativamente, la productividad que marcan el devenir de los acuerdos. El tiempo de trabajo siempre es un obstáculo y la flexibilidad del tiempo de trabajo es un objetivo, actualmente, irrenunciable para las empresas. Además hay que añadir que el patrón de la negociación colectiva sigue siendo masculino y en la mayoría de los casos los derechos de conciliación los ejercen las mujeres⁹. Además, hay que añadir que la negociación colectiva no aborda, cuando se presenta la materia de conciliación, los problemas de mantenimiento del empleo, la promoción o la retribución de ellas.

A todo ello, se une la carencia de servicios públicos adecuados que faciliten dicha conciliación, esto es, guarderías, residencias de mayores o para discapacitados, etc. (asequibles o al alcance económico del trabajador en relación con su salario) lo que provoca que los derechos de conciliación sigan siendo una asignatura pendiente. Finalmente, aunque la intervención de la negociación colectiva sería muy positiva en el desarrollo de estos derechos, si no se cambia la mentalidad y solo se piensa en permisos y excedencias y no se forman en esta materia a quienes negocian, difícilmente se podrá avanzar en este ámbito. Todo ello sin contar que la priorización de los convenios de empresa no ha beneficiado a la materia de conciliación porque cuanto más cerca se está de la empresa menos conciliación hay y al contrario. Suelen ser los convenios de ámbito supraempresarial quienes abordan con más detalle (aunque sin grandes descubrimientos) la conciliación. Y solo en algunas grandes empresas, sus convenios contienen mejoras y desarrollo de estos derechos.

Es cierto que a nivel normativo, tanto desde la OIT (OIT reunión nov. 2011) como desde la Unión Europea y en el ámbito nacional, se reconocen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral dentro de la perspectiva de la igualdad de género. En lo que aquí interesa señalar, la Unión Europea viene trabajando sobre la igualdad de las mujeres, sobre todo, en la materia de maternidad y la protección por

⁹ Crespo Garrido, M. y Moretón Sanz, M.F., *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implantación masculina*, Colex, Majadahonda, 2010.

despido, exigiendo que no exista en las legislaciones un trato desfavorable por razón de género y de conciliación en el desarrollo de la relación laboral¹⁰. Todo ello en el convencimiento de una realidad incontestable y es que son las mujeres trabajadoras las que se suelen encontrarse en esas situaciones de desigualdad o discriminación laboral¹¹.

En general, se puede decir que la conjunción de la normativa europea (y también en España) y los datos reales nos muestran la tradición educacional y cultural donde la mujer es el núcleo de las cargas familiares, lo que supone un obstáculo para acceder al trabajo. Pero no podemos olvidar que toda política de igualdad, venga de Europa o esté incluida en los textos constitucionales, como es el caso Español (arts. 14 y 39 de la Constitución Española) y en su desarrollo por la legislación ordinaria nacional, que afecte a la conciliación (de hombres y mujeres), tiene que tener en cuenta que cuando se vulnera o se cuestiona quién tiene que encargarse del cuidado de los hijos o ascendientes o quién le corresponde la protección de la familia, se está vulnerando la igualdad de trato y así se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia del Tribunal Constitucional 240/1999, de 13 de octubre de 1999¹².

Por poner otro ejemplo de desigualdad, podemos señalar que cuando hablamos del cuidador informal, en los casos de dependencia, son las mujeres de la familia las que, en la mayoría de los supuestos, se encargan de los cuidados, quedando al margen del mercado laboral. Además hay que añadir que en algunos países, la prestación económica por el cuidado la recibe el dependiente y no la persona – mujer, casi siempre – que se encarga de la atención del mayor (es lo que ocurre con el caso español). Esto provoca, claramente, una falta de reconocimiento a la labor familiar y social que la mujer cumple.

2.3. Medidas para favorecer la conciliación entre trabajo y vida personal y familiar

Avanzando en el análisis del estado de la conciliación en la sociedad de hoy se puede señalar que la conciliación conlleva medidas de naturaleza

¹⁰ Sentencia de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01 o Sentencia de 21 de octubre de 1999, asunto C-333/97.

¹¹ Núñez-Cortés Contreras, P. y Cebrián-Carrillo, A., *El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal*, Consejería de Empleo y Mujer, Dirección General de la Mujer, Madrid, 2006.

¹² *Op. cit.*

distinta, sobre todo de carácter familiar, y ello nos lleva a decir que estas medidas que suponen, en la mayoría de los supuestos, una disminución del tiempo de trabajo, se compensan con prestaciones sociales que sostiene el Estado. Hay países que gastan más en conciliación, por tanto, en gasto social, porque son los más preocupados por implantar un sistema de desarrollo en igualdad de la conciliación (es el ejemplo de Noruega, unos 15500 euros por persona, mientras en España no se alcanza ni un tercio de esa cantidad).

Es destacable que junto al trabajo a tiempo parcial, el teletrabajo o trabajo a distancia (que es como se llama en España) puede ser una de las soluciones a la conciliación. Sin embargo, ni el Acuerdo Marco Europeo de teletrabajo que no es vinculante, ni siquiera, como es el caso español, la legislación nacional tienen una regulación incentivadora de esta modalidad de prestación de servicios. Las empresas, generalmente, son reacias a utilizarlo por lo que supone, en su opinión, una pérdida de poder empresarial sobre la prestación de servicios. Sin embargo, se deben valorar las ventajas que el teletrabajo puede ofrecer como ayuda a la incorporación sin barreras de distintos tipos de trabajadores como pueden ser: los trabajadores que padecen alguna discapacidad; o la mejora de la calidad de vida y salud de los trabajadores que concilian. Con este tipo de medida, la empresa adquiere una responsabilidad social que la avala desde un punto de vista productivo y competitivo y, por último, el trabajador consigue una flexibilidad que el trabajo presentista no tiene y que supone una mejor autonomía para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No se puede decir que la legislación Española no tenga ningún tipo de regulación al respecto porque con la Reforma de 2012 se modificó el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores y se ajustó el contrato de trabajo a distancia, pero todavía no se han visto resultados llamativos de utilización a los efectos de la cuestión que estamos analizando¹³.

Es cierto que algunas Grandes empresas, por ejemplo en España, y siempre con un análisis amplio del tratamiento del teletrabajo, han instaurado Programas de Teletrabajo que consiguen un mayor grado de conciliación sin pérdida de productividad. Baste citar, a modo de ejemplo: REPSOL donde se aplica el Acuerdo Marco Europeo y se establece como voluntaria la incorporación a sus programas de Teletrabajo y la posibilidad de revertir esa forma de prestar servicios en cualquier momento. Es llamativo el dato que el 67% de los teletrabajadores son mujeres y el 40%

¹³ Matus, M., Calderón, F.J. y Gómez, A., “La incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 88, 2007.

tienen entre 31 y 40 años de edad¹⁴.

Otro caso significativo es el de ENDESA. En la actualidad, el 2,2% de la plantilla realiza teletrabajo y el compromiso de los trabajadores con la empresa ha aumentado hasta situarse en el 95%. Ha aumentado la productividad un 2%, el mismo porcentaje de descenso del absentismo. La empresa ha realizado un gran esfuerzo por cambiar la cultura empresarial de presencia en la oficina tan arraigada en nuestro país¹⁵.

Por último, MICROSOFT España. Esta empresa actualmente, ha conseguido que el teletrabajo esté implantado en el 100 por cien de los trabajadores, se han reducido los costes de viaje en un 70%, se ha incrementado la producción un 40%, se ha reducido el absentismo y la rotación del personal, y se ha conseguido un compromiso del 92% por parte de los empleados. Por tanto, se puede decir que Microsoft ha conseguido los objetivos de implantar el trabajo a distancia y que son el ahorro de costes, el aumento de la productividad y facilitar la conciliación y la flexibilidad de sus empleados.

Para terminar esta valoración general, hay que destacar dos cuestiones que, en mi opinión, son muy relevantes y que ya se han apuntando en este análisis anteriormente. Por un lado, que la conciliación en ningún caso puede ser renuncia al desarrollo profesional de la persona y que cuando se utilizan las medidas de conciliación que los Estados regulan y establecen, en la mayor parte, son medidas que necesariamente conllevan reducciones de salarios. No pudiéndose hablar de una verdadera conciliación en *strictu sensu*. Ambas cuestiones están relacionadas entre sí. En general, tal y como la mayoría de los ordenamientos tienen estipulado, las medidas de conciliación y los servicios públicos imprescindibles para hacer realidad la misma (salvo el caso de los países nórdicos), conllevan, necesariamente, que el trabajador tiene que decidir entre trabajar o conciliar. En efecto, por un lado, las medidas se centran, sobre todo, en reducciones de jornada, lo que supone reducción de salario por encontrarnos en un trabajo a tiempo parcial y como con la crisis y sus consecuencias en las moderaciones o recortes salariales, los salarios han sufrido un detrimento bastante importante, los trabajadores no puede acceder a los servicios públicos por no poder costearlos.

En efecto, el coste de guarderías o residencias o la contratación de

¹⁴ Resolución de 25 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XI Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA (código de convenio n. 90006751011991), que fue suscrito, con fecha 14 de junio de 2016.

¹⁵ Resolución de 27 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Código de convenio n. 90013173012008), BOE n. 38, 13 de febrero de 2014.

servicios de cuidado son muy elevados (el caso español es muy claro, el número de plazas de guarderías o residencias públicas no se corresponde con el de necesidades reales de los ciudadanos y los precios que se tienen que pagar por esos servicios son muy altos). Así el trabajador, si tiene suerte, transmite la conciliación a los abuelos u otros familiares que generosamente la realizan porque, de otra forma, se encuentra en la disyuntiva de que el salario que tiene no alcanza el pago de estos servicios a los que tiene difícil acceso. Consecuentemente, en la mayoría de los casos, se tiene que quedar en casa renunciando al derecho al trabajo. En otras ocasiones, no es el salario el inconveniente sino la jornada y el horario que no son flexibles, con jornadas partidas y que imposibilitan cualquier tipo de conciliación.

Es cierto que en España, y en algunos supuestos excepcionales como es el caso del cuidado de hijos en situación de enfermedad grave, el trabajador puede reducir su jornada obteniendo del Estado una prestación económica de la Seguridad Social. Pero estas situaciones no son significativas a los efectos de la conciliación comprendida en términos globales.

3. La Renta Básica como instrumento incentivador de conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ventajas e inconvenientes

Una vez descrita, en un sentido general, la situación de la conciliación, y sabiendo que los instrumentos normativos y las ayudas no funcionan (salvo en algunos pocos países) porque no fomentan una conciliación real, es necesario plantearse hasta qué punto el establecimiento de una Renta Básica podría ayudar (junto con el resto de las medidas porque no es excluyente) a que los que quieren trabajar y conciliar puedan hacerlo en términos de libertad de elección, teniendo como cobertura una cuantía mínima de ingresos que les ayudaría a compatibilizar y decidir cómo quieren realizarse como personas en sí mismas o con sus familias¹⁶.

¹⁶ Instituto de Política Familiar, *Informe Evolución de la Familia en Europa*, 2014, <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documento/75>, e *Informe Evolución de la Familia en Europa*, 2016, <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documento/105>.

3.1. La configuración general de la Renta Básica

La Renta Básica se viene concibiendo por los estudiosos como un Derecho Fundamental y Universal sin más condicionante que el ser ciudadano o residente de un país¹⁷. El derecho a percibir una renta mínima de ingresos existenciales que procuren una vida digna a los ciudadanos y la posibilidad de desarrollarse con libertad¹⁸. Esta renta se configura como un derecho individual y no vinculado a la familia que como se sabe es el parámetro que se utiliza para la concesión de las ayudas que se establecen por las legislaciones de los Estados. Es decir, no tiene condiciones con respecto a las rentas o el patrimonio del sujeto beneficiario ni de la familia (cuando hablamos de las prestaciones asistenciales en España, en la mayoría de los casos, se condiciona a los ingresos y bienes del sujeto y de su familia¹⁹).

Siendo una renta que se presenta como un ingreso periódico, permanente y en metálico del ciudadano, es necesario, también, que sea lo suficiente para proporcionarle ese mínimo existencial que pretende cubrir. Es cierto que dependerá de cada Estado tomar de referencia o el salario mínimo interprofesional o cualquier otro índice que ayude a marcar cuál debe ser la cuantía de la renta a percibir. Además, esta Renta debe ser compatible con el trabajo desde el momento que se reconoce como un derecho fundamental que cubre las necesidades básicas del ciudadano²⁰. Otra cosa será que el ciudadano decida libremente trabajar para complementar y tener una calidad de vida mejor o no. Pero eso será una decisión individual que solo le atañe a él. En este sentido, el trabajo se concibe como un derecho que dignifica y desarrolla a la persona y, por ello, es ésta la que decide en qué, cómo y cuándo trabaja y el nivel de vida que quiere tener. Por supuesto, lo que no se conseguirá es un nivel alto sólo percibiendo la Renta Básica que, como se ha dicho anteriormente, sólo debe cubrir el mínimo existencial que todo ser humano debería tener garantizado.

Además, la Renta Básica presenta un rasgo que es esencial para la conciliación y es que es un medio para alcanzar la igualdad. De este modo, el que cualquier ciudadano independientemente de su sexo pueda percibir

¹⁷ White, S., *The Civic Minimum. On the rights and obligations of economic citizenship*, Oxford University Press, 2003.

¹⁸ Van Parijs, P., *Libertad real para todos ¿Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)?*, Paidós, 1996.

¹⁹ Soriano, R., *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, Almuzara, 2012.

²⁰ Fumagalli, A., “Doce tesis sobre la renta de ciudadanía”, en AA.VV. (Pisarello, G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.

este mínimo vital hace, sin lugar a dudas, que tanto hombres como mujeres se encuentren en una situación necesaria de paridad lo que conlleva es que se pueda romper el molde tradicional y real de que las mujeres son las que concilian quedando al margen o, en un segundo lugar, su desarrollo personal y profesional. Con ello, se conseguiría que la Igualdad de género alcance una cuasi plena efectividad porque todos los ciudadanos conseguirían un umbral mínimo de bienestar que les haría decidir sobre su futuro, superando algunos obstáculos que hoy día se presentan con esta crisis que nos azota como son la baja natalidad, la inclusión en el mercado laboral concluida la formación, el desarrollo de una vida profesional y todo ello compatibilizado con la vida personal o familiar que uno elija. Y es que la Igualdad y la conciliación son unos valores que no son negociables y, por lo tanto, no pueden verse alterados o recortados por los conflictos económicos que en cada momento se producen en los Estados.

En efecto, hoy en día la falta de Igualdad y, al hilo de ella, de recursos económicos provoca discriminación por falta de oportunidades y la Renta básica puede ser, junto con otras medidas de impulso, una buena fórmula de afianzar esos valores porque no podemos olvidar que nos encontramos ante un mercado laboral masculino en la determinación de quiénes negocian los convenios colectivos, en los elementos del contrato y las condiciones laborales que se establecen y en los sistemas de trabajo que las empresas imponen. Y es que resulta imposible, en los momentos actuales, entrar, mantenerse y promocionarse como mujer en el trabajo sin condiciones. Es un conflicto de valores y económico para la mujer y lo es para la empresa que valora más las desventajas que la profesionalidad de las trabajadoras.

Y es que el fundamento de la Renta básica es que se trata de un derecho subjetivo del ciudadano²¹ a recibir unos ingresos que no queden sujetos a la discrecionalidad de quién tiene que valorar si se reúnen una serie de requisitos para tener derecho a los mismos (como pasa en ayudas o prestaciones sociales). Y que, además, no tiene en cuenta ningún condicionante de la persona, género, nivel de ingresos, contribuciones a la sociedad para adquirir derechos, etc. Al contrario, la Renta Básica y otras medidas sociales deben apoyarse entre sí cuando el ciudadano se encuentra en una situación de necesidad que va más allá de la que debe cubrir, como existencial, la Renta Básica²².

²¹ Bartoméu, M.J., y Raventós, D., “Derecho de existencia y renta básica”, en AA.VV. (Pisarello, G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.

²² *Op. cit.*

El problema de la Renta Básica es el coste que puede suponer para los Estados. Su establecimiento dependerá de cada Estado y sus recursos los que deben decidir cómo hacer viable económicamente esa renta básica y buscar distintas fuentes de financiación para que no suponga una carga muy grande o pueda peligrar su mantenimiento desatendiendo el objetivo principal de la misma. El sistema que se propone, por los estudiosos del tema, como más adecuado es el impositivo. Hay que gravar aquellas rentas más altas para provocar una redistribución de la riqueza²³. Otro sector doctrinal aboga por gravar las operaciones mercantiles y especulativas o, incluso, el uso de las nuevas energías²⁴. Pero puede haber más, como por ejemplo, determinar a qué edades se necesitan más recursos económicos y, en esos umbrales de edad, establecer una cuantía de Renta Básica más alta. Puede ser el caso de los niños y jóvenes que necesitan de más formación o los tramos de mayor edad con pensiones más bajas. E incluso, establecer una tasa similar a la que tiene Francia que denominan “tasa de solidaridad” que es de un 1,5%. En fin, cada país deberá analizar el establecimiento de la Renta Básica y el plazo gradual del mismo. Siempre dependiendo, claro está, de su nivel de riqueza. Es por eso que no se puede dar una fórmula universal para todos los países.

3.2. Conciliación, Igualdad y Renta Básica. ¿Objetivos inalcanzables?

Pues bien, el objetivo de este estudio no es analizar la Renta básica (desde la perspectiva económica) sino intentar comprobar su incidencia positiva en la conciliación. Para ello, se va a partir de las ideas básicas de concepto y características de la Renta Básica que se han señalado, es decir, como un derecho del ciudadano, individualmente considerado que no está condicionada a ningún requisito y que es un derecho de todos y, por tanto, universal²⁵ para centrarnos en el objeto principal de estudio. Partiendo de lo anteriormente dicho y descendiendo un poco más a la

²³ Arcarons, J., Doménech, A. y Torrens, L., *Un modelo de financiación de la Renta Básica en el Reino de España: sí, se puede y es racional*, www.sinpermiso.info, 2014.

²⁴ Rey Pérez, J.L., “¿Qué tipo de fiscalidad exige la idea de justicia de la renta básica”, en AA.VV. (Rodríguez Palop, M.A., Campoy Cervera, I. y Rey Pérez, J.L. eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado del Bienestar*, Dykinson, 2012.

²⁵ Doménech, A. y Raventós, D., “Renta básica de ciudadanía y trabajadores del primer mundo”, en AA.VV. (Pisarello, G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.

Conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la Renta básica puede ser un elemento esencial para que los trabajadores puedan decidir en libertad conciliar o no. Y no solo, sino que les coloca en una situación mejor con relación a los empresarios. En efecto, veámoslo poco a poco.

Se ha venido diciendo que la situación de crisis actual y de desempleo no ayuda a la conciliación de los trabajadores. También, se ha mencionado los bajos salarios (impuestos por los propios convenios colectivos o por las normas que reforman la legislación laboral) y que los contratos son precarios y muy flexibles con afectación de condiciones laborales tan esenciales para la conciliación como la jornada y el horario y que, en la mayoría de las ocasiones, se tratan de contratos a tiempo parcial que se imponen como única solución al desempleo total. Por último, como sustrato de todo, está que las mujeres son las trabajadoras más perjudicadas por el mercado laboral y que la cultura, la educación y la tradición las arrastra a ser los sujetos que se ven obligados a conciliar. Pues bien, el establecimiento de una Renta Básica ayudaría, sin lugar a dudas, a adquirir un mayor poder de decisión. Es decir, el tener asegurado unos ingresos mínimos coloca a la persona en una posición de igualdad a la hora de decidir si no quiere abandonar su trabajo y promoción pero tampoco quiere abandonar su vida personal o familiar. Es más el decidir si quiere uno trabajar a tiempo completo o no, que también quedaría en ese mayor ámbito de decisión.

Al mismo tiempo y con relación a la negociación de convenios colectivos o de contratos de trabajo, el trabajador que percibe una renta básica está en disposición de presionar o de negarse a realizarlos en unas condiciones que le imposibiliten esa conciliación, bien porque se ofrezcan con un salario tan bajo que no pueda pagar los gastos de cuidado de hijos y familiares (no olvidemos los precios de guarderías o residencias) o bien porque no le dejen desarrollarse como persona (con horarios o jornadas abusivas o inmanejables). A todo esto, debemos añadir que todo ciudadano cumple una función social y no por tener ingresos muy altos quiere decir que se aporte más a la sociedad. Además, cada persona decide vivir en el nivel que quiera, esto es, el que le proporciona la renta básica o añadir los que perciba de su trabajo por cuenta propia o ajena.

Consecuentemente, se debe romper el mito de que la productividad es igual a presentismo en la empresa. No por trabajar más horas se produce más y se es más rentable para la empresa, desde la perspectiva económica y de actividad. En ocasiones, menos horas de trabajo supone hacerlo en menos tiempo pero no por ello es de menos calidad o de inferior rendimiento. Por eso, las políticas de conciliación quedarían reforzadas cuando la empresa viera el beneficio económico que le proporciona un

trabajador satisfecho con el trabajo que realiza. La renta básica lo que hace es equilibrar la reducción de tiempo de trabajo y la productividad. Y es que hasta ahora cualquier medida de conciliación lleva acarreada una disminución del salario (es decir, que el trabajador soporta la conciliación aunque, en menos tiempo, siga siendo igual de productivo) que según qué circunstancias tenga el trabajador, puede soportar o no. Esto, claro, le llevará a veces a renunciar a la conciliación para no perder los ingresos que necesita para vivir. El establecimiento de la Renta básica, sin muchas dudas, se convertiría en el instrumento mediante el cual el trabajador decide libremente que quiere o no profesional o personalmente.

Pero no solo esto sino que hay que añadir que junto con la Renta básica el Estado no puede desatender los servicios públicos imprescindibles para la conciliación, en este caso, familiar. Nos referimos a las guarderías o las residencias de mayores. Se ha dicho en páginas anteriores que son servicios que no alcanzan a toda la población que los necesita, sobre todo, porque son caros. El trabajador, especialmente mujer, que decide conciliar necesita de ellos para poder trabajar. Una renta básica junto con el salario que perciba ese trabajador proporcionará la solvencia necesaria para el acceso de los mismos. Si el Estado no es capaz, económicamente hablando, de ofrecer plazas públicas para todos los ciudadanos, el aumento del poder adquisitivo de los que quieren trabajar y conciliar ayudaría a poder optar por estos servicios en el sector privado. En la actualidad, en muchos países europeos, no se cubren todas las necesidades de guardería y residencias que se demandan por la ciudadanía. Pero el desempleo o la escasa cuantía de los salarios o los contratos temporales y precarios impiden, en la mayoría de los casos, que se pueda acudir al sector privado. Muchos trabajadores acuden, entonces como ya se ha dicho, a los abuelos como medio de conciliación. Pero, también, hay trabajadores que no teniendo esa posibilidad tienen que abandonar (sobre todo mujeres) el mercado laboral porque no pueden hacerse cargo de los gastos que supone contratar esos servicios. La renta básica incidiría muy positivamente porque al no estar condicionada a la familia, los perceptores de la misma en un hogar podrían, seguramente, hacer frente, junto con su salario, a los costes que supone la conciliación. Y no son costes sociales porque ahora de lo que se trata es de acceder al sector privado por lo que, a su vez, estaría reinvirtiéndose en la economía y, por tanto, en la sociedad. Más demanda supone más oferta y, quizás, más empleo.

Hay que añadir que la Renta básica (afectando a toda la población) no queda reducida al trabajador por cuenta ajena sino que se extendería al autónomo o por cuenta propia que se beneficiaría de esta libertad de decisión con relación a la conciliación también. No podemos olvidar que

en algunos países, el aumento del trabajo autónomo en los momentos actuales ha sido vertiginoso. Es más, la propia legislación promociona el emprendimiento como un instrumento de política de empleo y de reducción del desempleo. Pero se sea trabajador dependiente, autónomo o pequeño empresario, lo cierto es que el rasgo general a todos ellos es el incremento de las jornadas laborales que cada vez son más rígidas. Es por ello, que la renta básica permite compatibilizar esas esferas de las que estamos hablando, la profesional y la personal o familiar. Esto contribuye a que los trabajadores mejoren su calidad de vida y puedan conciliar en la medida que libremente se elija. Y es que los Estados deben impulsar medidas de apoyo a la conciliación (para la mujer especialmente) porque la situación laboral con contratos menos precarios y horarios más racionales en las empresas, tendiendo a una mejora económica del ciudadano con una redistribución de la riqueza y un aumento de los salarios. Todo ello, teniendo en cuenta que el modelo familiar ha cambiado mucho actualmente. Sobre los dos primeros asuntos, desde la perspectiva de la mejora de la calidad de las condiciones de trabajo, sobre todo, de horarios racionales en las empresas y de un salario acorde a la prestación que se realice y con relación a la familia, hay que añadir que, cada vez hay más familias monoparentales lo que, sin dudas, provoca aún mayor desigualdad en el mercado laboral. Destinar más dinero a la familia en educación, sanidad, promoción social, cultural y económica ayuda a evitar la discriminación y a hacer una sociedad más empática con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral²⁶.

Al final de lo que se trata es que haya una corresponsabilidad entre la empresa y el trabajador, de modo que la organización del trabajo y del tiempo de trabajo satisfaga a ambas partes, al empresario porque recibe la productividad y rendimiento exigible y al trabajador porque puede cuidar de sus familiares o puede pasar tiempo de ocio sin el miedo al despido o la posibilidad de promoción²⁷. Y es el Estado quién debe proveer los instrumentos necesarios para partir de una premisa de igualdad y libertad entre ambas partes. Quizás ese sea el papel que debe cumplir la Renta Básica en la conciliación²⁸.

²⁶ Instituto Internacional de Ciencias Políticas, *Informe sobre el panorama político-institucional para el 2015*, <http://www.institutocienciaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/01/PANORAMA-POLITICO-IICP-2015-Definitivo-3-en-papel-IICPa.pdf>.

²⁷ Rico Belda, P., "Satisfacción con la conciliación laboral y familiar de los asalariados en España", *Revista de Economía Laboral*, vol. 9, n. 1, 2012.

²⁸ Noguera, J.A., "La renta básica y la crisis del empleo: cuatro tesis a contracorriente", en AA.VV. (Rodríguez Palop, M.A., Campoy Cervera, I. y Rey Pérez, J.L. eds.), *Desafíos*

De esta forma, cuestiones como la elección entre ser madre o la carrera profesional, el atender a nuestros mayores, el decidir si se comunica a la empresa que se está embarazada o no, el estancamiento en el proyecto profesional, o las exclusiones del mercado laboral durante el tiempo de cuidados que imposibilitan una inserción total al mismo y la inseguridad laboral, no quedarían supeditadas a la imposición de la sociedad o de la coyuntura económica o personal porque con la Renta básica se convertiría en el ejercicio de un derecho del ciudadano que no tiene ningún condicionante. Otra cosa será como el ciudadano quiera complementar esos ingresos mínimos, pero eso nos llevaría a un estudio distinto.

4. Bibliografía

- Alston, P., “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *The European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n. 3, pp. 467-480.
- Bertoméu, M.J. y Raventós, D., “Derecho de existencia y renta básica”, en AA.VV. (Pisarello G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.
- Crespo Garrido, M. y Moretón Sanz, M.F., *Conciliación de trabajo y familia. Las claves del éxito: eficiencia empresarial e implantación masculina*, Colex, Majadahonda, 2010.
- Doménech, A. y Raventós, D., “Renta básica de ciudadanía y trabajadores del primer mundo”, en AA.VV. (Pisarello G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.
- Fumagalli, A., “Doce tesis sobre la renta de ciudadanía”, en AA.VV. (Pisarello G. y De Cabo, A. eds.), *La renta básica como nuevo derecho de ciudadanía*, Trotta, 2006.
- Matus, M., Calderón, F.J. y Gómez, A., “La incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 88, 2007.
- Noguera, J.A., “La renta básica y la crisis del empleo: cuatro tesis a contracorriente”, en AA.VV. (Rodríguez Palop, M.A., Campoy Cervera, I. y Rey Pérez, J.L. eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado del Bienestar*, Dykinson, 2012.

actuales a los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado del Bienestar, Dykinson, 2012.

- Núñez-Cortés Contreras, P. y Cebrián Carillo A., *El reflejo en la jurisprudencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y personal*, Consejería de Empleo y Mujer. Dirección General de la Mujer, Madrid, 2006.
- Rey Pérez, J.L., “¿Qué tipo de fiscalidad exige la idea de justicia de la renta básica”, en AA.VV. (Rodríguez Palop, M.A., Campoy Cervera, I. y Rey Pérez, J.L. eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos. La renta básica y el futuro del Estado del Bienestar*, Dykinson, 2012.
- Rico Belda, P., “Satisfacción con la conciliación laboral y familiar de los asalariados en España”, *Revista de Economía Laboral*, vol. 9, n. 1, 2012.
- Ruiz-Rico Ruiz, C., *El derecho a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Soriano, R., *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, Almuzara, 2012.
- Van Parijs, P., *Libertad real para todos ¿Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)?*, Paidós, 1996.
- White, S., *The Civic Minimum. On the rights and obligations of economic citizenship*, Oxford University Press, 2003.

Web sites

- Aragón Medina, J., Cruces Aguilera, J., Martínez Poza, A. y Rocha Sánchez, F., *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Comisiones Obreras, Madrid, 2012. Disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/TiempoTrabajo.pdf>
- Arcarons, J., Doménech, A., Raventós, D. y Torrens, L., *Un modelo de financiación de la Renta Básica en el Reino de España: sí, se puede y es racional*, www.sinpermiso.info, 2014.
- Instituto de Política Familiar, *Informe Evolución de la Familia en Europa*, 2014, <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documento/75>.
- Instituto de Política Familiar, *Informe Evolución de la Familia en Europa*, 2016, <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documento/105>.
- Instituto Internacional de Ciencias Políticas, *Informe sobre el panorama político-institucional para el 2015*, <http://www.institutocienciaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/01/PANORAMA-POLITICO-IICP-2015-Definitivo-3-en-papel-IICPa.pdf>.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Conciliación del trabajo y la vida familiar*. Reunión 312, 4º punto del día, Ginebra, noviembre 2011. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf.

Replanteamiento de los sistemas públicos de pensiones en un mercado del trabajo en mutación*

Josep FARGAS**
Eusebi COLÁS-NEILA***

RESUMEN: La regulación de las pensiones contributivas se ha construido sobre un paradigma tradicional de empleo basado en un trabajador indefinido, a tiempo completo, con una extensa carrera profesional y un número reducido de empleadores, cuya presencia en las regulaciones y prácticas laborales es muy dudosa en la actualidad. Los sistemas europeos de pensiones han sido objeto de reformas en los últimos años para garantizar su sostenibilidad financiera, disminuyendo a menudo sus niveles de protección. En este artículo, se sugiere que estas reformas se mantienen en este paradigma tradicional de empleo y no se han adaptado adecuadamente a la realidad laboral actual. Esta falta de conexión puede incrementar la erosión que experimenta la función protectora de la seguridad social. A partir del análisis del caso español, se identifican ejemplos de esta inadecuación y se ofrecen algunas propuestas para reconectar las normas de seguridad social y las pautas del empleo.

Palabras clave: Seguridad Social; Jubilación; Paradigma del empleo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema español de Seguridad Social. 3. La pensión de jubilación en el sistema español de Seguridad Social. 4. Una pensión de jubilación coherente con el paradigma clásico de empleo. 5. Un nuevo paradigma de empleo. 6. Deficiencias del paradigma clásico de la pensión de jubilación: propuestas para un nuevo paradigma normativo. 7. Bibliografía.

* Una primera versión de este artículo fue presentada en la *3rd Labour Law Research Network Conference* – bajo el título *Rethinking the public pension system in a changing labour market* –, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, los días 25 y 27 de junio de 2017. Los autores desean mostrar su agradecimiento a las personas asistentes por sus útiles comentarios.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Pompeu Fabra.

*** Profesor agregado interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Pompeu Fabra.

Rethinking the Public Pension System in a Changing Labour Market

ABSTRACT: Pension regulations in employment-based (contributory) systems have been built on a traditional employment paradigm based on a full-time, long-term worker with an extensive career and a reduced number of employers, currently under discussion in prevailing legal regulations and practices. European pension systems have undergone various reform processes in recent years to guarantee their financial sustainability, often resulting in decreased protection levels. We suggest that these reforms have not shifted from this traditional employment paradigm, which is not the predominant empirical reality, and consequently have not adequately been adjusted to working life today. This lack of connection between employment practices and pension protection may increasingly erode the protective role of social security. We analyse the Spanish case to identify several examples to illustrate this inadequacy and offer some initial proposals to discuss that are addressed to reconnecting social security rules and employment patterns.

Key Words: Social Security; Retirement, Employment paradigm.

1. Introducción

Los países europeos han alcanzado progresivamente avanzados sistemas de pensiones en la última parte del siglo pasado. A pesar de ello, un conjunto de circunstancias, entre las que debe destacarse el envejecimiento de la población, la crisis económica o la expansión de las políticas de austeridad, han forzado a muchos de ellos, entre los que se incluye España, a introducir reformas regresivas con la finalidad de asegurar su sostenibilidad financiera²⁹. Este criterio exclusivamente economicista que guía los cambios normativos se dirige a la reducción del gasto público endureciendo, a tal fin, los requisitos de acceso a la pensión y reduciendo su cuantía final. Como resultado, los niveles de protección que ofrece el sistema público de pensiones español se ven fuertemente erosionados, lo que plantea dudas sobre la adecuación de las pensiones y su capacidad de ser un verdadero instrumento de protección e igualdad.

Existen algunos ensayos de Strauss que sugieren una perspectiva diferente a la hora de abordar las reformas de los sistemas de pensiones, teniendo en cuenta su conexión con las transformaciones que está experimentando el empleo. Así, de un lado, sugiere la existencia de un “contrato de pensiones estándar³⁰”, basado en la propuesta analítica del “contrato de trabajo estándar” realizada por Freedland³¹, como un marco para estudiar los diferentes sistemas de pensiones. De otro, introduce el concepto de “pensiones flexibles” como institución correlacionada con el “empleo flexible”³².

Ambos trabajos motivaron que nuestra atención se centrara sobre la

²⁹ Una descripción más detallada de estos cambios puede verse en los estudios de Natali, D. y Stamati, F., “Reforming pensions in Europe: a comparative country analysis”, *ETUI Working Papers*, n. 2013.08, Bruselas, 2013; y Suárez Corujo, B., *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014.

³⁰ Strauss, K., “Equality, fair mutualisation and the socialisation of risk and reward in European pensions”, en Countourisy, N. y Freedland, M. (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 333–350. Strauss, K., “Flexible Work, Flexible Pensions: Labor Market Change and the Evolution of Retirement Savings”, en Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013, pp. 292-313.

³¹ Freedland, M., “Burying Caesar: What Was the Standard Employment Contract?”, en Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment*, New York, Russel Sage Foundation., 2013, pp. 81-94.

³² Strauss, K., “Flexible Work, Flexible Pensions: Labor Market Change and the Evolution of Retirement Savings”, en Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013, pp. 292-313.

regulación de la pensión de jubilación y su adecuación al actual paradigma de empleo³³. En este trabajo, sugerimos que las últimas reformas adolecen de una adecuada consideración de las transformaciones actuales del trabajo, que lo han situado en un marco de precariedad permanente. Las normas de seguridad social, en cambio, todavía permanecen ancladas al contrato de trabajo estándar, asumiendo el desarrollo de un trabajo indefinido, a tiempo completo, asociado a un único empleador, o a un número reducido de ellos, un modelo cuyo uso generalizado está en entredicho actualmente.

El trabajo y su regulación están experimentando una transformación fundamental³⁴. Una de las consecuencias más notable es la pérdida de relevancia del paradigma clásico de empleo, proliferando mecanismos atípicos de contratación. Así, las actuales formas de trabajo ocasional, atípico o no estándar, que representan una importante proporción del empleo en España, no son adecuadamente consideradas por las normas de seguridad social respecto a un futuro acceso a la pensión y en cuanto al cálculo de su cuantía. Es más, las últimas reformas laborales, que decían implementar las políticas europeas de flexiseguridad, han alumbrado un nuevo modelo de “flexiprecariedad”, en el que el equilibrio entre ambos componentes antagónicos se ha alterado³⁵. Como resultado de ello, la fragmentación del mercado de trabajo y la precariedad experimentada por un número cada vez mayor de trabajadores también pueden transferirse a situaciones de jubilación, lo que acentúa las vulnerabilidades causadas por las reformas regresivas de las pensiones.

Este trabajo pretende contribuir al debate sobre cómo deberían reconstruirse las normas de seguridad social, como parte esencial de un renovado derecho del trabajo en la tradicional y amplia concepción de Sinzheimer³⁶. Se argumentará que las conexiones entre estas formas

³³ Una aproximación previa a la reforma de las pensiones considerando esta perspectiva fue abordada en Colás-Neila, E., “Reconfiguring the employment-pension connection in times of austerity”, *European Labour Law Journal*, vol. 7, n. 3, pp. 461–478.

³⁴ Son referencia básica al respecto, entre otros: Davidov, G. y Langille, B. (eds.). (2006), *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Oxford, Hart Publishing, 2006; Davidov, G. y Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Stone, K.V.W., *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; y Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013.

³⁵ López, J., De Le Court, A. y Canalda, S., “Breaking the Equilibrium between Flexibility and Security: Flexiprecarity as the Spanish Version of the Model”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, n. 1, 2014, pp. 22-42.

³⁶ Weiss, M., “Re-Inventing Labour Law?”, en Davidov G. y Langille, B. (eds.), *The Idea of*

actuales (precarias) de trabajo y la regulación del sistema de pensiones deberían ajustarse para garantizar una adecuada protección adecuada de los trabajadores (y ciudadanos en general) que no se ajustan al modelo de trabajador estándar sobre el cual se han construido las regulaciones de seguridad social. Para ello, se evaluará el caso español, identificando varias deficiencias y sugiriendo algunas propuestas técnicas para reconectar las reglamentaciones de pensiones con las prácticas de empleo.

2. El sistema español de Seguridad Social

La Constitución española reconoce el derecho a la seguridad social en su artículo 41, que dirige un mandato a los poderes públicos para mantener un sistema público que garantice una adecuada protección para todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. Añade, en su inciso final, el carácter opcional de mecanismos suplementarios de protección. En atención a su específica naturaleza constitucional, como principio rector de la política social y económica, el legislador posee una cierta libertad para su desarrollo, respetando la garantía institucional del derecho que, entre otras cosas, implica su reconocibilidad por los miembros de la sociedad en todo momento.

A pesar de no existir un modelo constitucional de seguridad social cerrado, es posible extraer ciertos principios, tales como el carácter público de la institución (publicación institucional), el ámbito universal de protección (universalidad subjetiva), la consideración general de las situaciones protegidas (generalidad objetiva) y la suficiencia de las prestaciones ofrecidas (suficiencia prestacional)³⁷. El desarrollo legislativo ha establecido dos niveles de protección públicos diferentes, separados y de desigual calidad protectora: un nivel básico de seguridad social (no contributivo) y un nivel profesional (contributivo), financiados mayoritariamente mediante impuestos generales y mediante cotizaciones, respectivamente.

El nivel no contributivo protege en especial a aquellos ciudadanos que no hayan contribuido suficientemente al sistema a fin de alcanzar una prestación contributiva de jubilación o incapacidad permanente. Esta red de seguridad secundaria se erige sobre la existencia de una situación verificable de necesidad, traducida en la insuficiencia de recursos económicos comparativamente con los umbrales fijados anualmente por

Labour Law, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 43-56.

³⁷ Alarcón Caracuel, M.R., *La Seguridad Social en España*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

las leyes de presupuestos (la cifra para 2017 es de 5.164,60 euros anuales, que es precisamente la cuantía máxima de la pensión). Esto significa que aquellas personas que no tienen derecho a acceder a una pensión contributiva cuyos recursos económicos superen la cantidad legamente establecida, quedan fuera de esta protección pública.

El nivel contributivo reconoce diferentes prestaciones a los trabajadores y sus familias, con un requisito común de haber contribuido al sistema durante un cierto período de tiempo, que varía en función de la contingencia de que se trate. Este es el nivel de protección más importante y desarrollado teniendo en cuenta número de personas protegidas y la calidad de las prestaciones reconocidas. Así, a fecha 31 de octubre de 2017, el número de pensiones contributivas de jubilación era de 5.858.984, con un importe mensual medio de 1.068,38 euros. Existe un importe mensual general máximo para todas las pensiones del sistema (2.573,70 euros para 2017) y un importe mensual mínimo que depende de diversos factores, como el tipo de pensión (jubilación, incapacidad permanente) o circunstancias familiares (si la persona beneficiaria es soltera, si tiene pareja, o si ésta es una persona dependiente).

En última instancia, como se ha adelantado, la protección complementaria no posee naturaleza obligatoria, y tanto los mecanismos privados individuales como los planes de pensiones del sistema de empleo no son muy significativos en el sistema español.

3. La pensión de jubilación en el sistema español de Seguridad Social

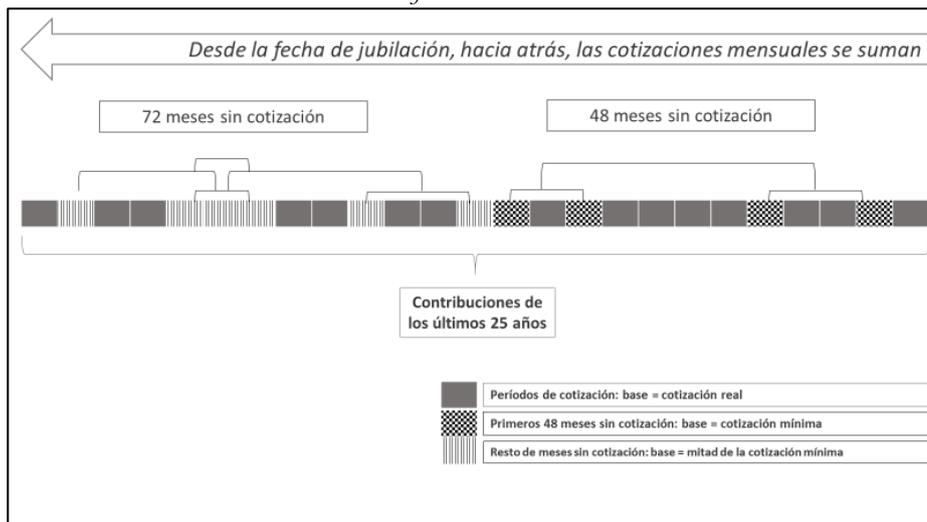
Los requisitos para obtener una pensión contributiva de jubilación en el sistema español de seguridad social son similares a los exigidos en otros ordenamientos jurídicos: 1) cesar en el trabajo, 2) alcanzar una determinada edad, y 3) acreditar haber contribuido al sistema durante un determinado número de años. La edad ordinaria de jubilación es de 67 años (o 65 si se acredita al menos un periodo previo de cotización de 38 años y 6 meses), con la posibilidad de diferentes alternativas tales como la jubilación anticipada (a partir de los 63 años), la jubilación más allá de la edad ordinaria o la jubilación a tiempo parcial. De otro lado, un periodo previo de 15 años completos de cotización es preciso, de los cuáles al menos 2 deben haberse desarrollado en los 15 años inmediatamente precedentes al momento de la solicitud.

En cuanto al cálculo de la pensión, deben realizarse dos operaciones distintas. En primer lugar, debe calcularse la base reguladora, consistente

en la media de cotizaciones realizadas durante los últimos 25 años (300 meses previos a la solicitud). Los primeros 24 meses se computan por la cifra real; el resto de contribuciones se adicionan corregidas con el IPC correspondiente.

Puede suceder que, durante esos 25 años, existan determinados períodos sin obligación de cotización. La solución adoptada por el legislador para evitar una reducción severa de la pensión es colmar esas lagunas con diferentes cuantías del modo siguiente: los primeros 48 meses sin cotización se colmarán con la base mínima de cotización de entre todas las existentes en cada momento (para el año 2017 esta cuantía es de 825,60 euros mensuales); el resto de meses se colman con el 50% de esta base de cotización mínima (lo que equivaldría para 2017 a 412,80 euros mensuales).

Tabla 1: Mecanismo para colmar las lagunas de cotización al calcular la pensión de jubilación



Fuente: Elaboración propia

Esta solución es mejor que la de no computar cotización alguna en las lagunas. Sin embargo, debe hacerse notar que los últimos cambios normativos socavaron este mecanismo. Con anterioridad a 2013, todas las lagunas de cotización, sin límite alguno, eran colmadas con la base mínima de cotización. La última reforma, dirigida a reducir el gasto en pensiones, aminoró la cuantía para colmar las lagunas de cotización más allá de los 48 primeros meses, reduciendo con ello la cuantía final de la pensión.

Tras el cálculo de la base reguladora, tal y como se ha expuesto

sumariamente, debe aplicarse un porcentaje en función del tiempo previo de cotización. Con 15 años de cotización (el mínimo para acceder a una pensión contributiva de jubilación), el porcentaje sería del 50%. Para obtener el 100% de la base reguladora, son precisos 37 años de cotización. Con carácter general, este techo no puede ser sobrepasado, excepto cuando se continúa trabajando más allá de la edad ordinaria de jubilación.

4. Una pensión de jubilación coherente con el paradigma clásico de empleo

La estabilidad es una de las características fundamentales de paradigma clásico de empleo. El contrato de trabajo estándar, bajo el que se regula una relación laboral de carácter indefinido, a tiempo completo, fue central en Europa durante el siglo XX³⁸. Las “promesas implícitas de un empleo a largo plazo” implicaba el derecho a una carrera profesional estructurada, de tipo jerárquico, en la que cada puesto proporcionaba las habilidades precisas para desarrollar el siguiente, con el consiguiente incremento retributivo³⁹. Así, los puestos de trabajo estables predominaban, con pequeñas interrupciones (desempleo friccional), siendo poco común el reciclaje profesional y con una mejora de las condiciones del trabajo asociadas al transcurso del tiempo.

El paradigma clásico de la pensión de jubilación tomó en consideración esta carrera profesional ascendente y estructurada, con mejora retributiva progresiva. Algunos ejemplos, aún presentes en la legislación vigente, permiten evidenciar esta simbiosis.

Como acaba de verse, la pensión de jubilación contempla unas reglas de cálculo que tienen en cuenta especialmente los últimos años de trabajo. Como se vio, la base reguladora es equivalente a las contribuciones medias realizadas durante los últimos 25 años previos. Ello es coherente con su función de reemplazo de la retribución dejada de percibir y con un incremento gradual de los mismos que supone que las cotizaciones más elevadas a lo largo de la vida laboral tienen lugar durante los últimos años. En este modelo de carrera laboral estable, las interrupciones breves ya se encuentran protegida por las prestaciones por desempleo y las contribuciones a la seguridad social correspondientes. Las interrupciones de un plazo medio se penalizan, con el cálculo de una base de cotización

³⁸ Romagnoli, U., “Del Derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.

³⁹ Stone, K.V.W., “Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labor Rights in Our Time”, *Osgoode Hall Law Journal*, 44 (Fall), 2006.

reducida (base mínima o la mitad de esta base mínima), que implica una disminución significativa de la pensión de jubilación; y, finalmente, las interrupciones más largas son sospechosas de encubrir un empleo informal y, por lo tanto, la relación con el sistema de seguridad social se rompe, no protegiéndose estas situaciones.

5. Un nuevo paradigma de empleo

En un plano normativo, un buen ejemplo de que la estabilidad ha sido la base esencial del paradigma clásico de empleo, tanto normativamente como en lo relativo a las prácticas laborales, puede verse en los cambios que ha experimentado el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los contratos de duración determinada. La actual versión estatutaria establece que el contrato de trabajo puede ser concertado con una duración indefinida o determinada, indicando a continuación los casos en los que procede ésta. Sin embargo, la primera versión del Estatuto de 1980 contenía una presunción relativa al carácter indefinido del contrato de trabajo, presunción de estabilidad que desapareció en la reforma de 1994, la primera de una sucesión de oleadas flexibilizadoras que ha venido sufriendo nuestro ordenamiento jurídico desde entonces.

En relación a las prácticas laborales, tal y como Stone ha señalado respecto al caso norteamericano, las empresas han desmantelado los mercados de trabajo internos y las promesas implícitas de estabilidad han sido sustituidas por una “carrera profesional de límites difusos”⁴⁰. En España, la evolución en la utilización de los contratos de duración determinada y a tiempo parcial nos ofrece una idea acerca de este proceso. Las políticas de flexiseguridad pueden situarse en aquella formulación de la nueva “carrera profesional de límites difusos”, cuyos resultados a nivel doméstico, en las implementaciones llevadas a cabo por los Estados miembros, no ha arrojado resultados positivos, tal y como se indicó más arriba acerca del caso español.

Todo ello conlleva dos factores con relevantes implicaciones para las pensiones. En primer lugar, las condiciones de trabajo devienen extremadamente variables a lo largo de toda la vida laboral del trabajador, muy especialmente en lo relativo a las retribuciones y las correspondientes cotizaciones a la seguridad social. Además, en función de cuándo tengan lugar esos cambios, su impacto puede ser mayor o menor a la hora de

⁴⁰ Stone, K.V.W., *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

calcular la pensión.

En segundo lugar, las interrupciones en la actividad son más comunes y muchas veces bastantes usuales (los más jóvenes, por ejemplo, sufren un empleo intermitente) y los períodos de desempleo son cada vez más largos e implican ausencia de cotizaciones a la Seguridad Social. Así, el requisito de un periodo previo de cotización para acceder a la pensión puede resultar difícilmente alcanzables para un número cada vez mayor de trabajadores y en los casos en los que pueda accederse a la prestación, la cuantía de la pensión puede resultar muy reducida debido a que el cálculo viene condicionado por las lagunas de cotización a lo largo de su carrera. En relación a ello, debe tenerse en cuenta cómo los procesos de “uberización” de la economía podrían dar lugar a un mercado de trabajo con un mayor grado de informalidad y, con ello, de mayor vulnerabilidad para los trabajadores tanto en la esfera laboral como en el acceso a las pensiones⁴¹, sin perder de vista el negativo impacto de género que se ve acrecentado en estas situaciones⁴².

6. Deficiencias del paradigma clásico de la pensión de jubilación: propuestas para un nuevo paradigma normativo

A continuación, ofrecemos algunos ejemplos de la insuficiente conexión entre las normas que regulan la pensión de jubilación y las prácticas laborales, y proponemos algunas soluciones para proteger adecuadamente a los trabajadores en los actuales mercados de trabajo altamente inseguros. En primer lugar, como dijimos, las lagunas de cotización van a estar más ampliamente presentes en la vida laboral de los trabajadores. Por ello, una primera pregunta a plantear es de qué manera estas lagunas debieran ser colmadas. Las normas actuales son un ejemplo paradigmático de inadecuación entre normas de seguridad social y la realidad laboral dominante. Lo que es común, no debiera penalizarse por el legislador. Si las lagunas de cotización son habituales, la pensión de jubilación no debería considerarlas una anomalía o excepción, contabilizados con importes ficticios alejados de la realidad salarial.

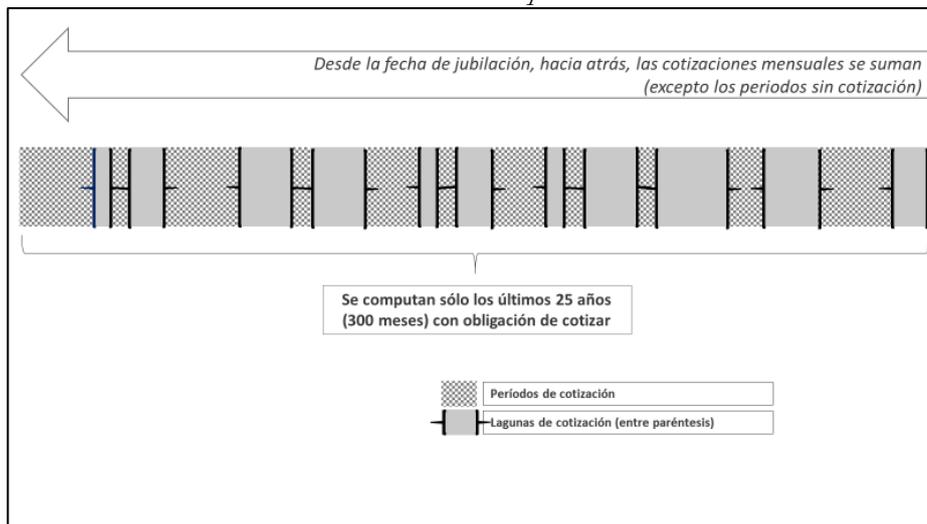
Otros tratamientos legales de estos periodos serían posibles, sin que se

⁴¹ En relación al impacto de la denominada economía colaborativa y las nuevas formas de trabajo, véase De Stefano, V., “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»”, *Conditions of Work and Employment Series*, Geneva, 2016.

⁴² Pumar, N., “Reforma de pensiones en España, carreras profesionales irregulares e impacto de género”, *Revista de Derecho Social*, n. 55, 2011.

generen agravios comparativos. En nuestra opinión, la utilización de la “técnica del paréntesis” debiera ser la opción escogida en vez de la actual consistente en colmar las lagunas de cotización. Según este conocido mecanismo del “paréntesis”, los periodos sin obligación de cotizar a la Seguridad Social debieran ignorarse; en otras palabras, se situarían “entre paréntesis”, y el sistema consideraría la media de los últimos 25 años de cotizaciones reales.

Tabla 2: Técnica del paréntesis



Fuente: Elaboración propia

Obviamente, se pueden otorgar ventajas a las personas con vidas laborales más largas que exceden los umbrales máximos de contribución, como exonerar a estos trabajadores del pago de algunas cotizaciones, pero manteniendo las cotizaciones patronales, u otorgándoles un complemento económico similar a lo que ocurre actualmente con aquéllos que se jubilan después de la edad ordinaria.

En segundo lugar, si el paradigma actual de empleo se caracteriza por una vida laboral discontinua, los empleados trabajan menos tiempo y, por tanto, los mecanismos para calcular las pensiones deben reconsiderarse. Considerar los últimos 25 años de contribuciones para calcular la pensión de jubilación (a pesar de que supone un aumento considerable respecto a los 15 años que se tenía en cuenta en la regulación previa) no reflejaría adecuadamente toda la carrera profesional. Una vida laboral discontinua conduce a una falta de progresividad en los salarios, los años laborales más recientes no siempre ofrecen los mejores salarios ni son un reflejo

promedio de la vida laboral y de sus cotizaciones.

Además, no existe razón objetiva por la cual la inestabilidad laboral con lagunas de contribución en los años inmediatamente previos a la jubilación deba tener un impacto mayor en la pensión que la inestabilidad en los primeros años de actividad. Por estas razones, proponemos que todos los períodos de cotización sean igualmente relevantes al calcular una pensión y se deban considerar las contribuciones a lo largo de toda la vida laboral. La función de reemplazo de la pensión debería contemplar la variedad oscilante de ocupaciones, salarios y, en consecuencia, las diferentes cotizaciones hechas a la Seguridad Social. El nuevo paradigma de empleo no implica necesariamente mayores salarios durante los últimos años de trabajo antes de la jubilación. Por el contrario, el desempleo entre los trabajadores de más edad aumenta.

En tercer lugar, es un hecho que los actuales trabajadores tendrán que cambiar sus profesiones al menos dos o tres veces a lo largo de sus vidas. Si los cambios de trabajo ocurren con más frecuencia y a cualquier edad, los períodos en los que un trabajador debe reconvertirse a una nueva profesión pueden ser más largos y tener un impacto en el cálculo de la pensión. Por esta razón, los perfiles del requisito de que el trabajador desempleado deba buscar trabajo activamente deben ser evaluados y revisados. Buscar activamente un trabajo puede requerir movilidad geográfica o funcional y se deben admitir proyectos a largo plazo para permitirlo, como estudiar para la obtención de un nuevo título. En estos casos, los desempleados no deberían ser castigados por no estar buscando trabajo; por el contrario, todas las actividades a medio plazo para mejorar la empleabilidad de una persona deben integrarse en el concepto de búsqueda de empleo y tratarse bajo una aplicación adecuada de políticas de flexiguridad, incluida una garantía de indemnidad de las pensiones para aquéllos que se comprometen intensamente a mejorar su empleabilidad.

7. Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M.R., *La Seguridad Social en España*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- Colàs-Neila, E., “Reconfiguring the employment-pension connection in times of austerity”, *European Labour Law Journal*, vol. 7, n. 3, 2016.
- Davidov, G. y Langille, B. (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Davidov, G. y Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- De Stefano, V., “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»”, *Conditions of Work and Employment Series*. Geneva, 2016, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf
- Freedland, M., “Burying Caesar: What Was the Standard Employment Contract?”, en Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013.
- López, J., De Le Court, A. y Canalda, S., “Breaking the Equilibrium between Flexibility and Security: Flexiprecarity as the Spanish Version of the Model”, *European Labour Law Journal*, vol. 5, n. 1, 2014.
- Natali, D. y Stamati, F., “Reforming pensions in Europe: a comparative country analysis”, *ETUI Working Papers*, n. 2013.08, 2013.
- Pumar, N., “Reforma de pensiones en España, carreras profesionales irregulares e impacto de género”, *Revista de Derecho Social*, n. 55, 2011.
- Romagnoli, U., “Del Derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.
- Stone, K.V.W., *From Widgets to Digits. Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Stone, K.V.W., “Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labor Rights in Our Time”, *Osgoode Hall Law Journal*, 44 (Fall), 2006.
- Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013.
- Strauss, K., “Equality, fair mutualisation and the socialisation of risk and reward in European pensions”, en Countourisy, N. y Freedland, M. (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Strauss, K., “Flexible Work, Flexible Pensions: Labor Market Change and the Evolution of Retirement Savings”, en Stone, K.V.W. y Arthurs, H. (eds.), *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, New York, Russel Sage Foundation, 2013.
- Suárez Corujo, B., *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova - Thomson Reuters, 2014.
- Weiss, M., “Re-Inventing Labour Law?”, en Davidov G. y Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción

Raquel POQUET CATALÀ*

RESUMEN: En este trabajo se analiza desde un punto de vista de la doctrina, tanto científica como judicial, la aplicación de los accidentes de trabajo, en concreto, el *in itinere*, en la nueva modalidad emergente de trabajo denominada teletrabajo. Es decir, si se tienen en cuenta las particularidades de esta nueva forma de trabajar en relación con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación así como el hecho de que la prestación del trabajo se realiza fuera del centro habitual de trabajo de la empresa, lleva a plantearse si estos teletrabajadores están fuera del ámbito del accidente de trabajo *in itinere*. Por ello, se estudia cuál es la posición de la doctrina, especialmente, la judicial teniendo en cuenta la ampliación y flexibilización que ha llevado a cabo del concepto de accidente *in itinere*.

Palabras clave: Teletrabajo, accidente de trabajo *in itinere*, domicilio, lugar de trabajo, trabajador.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco jurídico. 2.1. Conceptuación del teletrabajo. 2.2. Diferenciación entre teletrabajo y trabajo a domicilio. 2.3. Regulación normativa del teletrabajo. 2.4. Regulación jurídica del accidente de trabajo *in itinere*. 3. Aplicación del accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo. 4. Conclusión. ¿La negociación colectiva como posible solución? 5. Bibliografía.

* Profesora asociada de la UNIR.

Occupational accident *in itinere* in teleworking: its difficult conjunction

ABSTRACT: In this work it is analyzed, from a point of view of the doctrine, both scientific and judicial, the application of occupational accidents, in particular, *in itinere*, in the new emerging modality of work called teleworking. That is to say, if we take into account the particularities of this new way of working in relation to the use of new information and communication technologies, as well as the fact that the work is performed outside the usual work center of the company, leads to consider if these teleworkers are outside the scope of the work accident *in itinere*. For this reason, it is studied the position of the doctrine, especially the judicial one, taking into account the enlargement and flexibilization that it has carried out about the concept of accident *in itinere*.

Key Words: Teleworking, occupational accident *in itinere*, home, workplace, worker.

1. Introducción

En nuestra sociedad actual han surgido nuevas formas de organización laboral, especialmente con la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Una de éstas es el teletrabajo, el cual cuenta con sus detractores y sus defensores. Por un lado, esta nueva modalidad de trabajo ha conllevado muchas más facilidades para la organización empresarial, así como también para el trabajador, pues uno de sus principales beneficios es la eliminación de la barrera para conciliar la vida laboral y familiar. No obstante, estas mismas facilidades deben ser reguladas y previstas normativamente en su totalidad para evitar problemas interpretativos y de laguna legal.

Si se tienen en cuenta los datos estadísticos, se puede observar que el teletrabajo se ha convertido en los últimos años en una modalidad de trabajo muy utilizada. Concretamente, según los últimos datos del INE⁴³ (2015), el número de empleados que trabajaron con esta modalidad en el año 2014 fueron 1.185.00 teletrabajadores, aunque sorprende, en cierta forma, el hecho de que dicha cifra bajara con respecto a la del año anterior cuando eran 1.281.000 trabajadores. Además, se observa que el teletrabajo tiene una mayor implantación en las empresas dedicadas a actividades informáticas (un 62,4 %), a la distribución de energía eléctrica, gas y agua (un 38,4 %), al comercio al por mayor (un 26,6 %), a los servicios audiovisuales (un 24,9 %) y a las telecomunicaciones (un 23,6 %). En los sectores con menor implantación son construcción (un 6,5 %), metalurgia (un 8,6 %) o sector hotelero (un 10 %). Se explica, en cierta forma, en que tras los años duros de la crisis, las empresas prefieren que sus plantillas regresen a las oficinas, es decir, tras intentar reducir los costes de los primeros años, ahora prefieren que estén en la empresa. En relación con los Estados comunitarios, según datos de la OIT y Eurofound⁴⁴ (2017), en España apenas el 7 % de los empleados trabaja a distancia, diez puntos por debajo de la media de la Unión Europea, que se sitúa en el 17 %. De hecho, según datos del INE tan sólo el 27 % de las empresas españolas apoyan el teletrabajo, frente al 35 % de la media europea.

⁴³ INSHT, *VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*, Madrid, INSHT, 2015. Disponible en <http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf>

⁴⁴ Eurofond, *6th European Working Conditions Survey*, Luxemburgo, (2016). Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/european-working-conditions-surveys/sixth-european-working-conditions-survey-2015>

2. Marco jurídico

2.1. Conceptuación del teletrabajo

No existe una definición legal del teletrabajo, de tal forma que ha sido la doctrina la que ha ido configurándolo. Un sector doctrinal lo conceptúa como “todo trabajo que se realiza por medio de un sistema informático o de telecomunicación e independientemente del lugar en que esa realización se produce (sentido amplio) o fuera de la empresa a la cual se dirige (sentido propio)”. Otro sector lo define como “aquellas actividades laborales prestadas total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”⁴⁵.

Según el art. 1 Convenio núm. 177 OIT, el trabajo a domicilio es aquel trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente.

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo⁴⁶ puede conceptuarse como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”.

Por tanto, de estas definiciones se puede señalar que las características básicas de esta emergente modalidad organizativa del trabajo que la diferencian de otras, especialmente, del contrato de trabajo a distancia, son fundamentalmente la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el lugar de prestación de trabajo. Por un lado, el uso de estas nuevas tecnologías es la herramienta básica del teletrabajo, pues sin ellas no se podría prestar y, por tanto, no se estaría

⁴⁵ Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 113.

⁴⁶ De 16 de julio de 2002.

ante esta modalidad contractual. Por otro lado, en cuanto al lugar de trabajo, se requiere también que se preste fuera de la sede física de la empresa, pudiendo ser tanto en el domicilio del trabajador como en cualquier otro establecido al efecto como podrían ser los denominados “telecentros” o “centros de recursos compartidos”, o bien en centro satélite o móvil⁴⁷. Además, según otro sector doctrinal⁴⁸ faltaría un tercer elemento, el organizativo, pues el teletrabajo es una nueva forma de trabajar⁴⁹, una ruptura con el modelo tradicional de organización del trabajo. Es, como se ha señalado, un mecanismo de deslocalización tecnológica, que libera al trabajador de unos límites espaciales y de tiempo, permitiendo realizar a distancia lo que debería desempeñar en la empresa.

2.2. Diferenciación entre teletrabajo y trabajo a domicilio

Tal y como se desprende del art. 13 ET, no es lo mismo el trabajo a domicilio, esto es, aquél en el que la prestación de trabajo de la actividad laboral se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario, que el teletrabajo, que es una forma de organización y/o de realización del trabajo, basada en el uso de las tecnologías de la información, en el marco de una relación de trabajo, en el que la prestación del trabajo, que podría realizarse igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de éstos de manera regular. La diferencia pues, radica, en que el teletrabajo puede prestarse en un lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en las que exista una vigilancia empresarial⁵⁰. Dicho de otra forma, en el teletrabajo la empresa puede seguir controlando al trabajador en su tarea por medio de programas de software “que permiten registrar el número de operaciones llevadas a cabo, el tiempo que se ha invertido en cada una de ellas, marcando incluso la hora de comienzo y de finalización de las mismas,

⁴⁷ Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, 2015 (versión online).

⁴⁸ Aragón Gómez, C., “El teletrabajo en la negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Madrid, CCOO y Cinca, 2010, p. 334.

⁴⁹ Pérez de los Cobos, F. y Thibault Aranda, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva Jurídico-Laboral*, Madrid: MTAS, 2001, p. 17.

⁵⁰ Purcalla Bonilla, M.A. y Preciado Doménech, C.H., “Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *AL*, n. 2, 2013 (versión online).

interrupciones, errores y demás. Por el contrario, en el trabajo a domicilio sólo se requiere la entrega de la tarea encomendada y la posible calidad de la misma”⁵¹.

Por tanto, ni todas las situaciones posibles de trabajo a distancia son manifestaciones del teletrabajo, ni tampoco todas las actividades que se presten en régimen de teletrabajo serán al mismo tiempo supuestos de trabajo a distancia. Tal y como indica nuestro alto tribunal, “no se trata de conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo online), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio”⁵². Es decir, existen formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio y, en este sentido, la doctrina se refiere a un nuevo contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al viejo contrato a domicilio.

Según nuestra doctrina judicial, las características del teletrabajo, en contraposición al trabajo a domicilio son las siguientes: “1. El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2. Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como en los materiales. 3. La utilización de nuevos instrumentos de trabajo cuales pueden ser videoterminals, videoconferencia, telefax, etc. 4. Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador. De lo expuesto, no cabe confundir el teletrabajo con el trabajo a domicilio, como sucede en ocasiones, pues en el que hoy nos ocupa, la empresa sigue controlando al trabajador en su tarea por medio de programas de software preparados a tal efecto, llamados software accountings, que permiten registrar el número de operaciones llevadas a cabo, el tiempo que se ha invertido en cada una de ellas, marcando incluso la hora de comienzo y de finalización de las mismas, interrupciones, errores y demás; por el contrario, en el trabajo a domicilio sólo se requiere la entrega de la tarea encomendada y la posible calidad de la misma”.

⁵¹ SAN de 31 de mayo de 2004.

⁵² STS de 11 de abril de 2005, rec. núm. 143/2005.

Asimismo, cabe señalar que el teletrabajo presenta diversas modalidades, pudiéndose diferenciar entre el teletrabajo desde el hogar y el teletrabajo en oficinas remotas. Dentro de este segundo tipo, se puede distinguir, en primer lugar, entre el teletrabajo en centros de recursos compartidos, esto es, aquellos centros equipados con tecnologías de la información y de la comunicación que concentran en un solo edificio prácticas relacionadas con el teletrabajo. En segundo lugar, se hallan los telecentros u oficinas satélite, que son aquellos lugares que, aunque distantes entre sí, trabajan conjuntamente en un entorno dirigido, de tal forma que una empresa puede tener sus oficinas o departamentos en diferentes lugares, pero trabajando conjuntamente a través de intranets, como los espacios reservados dedicados a los empleados, consultores y clientes de una firma empresarial. En tercer lugar, los telecottage son un tipo especial de telecentro ubicado en zonas rurales, que tiene su origen en acercar las nuevas tecnologías a los habitantes de áreas de difícil acceso. En cuarto lugar, el televillage combina un estilo de vida en el campo con el acceso a las grandes redes de información. Por último, el teletrabajo móvil es el propio de los agentes de seguros, vendedores, consultores, comerciales... es decir, aquellos trabajadores que desarrollan la mayor parte de su actividad en diferentes lugares⁵³.

2.3. Regulación normativa del teletrabajo

En nuestro ordenamiento jurídico no se dispone de una regulación específica del teletrabajo, pues únicamente se cuenta con el actual art. 13 ET, que aunque referido al trabajo a distancia, se puede incardinar en él el teletrabajo. Así, lo define como *aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa*. Además, dicho precepto establece, en relación con la prevención de riesgos laborales, en su apartado 4, que *los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo*.

Aparte de esta regulación legal, se dispone de otros textos, pero que no tienen la consideración de vinculantes. Así, a nivel europeo se halla el

⁵³ Purcalla Bonilla, M.A., y Belzunegui Eraso, A., "Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo", *AS*, n. 18, 2003 (versión online).

Acuerdo Marco Europeo⁵⁴, que regula la definición y el campo de aplicación del mismo, su carácter voluntario y diversos aspectos del mismo, como la seguridad y salud señalando que el empresario es responsable de la protección de la salud y seguridad profesional del teletrabajador, de tal forma que el empleador debe informar al teletrabajador sobre la política de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo, en particular, sobre las pantallas de visualización de datos. Cabe tener presente que este acuerdo es de carácter no vinculante, pues es fruto de las voluntades de los agentes sociales a nivel comunitario para influir en la negociación colectiva y su aplicación efectiva depende de la voluntad de diálogo social.

En segundo lugar, a nivel interno, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2015, 2016, 2017⁵⁵ también hace hincapié en el teletrabajo en su punto 4 indicando que sería deseable que se negociasen en esta materia “aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc.”

En tercer lugar, el Libro Blanco del Teletrabajo en España⁵⁶ se conforma como un informe sobre la situación del teletrabajo y su aplicación, y la Nota Técnica de Prevención núm. 412 constituye una guía para la implementación del teletrabajo.

2.4. Regulación jurídica del accidente de trabajo *in itinere*

El art. 156.1 LGSS considera accidente de trabajo *toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*. Tradicionalmente, se ha estimado por parte de la doctrina que de dicha conceptualización, cabe definir tres elementos clave para calificar una contingencia como accidente de trabajo, como son que exista una lesión corporal, que el afectado sea un trabajador por cuenta ajena y que exista una relación de causalidad.

Por su lado, el art. 156.2 LGSS considera como accidente de trabajo el ocurrido “al ir o volver del lugar de trabajo”, intentando cubrir a aquellos accidentes sufridos fuera del lugar y del tiempo de trabajo pero en el cual el trabajador está realizando una actividad, que si bien no constituye de forma estricta parte de la prestación laboral, sin embargo, resulta imprescindible para que ésta pueda tener lugar. En realidad, el accidente

⁵⁴ De 16 de julio de 2002, sobre Teletrabajo.

⁵⁵ De 8 de junio de 2015.

⁵⁶ De junio de 2012.

Disponible en <http://www.teledislab.es/descargas/libroblancoteletrabajojespana.pdf>

de trabajo *in itinere* tiene un origen jurisprudencial, pues su incorporación al ordenamiento jurídico fue por vía judicial⁵⁷, incluso antes de ratificar el Convenio núm. 121 OIT⁵⁸.

Esta figura jurídica también ha sido objeto de una intensa ampliación jurisprudencial, estableciendo una doctrina cada vez más flexible⁵⁹. La idea básica de esta modalidad de accidente es que éste es de trabajo en aquellos casos en los que no hubiera ocurrido de no haberse ido a trabajar⁶⁰.

Tradicionalmente, se ha considerado, según nuestro alto tribunal, que los elementos que configuran el accidente de trabajo *in itinere* son cuatro⁶¹. En primer lugar, se halla el requisito teleológico, según el cual la finalidad última del desplazamiento es el elemento clave para determinar que se está ante un accidente de trabajo *in itinere*. Es decir, el accidente debe sobrevenir al trasladarse el trabajador desde el centro de trabajo a su domicilio o viceversa, de tal forma que debe primar la finalidad laboral del mismo. De esta forma, aquellas interrupciones o desviaciones del trayecto por circunstancias personales o no laborales rompen el nexo causal impidiendo calificar el accidente como de trabajo. No obstante, se ha considerado como accidente *in itinere* aquellos sufridos en circunstancias relacionadas con el trabajo como el sufrido al ir a cobrar el salario⁶² o por actos sociales como el ocurrido al ir o regresar de una comida de trabajo⁶³.

El segundo requisito es el mecánico, es decir, el hecho de que el trayecto entre el domicilio y el centro de trabajo debe realizarse empleando un medio de locomoción razonable que no suponga un grave peligro y que esté autorizado, ya sea de forma expresa o tácita, por la empresa. Por consiguiente, el empresario no puede limitar los medios de transporte si no ofrece otro medio alternativo, o no existe otro público. El trabajador, pues, no puede utilizar un medio de desplazamiento que haya sido razonadamente y fundadamente prohibido por el empresario⁶⁴. Para determinar la razonabilidad del medio de transporte cabe atender a los

⁵⁷ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002, p. 175, que cita la STS de 1 de julio de 1954 como la que utiliza por primera vez la expresión “*in itinere*”.

⁵⁸ De 17 de junio de 1964, Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

⁵⁹ Especialmente tras la STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.

⁶⁰ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...*, *op. cit.*, p. 73.

⁶¹ Salomino Saurina, P., “Revisión de los elementos que definen el accidente de trabajo *in itinere*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, n. 8299, 2014 (versión online).

⁶² STS de 21 de diciembre de 1970.

⁶³ STS de 21 de mayo de 1984.

⁶⁴ STS de 24 de enero de 1980.

usos y costumbres sociales, y a las circunstancias concretas del supuesto. Ello ha conllevado a nuestro alto tribunal a admitir como accidente de trabajo aquél sufrido por el trabajador cuando se desplazaba en patinete⁶⁵. Obviamente, si el trabajador incumple el código de circulación de forma temeraria o conduce en estado de embriaguez se rompe el nexo causal, aunque cabe tener presente que una simple o mera infracción del mismo no es suficiente para interrumpir dicho nexo.

El tercer elemento configurador del accidente *in itinere* es el cronológico, de tal forma que el accidente debe ocurrir en un tiempo prudencial, inmediato o razonablemente próximo a las horas de inicio o de finalización del trabajo, de forma que el recorrido no puede verse alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a intereses particulares. Si el retraso en el trayecto estaba justificado se mantiene la calificación profesional del accidente, pues de otra forma se entenderá roto el nexo causal. Así, se ha considerado accidente *in itinere* el sufrido por un trabajador al volver del trabajo, aun cuando hubiera parado a realizar unas compras siempre y cuando ello no haya influido de forma trascendente en la producción del accidente⁶⁶, el sufrido por una trabajadora de su domicilio al centro de trabajo cuando se desvió a una gasolinera para repostar⁶⁷, o el sufrido por un robo con violencia en el trayecto del centro de trabajo al domicilio de la trabajadora⁶⁸. Por el contrario, no se ha calificado como accidente de trabajo aquél sufrido por un trabajador cuando regresaba a su domicilio ocurriendo en un trayecto “completamente distinto y en sentido inverso a la dirección de su domicilio desde el lugar donde prestaba sus servicios”⁶⁹. De cualquier forma, también ha sido objeto de ampliación jurisprudencial calificándose como accidente *in itinere* aquél sucedido un domingo por la noche, cuando la actividad laboral del trabajador empezaba a las 8 horas del lunes⁷⁰, de tal forma, que se admite aun a pesar de que el accidente no ocurre en un margen temporal cercano a la salida o entrada del centro de trabajo, como hasta el momento se venía exigiendo.

El cuarto requisito es el topográfico, lo que implica que el accidente debe ocurrir en el camino de ida o vuelta al centro de trabajo. El art. 156.2 LGSS no exige de forma expresa que se realice desde un determinado

⁶⁵ STSJ Cataluña, de 12 de junio de 2014, rec. núm. 618/2014.

⁶⁶ SSTSJ Andalucía, de 29 de enero de 2015, rec. núm. 124272014; Extremadura, de 10 de febrero de 2000.

⁶⁷ STSJ Galicia, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 997/2014.

⁶⁸ STS de 14 de octubre de 2014, rec. núm. 1786/2013.

⁶⁹ STSJ Murcia, de 7 de enero de 2002, rec. núm. 1066/2001.

⁷⁰ STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.

lugar, pero la jurisprudencia declaró en una primera fase que el punto de origen y de destino era el domicilio del trabajador. A pesar de ello, el propio TS ha flexibilizado este requisito al admitir que lo esencial en este elemento topográfico no es salir del domicilio o volver a él, sino al lugar de trabajo o volver a él, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo⁷¹. No obstante, nuestro alto tribunal ha considerado como accidente *in itinere* aquél ocurrido entre el domicilio familiar y aquél en el que pernocta durante los días laborables de la semana, que es diferente del familiar, sin exigir que sea a la vuelta o ida al centro de trabajo⁷². Es decir, se ha admitido que el domicilio no tiene por qué ser aquel del que el trabajador es titular, de modo que se ha aceptado la consideración tal del domicilio de los suegros en el que el sujeto estaba residiendo durante el verano⁷³ o la segunda vivienda del trabajador⁷⁴. No obstante, no se ha reconocido como domicilio a estos efectos aquella finca propiedad del trabajador que carece de los imprescindibles requisitos exigidos para ello, “ya que el único habitáculo existente era una caseta que carecía de un mínimo de habitabilidad, careciendo de luz y agua”⁷⁵, ni el domicilio de su madre al que el trabajador se dirige una vez concluida su jornada laboral para cenar allí⁷⁶. Respecto del lugar de trabajo, éste no es identificado estrictamente con el centro de trabajo, sino con aquel lugar al que el trabajador se traslada para desempeñar su actividad laboral.

Además, este elemento conlleva que se circule por el trayecto normal y habitual para cubrir el desplazamiento, aunque no tiene por qué ser el más corto, si bien un mínimo desvío no se considera relevante para llegar a romper el nexo causal.

De cualquier forma, el elemento fundamental de esta institución jurídica es que el punto de llegada o de salida ha de ser el lugar donde se preste el trabajo, de tal forma que el domicilio no resulta un elemento esencial, por cuanto el art. 156.2 LGSS no se refiere expresamente a éste. Ello es lo que ha permitido a la doctrina jurisprudencial definir y delimitar lo que debe entenderse por domicilio y la interpretación que cabe dar a éste. En definitiva, la clave no es salir del domicilio o volver al domicilio, sino ir al lugar de trabajo o volver de él.

⁷¹ SSTs de 5 de noviembre de 1976; de 8 de junio de 1987.

⁷² STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.

⁷³ STSJ Extremadura, de 31 de diciembre de 2013.

⁷⁴ STS de 2 de mayo de 1997.

⁷⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 3 de febrero de 1999, rec. núm. 1348/1998.

⁷⁶ STSJ Cataluña, de 15 de febrero de 2013, rec. núm. 5964/2012.

3. Aplicación del accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo

Esta nueva modalidad organizativa no dispone, pues, de un marco normativo regulador, de tal forma, que se halla en un vacío legal, especialmente, en materia de prevención de riesgos laborales. Una de las instituciones con las que más problemática se encuentra es en relación con las contingencias profesionales, especialmente, en el caso del accidente de trabajo. Es decir, se trata de determinar si es posible que se aplique toda la construcción judicial realizada en torno al accidente de trabajo *in itinere* en el caso de los teletrabajadores, pues, como es sabido, el concepto legal y doctrinal del accidente de trabajo se sustenta en el accidente ocurrido en el lugar de trabajo, esto es, en el centro de trabajo, y una de las características básicas, como se ha señalado, del teletrabajo es la falta de dicho elemento. Por tanto, se plantea si es posible que los teletrabajadores al no tener que desplazarse para ir al centro de trabajo debido a que trabajan desde su domicilio, no van a sufrir accidentes de trabajo *in itinere*. Es más, la doctrina⁷⁷ se ha planteado si es posible que estas medidas de flexibilización de la presencialidad van a tener a su favor una reducción de los riesgos profesionales al reducirse los desplazamientos para realizar la actividad profesional. En definitiva, si el teletrabajo va a eliminar el riesgo de sufrir accidentes de trabajo *in itinere*.

El problema se plantea por la confluencia de dos factores clave del accidente de trabajo en esta modalidad de teletrabajo, cuales son el lugar donde se desarrolla la prestación de servicios y el horario. Ambos elementos son determinantes en la dificultad que existe para poder controlar el tiempo y lugar de la prestación de servicios a efectos, pues, de probar la concurrencia de un accidente de trabajo.

Además, por otro lado, esta dificultad se agrava en aquellos casos en los cuales la modalidad de teletrabajo se ejecuta en el propio domicilio del trabajador o cuando se trata de un teletrabajo móvil y off line, planteándose pues la problemática de concretar el momento en el cual el trabajador está desarrollando su labor profesional.

Según la última línea jurisprudencial⁷⁸, se ha producido una considerable ampliación del concepto de accidente de trabajo *in itinere* en el que cabría considerar que los teletrabajadores también van a ser posibles sujetos afectados por el mismo. Es decir, si se tiene en cuenta que

⁷⁷ Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *TL*, n. 1, 2016, p. 135.

⁷⁸ STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.

tradicionalmente esta figura jurídica se ha construido sobre la base de dos elementos clave como son el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador, y con dicha línea jurisprudencial se produce una flexibilización del concepto del domicilio de tal forma que estos dos puntos de inicio y de fin del trayecto han sido desdibujados, cabe precisar lo siguiente.

Por un lado, nuestro Alto Tribunal⁷⁹ diferencia entre el domicilio del trabajador y el lugar de residencia por razones de trabajo, esto es, aquel domicilio en el que vive únicamente durante los días laborales de la semana, de tal forma que aunque sólo resida en aquel domicilio los fines de semana, éste sigue siendo el domicilio del trabajador propiamente dicho, y ello a pesar de que, como se ha indicado, durante el período laboral se traslade a otro domicilio. Así analiza el concepto de domicilio definiéndolo de forma mucho más flexible y abierta “en el sentido de que no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual, y en general del punto normal de llegada y partida del trabajo, en atención a la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales que amplía la noción del domicilio”. De hecho, revisa su anterior sentencia de 29 de septiembre de 1997⁸⁰ que mantenía una concepción más estricta en la que indicaba que “teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia o, incluso, de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador, y en este sentido la sentencia de 16 de octubre de 1984 considera como accidente *in itinere* el producido en el trayecto hacia el centro de trabajo desde el domicilio de verano, si bien, en todo caso, esta ampliación opera a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión entre el desplazamiento y el trabajo”. Por tanto, el elemento clave es la voluntad o *animus manendi* de querer continuar residiendo en dicho domicilio, y ello es lo que identifica el domicilio del trabajador.

Por otro lado, atendiendo al art. 3 CC que establece que la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, no se puede negar que la crisis económica y la carencia de empleo, unidas a las nuevas formas de organización del trabajo, están imponiendo unas exigencias de movilidad territorial y disponibilidad para desplazarse que obligan a los trabajadores a realizar continuos ajustes y cambios de lugar de trabajo, lo cual no siempre puede corresponderse con cambios de domicilio, especialmente cuando existen intereses familiares y los puestos de trabajo son temporales. Por ello, nuestro tribunal estima que si se quiere respetar la

⁷⁹ STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.

⁸⁰ Rec. núm. 2685/1996.

voluntad del legislador en estos momentos, debe reconocerse que, en dichos casos, a efectos de determinar el inicio y el fin del trayecto, puede jugar tanto el domicilio del trabajador como la residencia habitual a efectos de trabajo⁸¹.

De esta forma, atendiendo a estos argumentos, nuestro Alto Tribunal estima que en estos casos, aun cuando dichos accidentes fueran considerados anteriormente como accidentes no laborales, en los momentos presentes cabe estimarlos como de trabajo, de tal forma que cabe calificar como accidentes de trabajo *in itinere* aquellos accidentes sufridos por el trabajador durante el desplazamiento que tiene como fin el trabajo aunque sea de forma indirecta, esto es, aquéllos sufridos por el trabajador durante el desplazamiento entre dos domicilios – el familiar y el laboral – sin requerir que el accidente se sufra en el trayecto ocurrido entre el lugar de trabajo y el domicilio.

Si se aplica esta flexibilización interpretativa al teletrabajo, podría considerarse que, aunque anteriormente, el hecho de prestar el trabajo en la modalidad de teletrabajo impedía la clasificación del accidente *in itinere* como de trabajo, al desaparecer los desplazamientos entre el trabajo y el domicilio, en los momentos actuales, con estos nuevos criterios interpretativos, resultaría posible que aquellos accidentes ocurridos durante los desplazamientos de los trabajadores serían considerados como de trabajo, como aquellos casos en los cuales el teletrabajador sufre un accidente volviendo o yendo a un segundo domicilio.

No obstante, aspecto totalmente diferente serían aquellos supuestos en los que el teletrabajador no presta sus servicios en su domicilio únicamente, sino que lo presta en diversos centros, compartiendo su domicilio con una segunda residencia, con el domicilio de un familiar o con un telecottage, y en el trayecto entre unos y otros sufre un accidente de trabajo. Cabría plantearse, pues, cuál sería la calificación de estos accidentes. Es decir, se trata de determinar qué consideración cabe dar a los accidentes sufridos por los teletrabajadores que, aprovechando las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información para poder teletrabajar, y que por diversas razones personales o familiares, deciden prestar sus servicios en varias dependencias, sufren un accidente en el trayecto entre dichos centros. En otras palabras, “en virtud de estos desplazamientos ¿podrían surgir nuevas formas de accidentes *in itinere* en el seno del teletrabajo?”⁸².

⁸¹ Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M., *El accidente de trabajo...*, *op. cit.*, p. 145.

⁸² Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M., *El accidente de trabajo...*, *op. cit.*, p. 146.

De las dos posibilidades – accidente en misión o accidente *in itinere* – que caben para calificar estos sucesos, según la construcción judicial y jurisprudencial no entraría dentro del concepto de accidente en misión, pues no se trata de desplazamientos realizados en interés de la empresa o que forman parte del trabajo del teletrabajador, sino que más bien se trata de desplazamientos realizados por interés personal del propio trabajador.

Al respecto, cabe traer a colación el art. 13 ET cuando hace referencia *al lugar libremente elegido* por el teletrabajador para desarrollar su prestación laboral. Así, cabe preguntarse si está haciendo referencia a la posibilidad de optar por una pluralidad de lugares de trabajo diferentes y cambiantes, o si ello es aplicable también al teletrabajo, pues como es sabido, el art. 13 ET regula el trabajo a distancia.

Según la doctrina científica⁸³ cabe aplicar el sentido común y, con el fin de ofrecer cierta seguridad jurídica en esta materia, el trabajador que acceda a la modalidad de teletrabajo debería especificar de forma expresa y por escrito cuál va a ser su lugar de prestación de sus funciones, pues si se produce una excesiva flexibilización en la admisión de los lugares de prestación de servicios, podría dar lugar a situaciones de abuso y fraude de ley.

De cualquier forma, cabe indicar que es una cuestión con un debate vivo, puesto que no cabe duda que reconocer la total libertad para elegir el lugar de prestación de servicios puede generar al teletrabajador nuevas modalidades de accidente de trabajo *in itinere*.

4. Conclusión ¿La negociación colectiva como posible solución?

Nadie duda que en la sociedad actual donde se están produciendo unos procesos de cambios y de transformación importantes que afectan a la forma de trabajar, a los hábitos de vida y de trabajo y a los valores y principios de las personas, ha conllevado cambios importantes en las parcelas del Derecho, entre ellas, el Derecho del Trabajo. No obstante, aún quedan aspectos pendientes de respuesta, especialmente en lo que se refiere a los teletrabajadores, pues tras la reforma laboral de 2012, las dificultades de aplicación a esta nueva modalidad de prestación de los servicios de la normativa de prevención de riesgos laborales queda pendiente de resolver creando así un marco de inseguridad jurídica importante⁸⁴.

⁸³ Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M., *El accidente de trabajo...*, *op. cit.* p. 148.

⁸⁴ Así lo estima también Sabadell Bosch, M.M. y García González-Castro, G., “La difícil

Aunque el teletrabajo pueda presentarse como una vía para reducir los accidentes de trabajo, especialmente el *in itinere*, el legislador no debería desconocer que esta forma de organización del trabajo no excluye totalmente la posibilidad del trabajador de sufrir contingencias profesionales, por lo que se deberían establecer una serie de medidas concretas en relación a la prevención y actuación frente a estas contingencias que puede sufrir el teletrabajador, perfilando también los contornos del accidente de trabajo.

Además, cabe señalar que en este punto resultaría de especial interés la negociación colectiva, pues ante la falta de una regulación legal, podría tratar con mucho más detalle el teletrabajo y su protección en materia de seguridad y salud laboral. Por tanto, debería impulsarse a la negociación colectiva como el motor clave en la protección de los teletrabajadores, fomentando que los representantes sociales y empresariales acuerden medidas al respecto.

Si se analiza la negociación colectiva al respecto, cabe señalar que si se parte de la escasa implantación del teletrabajo en España, son pocos los convenios colectivos que incluyen previsiones al respecto, y menos en relación con el accidente de trabajo *in itinere*. Clara prueba de ello es que ninguno de los convenios colectivos analizados recoge una regulación completa de esta nueva forma de organización del trabajo, pues los pocos que lo contienen se remiten a la legislación estatutaria estableciendo el derecho de establecer esta modalidad de organización del trabajo, pero sin concretar las condiciones ni la regulación de los accidentes de trabajo⁸⁵. Otros simplemente se refieren a la posibilidad de establecer el teletrabajo haciendo únicamente hincapié en el deber de confidencialidad de los datos⁸⁶, o en la necesidad de que la facultad organizativa del empresario no quede mermada⁸⁷. En otros se puede encontrar la simple llamada a que se

conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, n. 4, 2015, p. 38.

⁸⁵ Convenio Colectivo de trabajo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Valencia, Resol. de 29 de febrero de 2016; Convenio Colectivo del comercio del metal, Resol. de 4 de abril 2016; Convenio Colectivo del sector de industria y comercio de aceite y derivados y aderezo, rellenado y exportación de aceitunas, Resol. de 16 de febrero 2015; Convenio Colectivo del sector de industria, servicios e instalaciones del metal, Resol. de 2 de diciembre 2015.

⁸⁶ Convenio Colectivo del sector oficinas y despachos de Navarra, Resol. de 14 de febrero de 2017; Convenio Colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Huesca, Resol. de 10 de octubre de 2016.

⁸⁷ Convenio Colectivo provincial de Industrias Transformadoras de Materias Plásticas, Resol. de 17 de febrero de 2017.

regulen los aspectos en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁸ o se remiten a la LPRL para la regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral⁸⁹. Son muy escasos aquellos convenios que contienen una regulación un poco más detallada, pero no obstante, ninguno regula la configuración de los requisitos para que los accidentes de esta modalidad organizativa sean considerados de trabajo⁹⁰. Únicamente se puede encontrar algún convenio que expresamente manifieste que los teletrabajadores tienen la misma protección en materia de accidentes de trabajo, señalando que “la persona que se acoja a la situación de teletrabajo deberá firmar el Acuerdo Individual de Teletrabajo (AIT) para la regularización a efectos laborales de su nueva situación antes de que ésta dé comienzo, en la que por otro lado mantiene sus derechos y obligaciones laborales, (...) mismos derechos de prevención de la Salud y Seguridad Social, mismas coberturas de las contingencias de enfermedad profesional y de accidente, etc. A fin de hacer efectivos estos derechos frente a los organismos de la Seguridad Social y Mutuas, siempre que le sea requerida por la persona empleada o por sus representantes legales, la empresa emitirá certificación acreditativa del horario desempeñado en la situación de teletrabajo”⁹¹.

5. Bibliografía

- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.
- Aragón Gómez, C., “El teletrabajo en la negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Madrid, CCOO y Cinca, 2010.
- Sabadell Bosch, M.M. y García González-Castro, G., “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, en *Oikonomics: Revista de Economía, Empresa y Sociedad*, n. 4, 2015.
- Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, 2015 (versión online).

⁸⁸ Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Resol. de 18 de mayo 2017.

⁸⁹ Convenio Colectivo del sector de empresas de publicidad, Resol. de 3 de febrero 2016

⁹⁰ XVII Convenio Colectivo general de la industria química, Resol. de 26 de marzo 2013.

⁹¹ Art. 72 Convenio Colectivo de Repsol Butano, SA, Resol. de 5 de diciembre 2016.

- Pérez de los Cobos, F. y Thibault Aranda, J., *El teletrabajo en España. Perspectiva Jurídico-Laboral*. Madrid: MTAS, 2001.
- Purcalla Bonilla, M.A. y Belzunegui Eraso, A., “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”, *AS*, n. 18, 2003 (versión online).
- Purcalla Bonilla, M.A. y Preciado Domènech, C.H., “Trabajo a distancia vs. teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral de 2012”, *AL*, n. 2, 2013 (versión online).
- Salomino Saurina, P., “Revisión de los elementos que definen el accidente de trabajo *in itinere*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2016”, *Diario La Ley*, n. 8299, 2014 (versión online).
- Selma Penalva, A. y Ortiz González-Conde, F.M., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *TL*, n. 1, 2016.
- Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2002.

El trabajo autónomo en las ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo*

Federico NAVARRO NIETO**

RESUMEN: El estudio aborda la problemática de las ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo y su conexión con el fenómeno de la externalización empresarial y el trabajo autónomo. El enfoque del estudio es esencialmente jurisprudencial, y trata de poner de manifiesto que la flexibilidad de la jurisprudencia de indicios, si bien ha servido para dar concreción a las notas características de la relación laboral y adaptarlas a las nuevas realidades sociológicas, al mismo tiempo ha contribuido a empujar a los tribunales hacia una casuística que impide dar fiabilidad jurídica a dicha metodología de indicios. Existe un amplio repertorio de supuestos que ofrecen pocas dudas del carácter fraudulento de la expansión del trabajo autónomo, pero las prácticas de prestación de servicios de los autónomos son a veces más sutiles, lo que dificulta la fijación de una línea de separación entre fenómenos legales y fraudulentos, de lo que es demostrativa la doctrina judicial con la que ilustramos nuestro estudio.

Palabras clave: Zonas grises del Derecho del Trabajo, Trabajo autónomo, franquicias, servicios auxiliares en empresas, médicos y clínicas privadas.

SUMARIO: 1. Descentralización productiva, trabajo autónomo (TA) y ‘falsos’ autónomos. 2. Factores normativos y jurisprudenciales en la evolución de las ‘zonas grises’. 3. La creciente dificultad de deslindar las relaciones contractuales laborales y no laborales entre los autónomos como colaboradores externos. 3.1. La franquicia. 3.2. Trabajadores autónomos con prestación de servicios en contratos de mantenimiento, servicios auxiliares y posventa. 3.3. Los médicos y profesionales sanitarios como colaboradores externos en clínicas privadas.

* El estudio forma parte del Proyecto Nacional I+D+i DER2015-67342-R “Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precariedad de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor”.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba.

Autonomous work in the 'gray areas' of Labor Law

ABSTRACT: The study addresses the problem of the 'gray areas' of Labor Law and its connection with the phenomenon of business outsourcing and autonomous work.

The focus of the study is essentially jurisprudential, and tries to show that the flexibility of the case law of *indicia*, although it has served to give concreteness to the characteristic notes of the labor relationship and adapt them to the new sociological realities, at the same time contributed to push the courts towards a casuistry that prevents giving legal reliability to said indications methodology.

There is a wide repertoire of assumptions that offer little doubt of the fraudulent nature of the expansion of self-employment, but the self-employed service provision practices are sometimes more subtle, which makes it difficult to establish a line of separation between legal phenomena and fraudulent, of what is demonstrative judicial doctrine with which we illustrate our study.

Key Words: Gray areas of Labor Law, Self-employment, franchises, auxiliary services in companies, doctors and private clinics.

1. Descentralización productiva, trabajo autónomo (TA) y ‘falsos’ autónomos

El estudio que abordamos está relacionado con la problemática, ampliamente conocida en nuestra disciplina, de las ‘zonas grises’ y su conexión con el fenómeno de la externalización empresarial y el TA.

La descentralización productiva y el TA son dos fenómenos que se retroalimentan⁹². Es una evidencia que la externalización productiva ha sido un factor decisivo de desarrollo del TA y su instrumentación a través de un tráfico contractual civil o mercantil muy dinámico. Martín Valverde ya alertaba en los años 90 que el desarrollo de fórmulas civiles o mercantiles de prestación de servicios no era tanto el fruto de los nuevos vientos del liberalismo económico, sino que respondía a cambios profundos en la estructura productiva⁹³.

El fenómeno de la “empresa flexible”, al que se ligan estos fenómenos, inicialmente se circunscribía a sectores de la industria o de la construcción, con procesos productivos complejos, pero se ha ido expandiendo al conjunto de actividades complementarias y nucleares de la actividad empresarial⁹⁴. Los factores socioeconómicos han demostrado disponer de un evidente “poder de transformación de los modos de producir y trabajar”⁹⁵. Hoy concluye Casas Baamonde, “en sociedades hipertecnificadas y sujetas a continuos procesos de transformaciones aceleradas, en que la omnipresente producción de servicios convive con un sistema industrial en regresión y sectores primarios en decaimiento, a las que también ha alcanzado el cambio imparable de las tecnologías de la información y comunicación, la novedad en las formas de prestar y organizar el trabajo desempeña un papel muy importante, sin que, naturalmente, represente la desaparición de las formas tradicionales de trabajar”⁹⁶.

⁹² Del Rey S. y Gala, C. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progreso desarrollo y dependencia*, en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000, pp. 451 y ss.

⁹³ Martín Valverde, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, 1990, p. 235; también Ichino, “Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa”, *GDLRI*, n. 82-83, 1999, p. 210.

⁹⁴ Ampliamente, Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV., *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000; Blat, G., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, T.B., Valencia, 2000, pp. 24 y ss.

⁹⁵ Casas Baamonde, M.E., “El Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 7, 2015, p. 714.

⁹⁶ Casas Baamonde, M.E., “Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función

La problemática de las zonas grises se alimenta de nuevas formas de organizar la actividad productiva y de prestación de servicios, en particular, mediante la prestación de servicios de “colaboradores externos” con la empresa.

La externalización se está viendo reforzada por la revolución digital, que facilita nuevas formas de cooperación empresarial. La Comisión Europea observa que las economías digitales están cambiando los patrones de trabajo y generando nuevas formas de trabajo, como las del trabajo autónomo⁹⁷. En este nuevo escenario, los TA no se limitan a prestar servicios externalizados, sino que ahora se facilita su integración y coordinación dentro de la cadena productiva empresarial. Así ocurre en la fórmula del “cross-working”⁹⁸, que facilita la integración de los colaboradores externos de la empresa mediante una misma plataforma tecnológica o red social corporativa. Ello también contribuye a diluir la frontera entre trabajadores del núcleo de la actividad empresarial y autónomos. La utilidad de los criterios tradicionales de diferenciación se diluye en estas nuevas formas de colaboración basadas en plataformas tecnológicas, porque se suprimen instalaciones empresariales y exigencias de presencia física de los trabajadores o colaboradores⁹⁹.

Como hemos indicado, el arrendamiento de servicios o de ejecución de obra ha estado ligado desde un primer momento a esta fenomenología. Sintéticamente, como lo expresan Del Rey y Gala, el nuevo escenario es el de “una fuerte tendencia hacia la descentralización productiva, un marco jurídico-civil y mercantil que, mediante una enorme flexibilidad, admite y protege a una diversidad de negocios jurídicos en los que se facilita dicha descentralización, una infraestructura tecnológica que cada vez potencia más la descentralización como una forma de funcionamiento en régimen de autonomía y una cultura social cada vez más favorable a modalidades de prestación de servicios distintas a la del contrato de trabajo”¹⁰⁰.

Pero también en estos fenómenos hay un lado oscuro. Como recuerda la Comisión Europea, existen «zonas grises», como el trabajo autónomo

institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos”, en García Murcia, J. (coord), *El estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, 2015, p. 46.

⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, COM (2016) 127, de 8 de marzo de 2016, Anexo Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales, p. 5.

⁹⁸ Del Rey Guanter, S. (dir.), *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Thechnos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico*, Ed. La Ley, 2017, pp. 288 y ss.

⁹⁹ Del Rey, *op. cit.*, pp. 190-291.

¹⁰⁰ Del Rey y Gala, *op. cit.*, p. 463.

«dependiente» y «falso», que generan situaciones jurídicas poco claras, que contribuyen a la precariedad laboral y son un obstáculo para el acceso a la protección social de estos falsos autónomos¹⁰¹. Se ha alertado de que en las nuevas formas de “colaboración externa” y la economía colaborativa se está pasando de una utilización artesanal de los falsos autónomos a su empleo masivo¹⁰².

2. Factores normativos y jurisprudenciales en la evolución de las ‘zonas grises’

Las “zonas grises” son “categorías históricas” cuya evolución ha estado ligada también a factores normativos y jurisprudenciales.

En el acercamiento a la problemática de las zonas grises la delimitación dogmática del ámbito del contrato de trabajo es un enfoque ya trazado y consolidado, a partir de una caracterización jurídica más o menos estable del tipo contractual. Como recuerda Martín Valverde, “teniendo en cuenta que la regulación legal del contrato de trabajo en el Derecho español cuenta con más de tres cuartos de siglo de antigüedad, se comprenderá que no sólo la identificación de las notas del contrato de trabajo (...), sino también la propia definición de las mismas son tareas que se pueden considerar sobradamente realizadas en el momento presente”¹⁰³.

El enfoque normativo está conectado a los momentos de cambio legislativo, como ha sido la década de los 90 (Ley 12/1992, de contrato de agencia o Ley 11/1994, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los transportistas) y en la década del 2000 (Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo).

El enfoque jurisprudencial es el que me parece más enriquecedor para

¹⁰¹ Página 5 del Anexo Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales), COM (2016) 127, de 8 de marzo de 2016. La Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales de 26-4-2017 establece en su directriz 5c que “Deberán promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad. Deberán fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional”.

¹⁰² Camino Frías, J., “El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales”, *RMESS*, n. 128, p. 162.

¹⁰³ Martín Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo: jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMESS*, n. 38, 2002, p. 24.

tomar el pulso a la actualidad de esta problemática. Me parece de interés el estudio de la doctrina jurisdiccional porque es útil a la hora de acercarnos a la realidad sociológica y sus cambios, a través de la descripción de los supuestos de hecho abordados y, en particular, en el contraste de supuestos que aborda el TS en los recursos de unificación de doctrina.

Desde este punto de vista, es posible acercarse a las sutilezas de las prácticas contractuales de prestación de servicios¹⁰⁴, que no siempre resultan encuadrables en el ámbito de las prácticas fraudulentas. Aunque siguen engrosando las estadísticas supuestos con claros perfiles defraudatorios, de falsos autónomos.

En el plano conceptual, la jurisprudencia lleva a cabo en la década del 2000 una cristalización de los caracteres del contrato de trabajo a través de una “jurisprudencia de indicios” que ya tiene su desarrollo en la década anterior¹⁰⁵, y que ha ido tratando de flexibilizar los conceptos de dependencia y ajenidad. Ello ha permitido contraponer una jurisprudencia expansiva de la laboralidad del trabajo a opciones legislativas de contención del ámbito de la laboralidad, o frente al dinamismo del tráfico jurídico civil o mercantil dando cobertura al TA.

Las notas características del contrato de trabajo desde la perspectiva jurisprudencial se han ido ensanchando y flexibilizando en su configuración, lo que ha permitido incluir en el ámbito del Derecho del Trabajo figuras “atípicas”, que responden a relaciones jurídicas calificadas como de “descentralización productiva” o “externalización productiva”.

Lo interesante es que la flexibilidad de la jurisprudencia de indicios, si bien ha servido para dar concreción a las notas características de la relación laboral, asumiendo así su papel indispensable de “desarrollo” o “complemento” de la norma¹⁰⁶, y adaptarlas a las nuevas realidades sociológicas, al mismo tiempo ha contribuido a empujar a los tribunales hacia una casuística que impide dar fiabilidad jurídica a dicha metodología de indicios. Las zonas grises en la prestación de servicios no tienen una línea divisoria nítida, moviéndose la solución en un puro casuismo.

Es doctrina reiterada del TS que “la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social”. En consecuencia, “la

¹⁰⁴ Martín Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, *RMESS*, n. 83, 2009, pp. 19-20.

¹⁰⁵ Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶ Martín Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo: jurisprudencia actual (1980-2001)”, *op. cit.*, pp. 29-30.

materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia”¹⁰⁷.

Por otra parte, la aplicación de la técnica de indicios es relativa y requiere en muchos casos de una proyección acumulada de indicios, “porque tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción; hechos indiciarios que son unas veces comunes a la generalidad de los trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades profesionales”¹⁰⁸.

Cabe añadir que esta casuística no puede resolverse de forma expeditiva a través del expediente de la presunción de laboralidad y sus efectos expansivos del ámbito del contrato de trabajo. Es doctrina consolidada que la calificación de la relación que vincula a las partes debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* empleado por los contratantes.

Ahora bien, una aplicación extensiva de la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, *ex* art. 8.1 Estatuto de los Trabajadores, supone “el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo, trayendo a este ámbito del derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan”, por lo que judicialmente se subraya que “la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta, o en interés de terceros, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al Derecho del Trabajo”¹⁰⁹. Y siguiendo esta doctrina, en algunos de estos fenómenos de “zonas grises” los tribunales otorgan relevancia a la voluntad contractual de las partes deducible de sus actos y documentos acreditativos (como ocurre en la franquicia).

¹⁰⁷ STS 3-11-2014, rec. 739/13.

¹⁰⁸ STS 3-11-2014, rec. 739/13.

¹⁰⁹ Con una síntesis de la jurisprudencia, STSJ Cataluña, 7-5-2004, Sentencia núm. 3659/2004, JUR 2004\194039.

3. La creciente dificultad de deslindar las relaciones contractuales laborales y no laborales entre los autónomos como colaboradores externos

Contamos, pues, con una delimitación conceptual del ámbito del contrato de trabajo adecuada y una jurisprudencia de indicios que constituye un buen instrumento para abarcar las nuevas formas de trabajo dependiente y por cuenta ajena. Aunque, como hemos apuntado, esta jurisprudencia a veces no puede ser lo suficientemente precisa y, en algunos casos, ha justificado una intervención normativa.

La situación se complica en los fenómenos de TA vinculados a fenómenos de externalización empresarial. La jurisprudencia reconoce la dificultad de deslindar las relaciones contractuales laborales y no laborales en los casos en que la prestación de servicios se acomete habitualmente por la propia persona obligada a prestar el servicio, con alto grado de autonomía.

En determinados ámbitos estamos ante la expansión de una prestación de servicios de empresas que se apoya esencialmente en la prestación de los TA como colaboradores externos. Es llamativo que en estos supuestos la casuística judicial se centra en la contraposición entre autónomos propiamente dichos y “falsos autónomos”, sin que entre en juego el *tertiumgenus* del *trabajador autónomo económicamente dependiente* regulado en la LETA de 2007, que probablemente puede ser una figura ajustada a muchos supuestos de colaboradores externos ligados establemente a una empresa. Estamos ante un dato más del carácter fallido de esta opción normativa.

Por otro lado, existe un amplio repertorio de supuestos que ofrecen pocas dudas del carácter fraudulento de la expansión del TA, y de ello puede ser demostrativo el que muchas de los pronunciamientos de los tribunales en los que se basa este estudio tienen su origen en demandas del autónomo que rechaza tal condición una vez iniciada la prestación de servicios, o de demandas de oficio por la Autoridad Laboral, a partir de actas de infracción de la Inspección de Trabajo, a las que se adhiere como demandante el supuesto autónomo. Pero las prácticas de prestación de servicios de los autónomos son a veces más sutiles, lo que dificulta la fijación de una línea de separación entre fenómenos legales y fraudulentos, de lo que es demostrativa, igualmente, la doctrina judicial con la que ilustramos nuestro estudio.

Obviamente, siempre constan los datos formales de la suscripción de un contrato civil o mercantil y los datos de alta en el RETA, en el IAE, y las correspondientes declaraciones de IVA.

Observando los indicios de dependencia, en todos estos casos tiende a darse una importante actividad de control y supervisión de la actividad del autónomo por la empresa contratante de sus servicios, que, sin embargo, no desvirtúa en todos los casos la autonomía del trabajador autónomo. Por el contrario, la flexibilidad en las reglas sobre tiempo de trabajo (horarios, jornada, vacaciones) no es excluyente de la laboralidad de una relación, a partir de un concepto de “dependencia flexibilizada”. Para el TS, refiriéndose en general a las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de servicios se encuentra muy atenuada y puede desaparecer del todo, a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio.

No es fácil en el caso de los TA como colaboradores externos valorar la existencia de organización propia a partir del dato de la propiedad de las herramientas y medios organizativos (un vehículo de transporte) por el autónomo o la aportación por la empresa contratante de los medios más específicos de instalación técnica. De manera que dependiendo del elemento al que se da relevancia la relación se califica de extralaboral (en el primer caso) o laboral (en el segundo).

En el plano de la ajenidad, los indicios con diversidad de valoración son la fijación del precio del servicio o las características de la facturación. Hay que observar que la fijación de precios por la empresa contratante en determinados supuesto no supone la negación de una prestación de servicios por cuenta propia. La forma de retribución de los colaboradores externos ya no es concluyente. Esquemáticamente, el hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido juega a favor del carácter civil de la relación; mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo. Sin embargo, en muchos casos, incluso de prestación laboral, la remuneración del autónomo no es periódica (mensual) e incluye variaciones en la cuantía, o se vincula a los actos realizados (claramente en los facultativos médicos).

Como vamos a ver en los apartados siguientes, el estudio de la franquicia, la prestación de servicios en contratos de mantenimiento y servicios auxiliares, y la actividad de los profesionales médicos que desarrollan su prestación en clínicas privadas, dan cuenta de la relativa inseguridad jurídica de la metodología de indicios y su interpretación judicial en algunas “zonas grises” entre el trabajo asalariado y autónomo.

3.1. La franquicia

Las zonas de conflicto con las franquicias se amplían desde el momento en que las franquicias se extienden a negocios donde el franquiciado es un TA, que no requiere grandes inversiones para gestionar la marca y no necesariamente se sirve de asalariados¹¹⁰.

Por una parte, la franquicia se apoya en un cierto grado de dependencia de la parte franquiciada respecto a la parte franquiciadora, que no desvirtúa la autonomía de la primera. La dependencia como elemento diferencial se diluye cuando el franquiciado utiliza la marca y elementos que son la imagen de la franquicia (distintivos o uniformes), y ésta desarrolla, además, una importante actividad de control y supervisión de la actividad de la franquiciada, porque en la concreta explotación de la franquicia se compromete el desarrollo y la imagen de la marca. En muchos casos, la formación corre a cargo de la franquiciadora.

Respecto de la ajenidad, es importante el dato de que la franquiciadora aporta lo más relevante del negocio, la marca, y además la inversión que debe realizar el franquiciado y su aportación organizativa puede no ser especialmente relevante. A ello se añade que, en este tipo de negocios, la franquiciadora es quien responde ante clientes y proveedores.

Un dato significativo, valorado en la doctrina de suplicación, es el de la aportación de capital. Este dato es revelador de que el franquiciado no se integra en el ámbito de organización y dirección de otra persona, sino que forma parte de dicho ámbito aportando capital y asumiendo los riesgos del negocio.

En términos generales, pues, los estudios doctrinales ponen el acento diferenciador no tanto en la existencia o no de la ajenidad o la dependencia, sino en la intensidad de tales características¹¹¹.

Y esta indefinición de los límites conduce a que, en ciertos casos, lo que los autónomos demandantes en vía judicial califican como inserción en el ámbito de organización o dirección de la demandada, no es, para la doctrina de suplicación, sino una actividad de colaboración¹¹².

En estos casos, los tribunales otorgan relevancia a la voluntad de las partes

¹¹⁰ Las franquicias tienen como marco jurídico la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, y el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia. Sobre la temática, véase, Todolí Signes, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: la importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 77, 2017, pp. 105 y ss.

¹¹¹ Todolí Signes, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹¹² STSJ Galicia, 9 de julio de 2015, Sentencia núm. 4395/2015. AS 2015\2258.

deducible de sus actos, de forma que “no consta ni se acredita que su voluntad expresada en los documentos (...) estuviera afectada por alguno de los vicios que invalidan el consentimiento por lo que debe atribuirse plena validez” al negocio de la franquicia¹¹³.

Tomemos dos ejemplos donde las sentencias de suplicación se pronuncian contra la laboralidad de la relación reclamada por autónomos franquiciados. La STSJ Cataluña de 7 de junio de 2007¹¹⁴ declara la incompetencia de la jurisdicción laboral por estimar que se trata de un contrato de franquicia. Se trata de un contrato sobre la actividad de venta de viajes. La franquiciadora: 1) aporta la licencia y la autorización administrativa para la apertura de la sucursal, que figuraban a su nombre; 2) el rótulo del local correspondía a ésta; 3) las facturas entregadas a los clientes y proveedores estaban expedidas por ella, figurando en ellas su número de CIF y no el de la franquiciada; 4) aporta los sistemas de gestión, canales de venta, bonos, pólizas de seguro, etc.

La franquiciada hace un abono por la concesión de la franquicia (12.992 euros); así mismo abona los gastos de mantenimiento y un canon mensual en concepto de royalties equivalente al 1% de las ventas brutas totales; respecto del local para desarrollar dicha actividad corre a cargo de la renta, así como todos los gastos de luz, teléfono, agua, etc. La autónoma se da de alta en el IAE en la actividad de agencia de viajes y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo.

Lo llamativo del caso es que ambas partes mantienen durante un periodo de tiempo una relación contractual laboral. Ello fue la consecuencia de la revocación de la autorización de apertura de la sucursal de agencia de viajes y condujo a formalizar la relación contractual temporalmente a través de sucesivos contratos de trabajo temporales, bajo la modalidad de eventuales por circunstancias de la producción, en tanto se resolvía el recurso de alzada interpuesto por la empresa franquiciadora. Durante ese

¹¹³ STSJ Castilla y León 9-11-2005, Sentencia núm. 1557/2005 de 9 noviembre. AS 2005\3391. El supuesto se refiere a una demanda de oficio, a la que se adhiere el franquiciado (supuesto trabajador). La demandante antes de pasar a ser socia de la franquicia estaba vinculada a la misma por un contrato de trabajo, pero con posterioridad suscribe un contrato de franquicia aportando cuatro millones de pesetas para la explotación del negocio que es precisamente el 50% del capital del mismo. Según la cláusula cuarta del contrato en el que se subroga, además de una cantidad fija por los servicios que presta como encargada de la tienda, percibe un 50% de los beneficios, más también participa en el mismo porcentaje en caso de pérdidas. Concluye la sentencia que “no concurre pues ni la dependencia ni la ajenidad no bastando que exista una prestación personal de servicios remunerada para que, si no concurren los citados elementos, exista relación laboral”.

¹¹⁴ Sentencia núm. 4225/2007 de 7 junio, JUR 2007\301879.

periodo la empresa demandada dio de alta a la autónoma en el Régimen General de la Seguridad Social. Para la sentencia de Suplicación estos datos no desvirtúan la esencia del contrato de franquicia.

En el caso de la STSJ Galicia (Sentencia núm. 1086/2017 de 20 febrero. JUR 2017\76831) se establecía en el contrato de franquicia que la mercancía diaria adquirida, así como la renta mensual del alquiler, serán abonadas por la franquiciada a la franquiciadora a través de ingresos diarios, independientemente de que se le facturaría semanalmente la mercancía y mensualmente la renta del alquiler.

La segunda, con cargo al dinero ingresado, le facturaba cantidades por el precio del arriendo, los gastos de luz, agua, teléfono, basura y otros, así como el valor de la mercancía servida, y en el caso de existir diferencias a su favor le ingresaba a la franquiciada la diferencia (habiéndole ingresado, en el año 2015, 1.000 euros el 2 de julio, 1.000 euros el 6 de octubre, y 1.000 euros el 31 de octubre). La sentencia concluye que estas cantidades no son indicio con fuerza probatoria suficiente en orden a acreditar la existencia de un salario encubierto fijo en su cuantía y periódico en su devengo.

Por lo demás, se acreditan ciertas circunstancias fácticas que, para el Tribunal, entran claramente dentro de la lógica de un contrato de franquicia: que la báscula del negocio de la franquiciada estuviera conectada con el servidor central de la franquiciadora, que ésta pudiese prohibir la venta en la tienda de determinados productos, que la franquiciada debiera enviar a la demandada un inventario mensual de las mercancías, que la franquiciadora tuviese responsables de zona para controlar el aspecto e imagen externa de las tiendas, que la franquiciada vistiese el uniforme utilizado en las tiendas de la demandada.

Se estima, pues, en la sentencia que nos movemos en la lógica de un contrato de franquicia en el cual el franquiciado recibe asesoramiento sobre la gestión diaria del negocio para garantizar su éxito y la franquiciante mantiene la supervisión sobre la llevanza del negocio para evitar el desdoro de la marca.

3.2. Trabajadores autónomos con prestación de servicios en contratos de mantenimiento, servicios auxiliares y posventa

Un campo abonado a las prácticas de externalización instrumentadas a través de trabajadores autónomos es el de las prestaciones de servicios en contratos de mantenimiento y servicios auxiliares, donde se denuncia la

utilización masiva de los falsos autónomos¹¹⁵. Se trata de grandes empresas proveedoras de suministro que recurren a otras empresas para tareas como comercialización o instalación, que, a su vez, emplean a una pluralidad de “autónomos” para la prestación de servicios.

En estos casos, los autónomos quedan sometidos a la organización y dirección de la empresa (control de itinerarios y visitas, control sobre la cantidad de trabajo – mediante hojas de registro de visitas –, aunque con flexibilidad horaria, necesidad de justificación de ausencias, formación a cargo de la empresa), prestando servicios por cuenta de la misma (la facturación de los servicios corre a cargo de la empresa, con retribución mediante comisiones por servicios prestados). Probablemente existe un amplio repertorio de supuestos que, ateniéndose a este esquema, ofrecen pocas dudas de su carácter fraudulento. Pero las prácticas de prestación de servicios de los autónomos son, a veces, más sutiles (los autónomos aportan la organización o útiles para la prestación del servicio, disponen de mayor autonomía, etc.) y ello dificulta la fijación de una línea de separación entre fenómenos legales y fraudulentos.

Como premisa, hay que puntualizar que la discordancia productiva entre la actividad de la empresa contratante y las tareas para las que son contrastados los autónomos no es relevante a los efectos de la calificación de la relación contractual, ya que en una empresa pueden concurrir trabajadores que se dediquen al núcleo del objeto social, con otros que se incardinan en lo que habitualmente se consideran como servicios auxiliares y que también tienen su importancia para mantener y/o confluir la actividad productiva propiamente dicha. En el asunto abordado por la STSJ País Vasco de 10 de mayo de 2016, rec. 834/16, no es obstáculo para que se acredite la laboralidad del supuesto autónomo el que la empresa tenga como actividad principal la fabricación de productos básicos de química orgánica, mientras que el autónomo tiene encomendada la realización de la jardinería, mantenimiento, albañilería y limpieza para aquella.

Interesa esta sentencia de suplicación como ejemplo de la relatividad del valor de los indicios y su interpretación judicial. La sentencia revoca la de instancia que considera la relación extralaboral en base a una serie de datos: no se presta la actividad en los centros de trabajo de la empresa contratante; el autónomo aporta determinados elementos de trabajo (herramientas de jardinería y una hormigonera, que son de su propiedad); cuenta con licencias para la actividad profesional que ejerce; en el contrato

¹¹⁵ Camino Frías, J., “El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales”, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

civil se prevé una cláusula de presentación de un parte diario de trabajo; sus retribuciones no obedecían a parámetros de periodicidad mensual, como tampoco que su importe era constante, y existe una facturación de IVA; finalmente, el autónomo tiene contratado laboralmente a un trabajador a su servicio. Para el Tribunal Superior los indicios de extralaboralidad que constan en el asunto no son decisivos cuando estos datos son aislados y existen otros datos que en su conjunto son indiciarios de la laboralidad.

Para el TSJ son datos acreditativos de laboralidad: 1) el dato del sometimiento a un horario, “aunque sea un horario flexible, que incluye retrasos diarios en la incorporación al trabajo o ausencias antes de la hora habitual de salida”; 2) en el contrato civil se prevé una cláusula de presentación de un parte diario de trabajo, sin embargo, se considera que la minuciosidad de la misma “no parece congruente con la naturaleza contractual” y, por el contrario, en cuanto implica un control estricto de la actividad puede ser indicativa de la laboralidad de la relación (nota de dependencia); 3) otros datos relevantes son que el trabajador recibía órdenes directas del encargado de mantenimiento de la empresa contratista de sus servicios (todos los días le indicaba las actividades a realizar y a lo largo de la jornada), o sea como cualquier otro trabajador sobre el que no se discutiera que estaba inserto en el círculo rector y disciplinario de la empresa; 4) no consta que el supuesto TA trabajara para otros clientes, en cuanto que ello sería un indicio de trabajo por cuenta propia; 5) respecto de que retribuciones no obedecían a parámetros de periodicidad mensual, como tampoco que su importe era constante, entiende el Tribunal que existía una periodicidad pero no mensual (dos cada mes), y aunque su importe no era igual todos los meses, “eso no es un requisito imprescindible para la laboralidad, pues tales variaciones no son ajenas al contrato de trabajo y en función de las circunstancias que se desarrollen en cada caso”.

Entiende el Tribunal que “la inclusión del trabajador en el RETA, la facturación de IVA, la obtención de licencias, la desubicación de la actividad en el centro de trabajo, la aportación de determinados elementos, o similares, no determinan la existencia del contrato o la inexistencia del mismo”. En particular, el hecho de que las herramientas de trabajo sean de su propiedad se considera secundario dada su escasa relevancia económica. Es decir, aquí lo importante desde un punto de vista económico-productivo es la fuerza de trabajo, no los medios de producción.

Finalmente, el hecho de que el autónomo tenga contratado laboralmente a un trabajador al servicio y dedicado a los mismos menesteres que él,

podría entrar en colisión con la tesis de la laboralidad de la relación del supuesto autónomo, “pero la realidad fáctica y jurídica hasta este momento desplegada, no puede obviarse y ocultarse por ese evento”.

Un claro ejemplo de las dificultades de delimitación de las nuevas formas de autónomos como colaboradores en fenómenos de externalización lo encontramos en los autónomos de servicio técnico subcontratados por una empresa (JPA) que mantiene una contrata de mantenimiento con EUSKALTEL. Aquella carece de plantilla para realizar las labores de instalación, y subcontrata con cada instalador las tareas concretas encomendadas por EUSKALTEL. En todos los casos se formaliza un contrato mercantil de prestación de servicios donde se pacta que la empresa adjudicaría al autónomo servicios relacionados con instalaciones, activaciones, averías de servicios de telefonía, televisión por cable, banda ancha, tareas de planta externa y construcción, correspondientes al contrato de servicios de JPA con EUSKALTEL S.A.

Existe un conjunto de indicios que merecen una valoración divergente en suplicación. En el caso de la dependencia, si se pueden considerar órdenes o instrucciones la concreción de los servicios a prestar mediante las hojas de ruta o avisos de servicios, el valor del lugar de la prestación de servicios, la existencia de reglas sobre jornadas y horarios y el disfrute de vacaciones, el valor de la titularidad de los medios de trabajo y del material de trabajo, la exclusividad en la prestación de servicios y la contratación por el TA de trabajadores a su servicio. En el caso de la ajenidad, los indicios con diversidad de valoración son la fijación del precio del servicio o las características de la facturación.

Contamos con un bloque de sentencias del TSJ del País Vasco que califican la actividad de estos autónomos como relaciones excluidas del ámbito laboral¹¹⁶.

Nos sirve de ejemplo la STSJ País Vasco de 16 de diciembre de 2014. En esta sentencia, constan como datos formales de encuadramiento que el autónomo figura dado de alta en el RETA y también en el IAE, presentando las correspondientes declaraciones de IVA. Se descarta una situación de dependencia porque no se acredita un sometimiento a jornada laboral u horario y al régimen de vacaciones.

La existencia de hojas de ruta (el técnico tenía que acudir diariamente a dependencias de la empresa para coger la orden de ruta, es decir, las citas con los clientes) no se considera un indicio de laboralidad. Las citas las

¹¹⁶ STSJ País Vasco de 4 de diciembre de 2012 (Sentencia núm. 2954/2012, JUR 2014\143137), STSJ País Vasco 28-10-2014 (Sentencia núm. 2014/2014, JUR 2015\15811), STSJ País Vasco 16-12-2014 (Sentencia núm. 2479/2014, JUR 2015\27360).

concertaba EUSKALTEL S.A que, con posterioridad, las remitía a JPA que las distribuía entre los técnicos instaladores. Se puntualiza en el caso que el autónomo no recibía concretas instrucciones o directrices de la empresa demandada para la realización de su trabajo de instalación o reparación de líneas telefónicas.

Además, la sentencia da por acreditado que el autónomo disponía de una propia organización de medios. Concretamente, utilizaba sus propias herramientas y vehículo para realizar las instalaciones y reparación encomendadas. Aunque consta que JPA le suministraba los equipos que debía de instalar a los clientes de EUSKALTEL, y la ropa de trabajo con el logotipo de la empresa, debiendo de portar también el autónomo una tarjeta que le identificase como instalador de JPA y de EUSKALTEL.

Se descarta una situación de ajenidad porque consta que el autónomo respondía del buen fin de su trabajo, garantizando personalmente la correcta ejecución de los trabajos, de forma que la empresa aplicaba al autónomo descuentos o deducciones, por razón de los servicios sin éxito realizados.

Respecto de la facturación, el autónomo emitía unas facturas mensualmente con su correspondiente IVA, que eran abonadas por la empresa como precio por los servicios realizados, cuyo importe no coincide en ninguno de los meses, siendo variable y en función de los servicios efectivamente realizados cada mes. En dichas facturas se desglosaban los concretos trabajos realizados. Aquí conviene puntualizar que en el caso de la STSJ País Vasco de 4 de diciembre de 2012 el autónomo alega en el proceso judicial que era la empresa la hacía tales facturas, pero no se evidencia en el proceso de forma irrefutable que ello fuese así.

Pues bien, frente a este planteamiento interpretativo de los indicios de laboralidad, otro bloque de sentencias del TSJ del País Vasco, sin embargo, considera que los datos extraíbles de los supuestos de hecho conducen a calificar la relación como laboral. Así, la STSJ País Vasco 11-12-2014 (Sentencia núm. 2469/2014, JUR 2015\24490), aborda un asunto también referido a autónomos contratados por JPA.

Para esta Sentencia, “la mera lectura de los contratos mercantiles del demandante con JPA son, de por sí, muy expresivos de que lo que se contrata es su trabajo y no la encomienda de un servicio”. Estima la misma que no se concretan los servicios que se le van a adjudicar, cuya determinación queda a expensas de la encomienda de trabajos propios del servicio contratado por JPA a EUSKALTEL. De esta forma, se concluye que los contratos “no establecen los servicios que se subcontratan, sino únicamente la puesta a disposición de los demandantes para que efectúen

las labores propias de los concretos servicios que unilateralmente decide encomendarles JPA a cada uno”.

Por otro lado, en relación con jornada de trabajo y vacaciones, el mismo contrato indica que el instalador tendrá autonomía para llevar a cabo los servicios encomendados, por lo que no está sometido a una concreta jornada ni horario de trabajo, pudiendo organizarse de la forma que considere más conveniente, pero especificando que todo ello tendrá lugar “de acuerdo con las citas previstas por el Operador”. Sin embargo, la sentencia echa mano de la doctrina de que no es elemento constitutivo del requisito de dependencia la sujeción a jornada u horario, de donde deduce que la previsión contractual “no es incompatible con la existencia de un contrato de trabajo, máxime si contiene elementos que parecen limitar la aparente autonomía del instalador, como son los términos que hemos entrecomillado y que, en la práctica, por la forma de asignar los servicios, se traducían en la obligación de acudir todos los días a recoger las órdenes de trabajo e, incluso, a estar disponible en fines de semana y festivos para las urgencias que pudieran darse”. No se considera relevante que a lo largo del año el demandante dejaba de trabajar algunos días naturales, porque se ignora la razón de ello, y el dato no es expresión de que pudiera realizar los servicios cuando quisiera.

También se estima que la hoja de ruta o avisos de servicios son indicativos de dependencia laboral. En el contrato se destaca una cláusula conforme a la cual la ejecución de los servicios se realizará “según las órdenes, criterios y especificaciones establecidas por el Operador y verificadas por JPA”, lo que para el Tribunal pone de manifiesto que no es el instalador quien decide cómo darlos, sometiéndose a las órdenes de servicio que JPA le asigna y siguiendo instrucciones de ésta (o de EUSKALTEL). Además, los técnicos acudían obligatoriamente todas las mañanas a retirar las órdenes de servicio que le facilitaba la empresa, retirar el material del almacén para su instalación estando obligado a cumplir mandatos en un tiempo prefijado. Los incumplimientos de tales directrices conllevaban la penalización correspondiente en forma de suspensión de actualización de precios.

También se contiene en esta sentencia una distinta valoración de los medios de trabajo. Para esta sentencia, aunque el instalador aporta los medios materiales y herramientas necesarios para realizar los servicios, el dato relevante es que se indica en el contrato que responderá de los materiales, equipos o útiles que recibiera, “estando acreditado que lo único que, de hecho, aportaba, eran las herramientas de mano y el vehículo para los desplazamientos (lo cual son elementos compatibles con un contrato de trabajo), ya que era JAP quien aportaba los elementos de medición o

instalación técnica más específicos, como también el cable, los rúter y los módems”.

En cuanto al requisito de ajenidad, resulta capital comprobar que no es el demandante quien fija o interviene en la determinación del precio que ha de pagar el cliente del servicio que le realiza, ni los contratos mercantiles le autorizaban a hacerlo así, limitándose el instalador a percibir un precio por sus servicios que los fija EUSKALTEL. Y respecto a la facturación, en esta Sentencia si se da por probado que JPA es quien prepara las facturas que formalmente luego el autónomo le gira como importe de sus servicios.

La STSJ País Vasco de 29 de septiembre de 2015 (Sentencia núm. 1785/2015, AS 2015\2222) contiene unos criterios de valoración semejantes a los expuestos y califica la relación como laboral. Pero lo llamativo en esta sentencia es que se aduce por la empresa que la Sala del TSJ del País Vasco ya ha resuelto en el caso de otro instalador de JPA, con contrato similar y hermano del autónomo demandante, que fue calificada como relación extralaboral (STSJ 16 de diciembre de 2014, Jur 2015, 27360, rec. 2406/2014).

Al margen de estos casos abordados por el TSJ del País Vasco, relacionados con EUSKALTEL, existen otros asuntos con perfiles parecidos. Por ejemplo, la STSJ Cataluña, de 21 de junio de 2016 (Sent. núm. 4021/2016, JUR 2016\18777), que califica como relación laboral la de un autónomo técnico de servicios posventa con trabajadores a su servicio.

En el caso, el autónomo debe atender las peticiones de servicio técnico de los clientes de la empresa en la zona de Cataluña, a cambio de un precio por hora trabajada que variaba según el plazo empleado en prestar el servicio. Incluye, como cláusula, que no podía desempeñar ningún tipo de servicio para competidores de la empresa. Ninguna incidencia tiene en la valoración judicial el hecho de que el actor no tenía ningún puesto ni lugar de trabajo fijo en el domicilio de la empresa.

Se valora, como dato de laboralidad, la entrega de materiales por parte de la empresa. Concretamente en el pacto contractual se incluye que la empresa entregaría al autónomo un stock de recambios correspondientes a los productos fabricados por la misma, teniendo el autónomo plena responsabilidad sobre el stock consignado. En ese contrato se obligaba al técnico a utilizar cuando prestara un servicio para la empresa los informes oficiales de servicios prestados que le suministraba la empresa.

Todos estos datos serían para la sentencia acreditativos de que no existe una total independencia del técnico, que “debía realizar su trabajo según directrices de la empresa y era controlado por esta, lo que es una nota de

ajenidad y dependencia”.

Respecto de la facturación es el técnico el que factura semanalmente por todas las visitas de servicio técnico realizadas. El precio de los servicios venía fijado en el propio contrato. Se estableció un precio hora trabajada para la petición del servicio, más el abono de gastos de desplazamiento. De ello se deduce que el autónomo realmente no tenía libertad para fijar el precio del servicio que prestaba, lo que se interpreta como dato indiciario de ajenidad.

Finalmente, el hecho de que el TA contase con trabajadores a su servicio no se estima relevante, porque observa la sentencia que también la empresa controlaba los técnicos e instaladores que contrataba el autónomo, en el sentido de que debían ser acreditados por aquella, pagando parte de los costes de formación de éstos, a lo que se unía el hecho de que debían llevar el uniforme y logotipo de la entidad.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2016 (Sentencia núm. 6998/2016, JUR 2017\36497) excluye el carácter laboral insistiendo en datos como que la facturación del técnico para la empresa de forma mensual era sobre cantidades siempre diferentes o teniendo en cuenta que en relación con el resto de ingresos y de facturación del autónomo queda acreditado que se corresponden a los trabajos que realiza de forma simultánea para otras empresas (en otros supuestos, sin embargo, el dato de la pluriactividad del autónomo no era un dato decisivo de extralaboralidad).

3.3. Los médicos y profesionales sanitarios como colaboradores externos en clínicas privadas

En el terreno de la externalización empresarial y la instrumentalidad del TA nos interesan determinadas profesiones liberales. Estas tenían un campo autónomo de expresión con los contratos de arrendamientos de servicios. Pero han evolucionado en una doble dirección: por un lado, hacia el ámbito de las relaciones laborales, mediante un fenómeno de laboralización; por otro, hacia su instrumentalización en procesos empresariales de externalización de servicios, a través de la ampliación del campo de los colaboradores externos integrados en la estructura productiva o de prestación de servicios empresarial.

Un típico ejemplo lo encontramos en los médicos que desarrollan su actividad profesional ligados a clínicas privadas, donde la sociedad aporta el conjunto de infraestructuras y medios humanos auxiliares, y donde los profesionales sanitarios no forman parte de la plantilla. Es un típico

supuesto de actividad empresarial basada en la externalización de las actividades médicas que constituyen el objeto social de la entidad.

Hay un perfil jurisprudencial aproximado sobre la laboralidad de estos colectivos, que se puede extraer de la casuística referente a la prestación de servicios de odontólogos u oftalmólogos¹¹⁷. Los elementos decisivos que han de analizarse son los referidos al contenido del contrato suscrito entre las partes, pero, sobre todo, los relativos a las condiciones en que se ha llevado a cabo la prestación de servicios y el desempeño de la actividad por parte de los facultativos; fundamentalmente las que tienen que ver con la nota de dependencia, entendida como inserción en un ámbito de organización ajeno¹¹⁸.

Pero aquí la jurisprudencia hace entrar en juego el concepto de “dependencia flexibilizada”. Para el TS, tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales, la nota de la dependencia en el modo de la prestación de servicios se encuentra muy atenuada y puede desaparecer del todo, a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio¹¹⁹. En la casuística judicial esta idea de “dependencia flexibilizada” sirve al objeto de neutralización de indicios que son expresión de extralaboralidad.

Simplificando, la jurisprudencia reconoce la existencia del dato de la dependencia o subordinación y, por tanto, la existencia de una relación laboral, a partir de una serie básica de indicios.

En primer lugar, se trata de una prestación de servicios *intuitu personae*, es decir, implica la obligación del facultativo de una prestación personal de los servicios. De forma que “la no sustituibilidad o su carácter excepcional o con autorización de la empresa es indicio de laboralidad”¹²⁰. Para los tribunales, este dato no queda desvirtuado por la previsión formal del contrato de sustituciones o suplencias del mismo, cuando en la práctica tales sustituciones o suplencias son la excepción y no la regla en la relación de servicios concertada entre el médico y la entidad de asistencia sanitaria. En estos términos la previsión contractual de sustituciones no puede impedir la calificación de laboralidad.

En segundo lugar, es la clínica privada la que dispone de la organización de medios materiales y humanos, así como la infraestructura de la actividad. En las profesiones liberales la laboralidad requiere que la

¹¹⁷ STSJ País Vasco de 16 de abril de 2015, rec. 594/15, con cita entre otras de las SSTS de 18 de marzo de 2009, recurso 1709/07, 12 de febrero de 2008, recurso 5018/05, 27 de noviembre de 2008, recurso 3599/06, 12 de febrero de 2008, recurso 5018/05.

¹¹⁸ Auto del TS de 11 de febrero de 2015, rec. 1740/14

¹¹⁹ STS de 7 de octubre de 2009, RJ 2009, 5663.

¹²⁰ STS de 11 de diciembre de 1989. RJ 8947.

empresa contratante aporte la organización y actúe de intermediario del profesional con el mercado y que aporte los clientes. Existe dependencia esencialmente porque los profesionales se valen de la estructura de la clínica y de los medios auxiliares que aporta la misma (administración y personal administrativo, limpieza, atención telefónica, recepción), que el centro pone a disposición de dichos profesionales, limitándose el profesional a prestar sus servicios y desatendiéndose de esa estructura empresarial en la que se inserta¹²¹.

Sin embargo, creemos que este elemento no puede ser significativo por sí mismo, porque esta forma de articular la colaboración entre entidades sanitarias y profesionales es perfectamente articulable a través de un contrato de arrendamiento de servicios. De hecho, este dato en ciertos supuestos no conduce a la laboralidad de la relación¹²². Se prevé en muchos supuestos que estos profesionales autónomos deben abonar al centro unos porcentajes por el uso de las instalaciones y servicios administrativos y comunes facilitados por la empresa. Lo que ocurre es que en vía judicial este dato no se considera relevante como para desvirtuar la existencia de relación laboral¹²³.

En tercer lugar, un dato decisivo es quién determina las condiciones de prestación del servicio de los profesionales (días y horas de prestación de servicios, ausencias, vacaciones, exclusividad), esto es, si las condiciones de trabajo son fijadas por la entidad o son fruto del pacto. Es clara la laboralidad de la relación si hay un sometimiento al horario del hospital, en el régimen de las vacaciones, licencias y permisos aprobados por la entidad¹²⁴. El problema es que estos datos son objeto de una valoración de conjunto, que introduce cierta inseguridad en su relevancia.

Así, en primer término, el hecho de que los facultativos fijen libremente sus períodos de vacaciones y descansos anuales no se considera un dato indicativo de la extralaboralidad, porque puede ser compatible con un concepto de “dependencia flexibilizada”. En segundo término, a pesar de que los facultativos fijan los días de visita de sus pacientes tanto particulares como remitidos por las mutualidades y el intervalo de tiempo para cada consulta, se estima que los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección del centro médico, porque el cuadro de las

¹²¹ SSTSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/16, Canarias 8-4-16, sent. 307/16, País Vasco de 16 de abril de 2015, rec. 594/15.

¹²² STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2013, a la que se refiere el Auto del TS 11-2-2015, rec. 1740/14, en su juicio de contradicción.

¹²³ STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/15.

¹²⁴ STSJ de Canarias de 17 de julio de 2012 a la que se refiere como sentencia de contraste el Auto del TS de 11 de febrero de 2015, rec. 1740/14.

visitas depende de la existencia de despachos en el centro titularidad de la empresa demandada y deben tener lugar en el horario de apertura de ésta, siendo coordinadas dichas visitas por el personal de la empresa¹²⁵.

En tercer término, el hecho de que el facultativo pueda ausentarse por cualquier causa, aunque se requiera previa comunicación al centro (o incluso requiriendo autorización del mismo) se considera un indicio revelador de la naturaleza mercantil de la relación¹²⁶. Pero a continuación hay que matizar que si se trata de ausencias excepcionales o que requieren la conformidad de la entidad estaríamos ante datos no excluyentes de la laboralidad. No es excluyente de la laboralidad el que la solución a las ausencias pueda ser un cambio en las visitas programadas con anterioridad o la fijación por la entidad o el facultativo de un sustituto¹²⁷.

Finalmente, el dato de la falta de exclusividad en la prestación del servicio por parte del facultativo (que también pasa consulta en otros centros médicos distintos), no es determinante a la hora de calificar la naturaleza de la relación existente entre las partes, teniendo en cuenta el conjunto de la prueba de indicios¹²⁸.

Como vemos, la caracterización de este tipo de prestación de servicios como laboral a partir del concepto de “dependencia flexibilizada” dista de ser precisa. De hecho, se observa en la STSJ de País Vasco de 16 de abril de 2015, rec. 594/15, que “nuestra sinceridad judicial exige descubrir que ciertamente también hay otras resoluciones judiciales que califican la prestación de servicios de médico como arrendamientos de servicios civiles”.

Veamos el caso de la STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2013 (JUR 2013, 341114), en la que se confirma el fallo la sentencia del Juzgado desestimatorio de la demanda de procedimiento de oficio promovida por la Autoridad Laboral frente a la empresa. Los hechos relevantes son los siguientes: la empresa suscribió un contrato de arrendamiento de servicios con cada uno de los 61 facultativos en virtud del cual éstos se obligaban a prestar servicios profesionales a los clientes de la entidad y a los pacientes asociados a las Mutuas Médicas concertadas con ella, servicios que debían prestarse en las instalaciones de ésta. El horario de visita de cada facultativo es determinado de común acuerdo con la empresa según las disponibilidades de cada uno de ellos. La ausencia por cualquier causa se comunica a la empresa para que ésta cambie las visitas programadas con

¹²⁵ STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/15.

¹²⁶ STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2013 (JUR 2013, 341114), STSJ de Canarias de 8 de abril de 2016, sent. 307/16.

¹²⁷ La STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/15.

¹²⁸ STSJ de Canarias de 8 de abril de 2016, sent. 307/16.

anterioridad. Cada facultativo puede puntualmente ausentarse de sus funciones simplemente requiriendo la previa conformidad del centro designando en este caso el propio facultativo un sustituto. La retribución se realiza por la empresa a cada facultativo previa factura mensual elaborada por el interesado por acto médico realizado durante este periodo de tiempo. Sobre estos presupuestos de hecho, la Sala de suplicación, concluye rechazando que la relación entre las partes tenga naturaleza laboral al no concurrir las notas definidoras de una relación de trabajo en los términos del art. 1.1 ET.

Interesante el caso de la STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2012 (AS 2014, 264) que entiende que la relación no es laboral, basándose en los siguientes datos: el facultativo tiene un contrato de arrendamiento de servicios con una clínica privada que le facilita las infraestructuras; la entidad tiene conciertos con sociedades de seguros médicos, que le surten de clientes; a la clínica acuden los clientes de las sociedades y además los particulares que acuden a la clínica; la facturación de servicios médicos la gestiona la clínica, no el facultativo, que debe abonar un porcentaje por sus infraestructuras y materiales; si el facultativo no puede asistir un día es sustituido por otro que preste servicios en la clínica.

Respecto del requisito de la ajenidad en este tipo de prestación de servicios, se consideran como criterios a considerar la determinación de tarifas, el origen de la clientela y la forma de retribución¹²⁹. En el primer lugar, el hecho de que la entidad médica sea la que adopta las decisiones concernientes a las relaciones de mercado fijando los precios o tarifas. Por ejemplo, pactando con las mutualidades un importe a percibir por la atención facultativa a realizar a los clientes de las mutualidades¹³⁰. Pero la cuestión se torna más dudosa cuando las tarifas se han pactado entre la entidad y los facultativos.

En segundo lugar, un dato de interés considerado como indicativo de la ajenidad es que los pacientes del centro lo son a través de conciertos que tiene suscritos con mutualidades médicas de salud. En este sentido, el dato de que existe un porcentaje de pacientes particulares de los facultativos que son atendidos también en las instalaciones de la clínica y respecto a los que las tarifas a abonar son fijadas de común acuerdo con el resto de facultativos no es relevante por ser un dato marginal en una valoración de conjunto¹³¹.

¹²⁹ Con una síntesis de jurisprudencia, STSJ de País Vasco de 16 de abril de 2015, rec. 594/15.

¹³⁰ STSJ de Canarias de 17 de julio de 2012 a la que se refiere como sentencia de contraste el Auto del TS de 11 de febrero de 2015, rec. 1740/14.

¹³¹ STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/15.

En tercer lugar, en el caso de profesiones liberales la nota de ajenidad viene íntimamente ligada a la forma de retribución. Es indicio de ajenidad el que la entidad médica perciba el importe de la asistencia directamente de los pacientes, procediendo posteriormente a abonar una parte del mismo al facultativo, previa factura mensual elaborada por el interesado por acto médico realizado durante este periodo de tiempo¹³². Pero hay que considerar que el mero dato de que la retribución se realice por la clínica a cada facultativo no es excluyente de la extralaboralidad.

El hecho de que la retribución se perciba en función de los asuntos en los que el profesional ha intervenido, juega a favor del carácter civil de la relación; mientras que juega a favor de la relación laboral el hecho de que la retribución obedezca a un parámetro fijo¹³³. Sin embargo, lo normal en muchos casos, incluso de prestación laboral, es que el facultativo sea remunerado por los actos médicos realizados.

Es indicativo de la laboralidad la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria, en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena¹³⁴. Pero la jurisprudencia también puntualiza que “la remuneración consista en una cantidad fija mensual, no convierte obligatoriamente en laboral al nexo contractual de autos, pues ese sistema de “igualada” puede aplicarse perfectamente también en el arrendamiento de servicios de carácter civil”¹³⁵.

Por lo demás, tampoco excluye el dato retributivo el que la empresa pacta singularmente en sus contratos de prestación de servicios con los facultativos un porcentaje variable a percibir por aquéllos sobre la total facturación de los pacientes por él atendidos y derivados por mutualidades médicas¹³⁶. La retribución mediante un porcentaje del precio que la clínica cobra por acto médico, que fija la misma, se puede considerar un sistema similar al salario a comisión.

¹³² STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2013, a la que se refiere el Auto del TS de 11 de febrero de 2015, rec. 1740/14.

¹³³ SSTs de 3 de mayo de 2005, rec. 2606/04; de 7 de noviembre de 2007, rec. 2224/06.

¹³⁴ Auto del TS de 11 de febrero de 2015, rec. 1740/14.

¹³⁵ STS de 19 de noviembre de 2007, rec. 5580/05.

¹³⁶ STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2016, rec. 4077/15.

4. Bibliografía

- Blat Gimeno, J., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, T.B., Valencia, 2000.
- Camino Frías, J., “El trabajo falsamente autónomo como especie del trabajo no declarado. Tendencias actuales”, *RMESS*, n. 128.
- Casas Baamonde, M.E., “El Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 7, 2015.
- Casas Baamonde, M.E., “Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos”, en García Murcia, J. (coord), *El estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, 2015.
- Del Rey Guanter, S. (dir.), *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Thecnos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico*, Ed. La Ley, 2017.
- Del Rey S. y Gala, C. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progreso desarrollo y dependencia*, en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2000.
- Ichino, “Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa”, *GDLRI*, n. 82-83, 1999.
- Martin Valverde, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, MTSS, 1990.
- Martin Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo: jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMESS*, n. 38, 2002.
- Martin Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, *RMESS*, n. 83, 2009.
- Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo” en AA.VV., *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000.
- Todolí Signes, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: la importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 77, 2017.

El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana. Un análisis de las reformas incorporadas en el Código del Trabajo para las madres trabajadoras

Jorge JARAMILLO-QUEZADA*
Lucía PUERTAS-BRAVO**

RESUMEN: En el Ecuador a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, la cual es considerada en sus enunciados teóricos, como una de las más garantistas de derechos fundamentales de Latinoamérica, se realizaron importantes reformas, entre ellas al Código del Trabajo con la expedición de la Ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar en el año 2015, en la que se incorporó la figura del despido ineficaz como una garantía de protección especial para la madre trabajadora. El presente artículo realiza un análisis histórico, legal y doctrinario sobre la protección a la madre trabajadora en el Ecuador, el cual toma como referencia la normativa internacional existente especialmente el convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo. Se sustenta en la necesidad de proteger a la madre trabajadora y su hijo durante la maternidad garantizando el principio de inamovilidad para proteger a determinadas personas, que no pueden ser separadas de su cargo, sino por las causas establecidas en la ley.

Palabras clave: mujer, madre trabajadora, despido ineficaz, protección madre trabajadora.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La aplicación de la normativa internacional y la estabilidad laboral de la madre trabajadora en el Ecuador. 3. Protección a la madre trabajadora durante la maternidad. 4. Principio de inamovilidad. 5. Análisis histórico sobre la protección a la madre trabajadora y el despido ineficaz en el Ecuador. 5.1. La protección constitucional a la madre trabajadora. 5.2. La protección de la madre trabajadora en el Código del Trabajo Ecuatoriano. 5.3. El despido ineficaz como garantía de protección a la madre trabajadora. 6. Bibliografía.

* Abogado.

** Docente Investigador, Departamento de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.

Ineffective dismissal in Ecuadorian legislation. An analysis of the reforms incorporated in the Labor Code for working mothers

ABSTRACT: In Ecuador since the Constitution of 2008, considered in its theoretical statements, as one of the most guarantees of fundamental rights in Latin America, major reforms were made, including the Labor Code with the issuance of the Labor Justice Act and Recognition of Work at Home in 2015, in which the figure of ineffective dismissal was incorporated as a guarantee of special protection for the working mother. This article provides a historical, legal and doctrinal analysis on the protection of working mothers in Ecuador, which takes as a reference the existing international regulations, especially the Convention on maternity protection of the International Labor Organization. It is based on the need to protect the working mother and her child during maternity, guaranteeing the principle of inalienability to protect certain persons, who cannot be separated from their work, but by the causes established in the law.

Key Words: woman, working mother, ineffective dismissal, working mother protection.

1. Introducción

Son varios los elementos que nos llevan al análisis del presente tema, sin duda, los distintos abordajes que se ha dado en pos de reconocer el trabajo de la mujer a lo largo de la historia, es importante.

Para la OIT, los derechos de las trabajadoras *constituyen una parte de los valores, principios y objetivos esenciales para promover la justicia social y el trabajo decente productivo, remunerado debidamente y realizado en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad*¹³⁷.

Para esta organización, varios estudios demuestran que, si bien la disparidad de remuneración por cuestión de género se ha disminuido, no ha sido erradicada en su totalidad. Ello puede deberse, aunque no lo explica por completo, a la experiencia laboral acumulada y la educación, ya que las mujeres tienen una formación académica o nivel distintos a los de los hombres. Además, las mujeres tienen más probabilidades de tener que interrumpir su carrera, cuyos motivos (aunque no se señala explícitamente) pueden deberse a situación de cuidado de los hijos o maternidad¹³⁸.

Uno de los objetivos de desarrollo sostenible promulgados por la ONU, es lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas. La meta pretende emprender reformas que otorguen a las mujeres el derecho a los recursos económicos en condiciones de igualdad¹³⁹.

El Ecuador ratificó el Convenio 103 sobre la protección de la maternidad de la OIT¹⁴⁰ en febrero de 1962. En la normativa ecuatoriana, la protección a la mujer embarazada y la prohibición de separarla del trabajo aparece por primera vez en nuestra Constitución en el año 1945, sin embargo, no es hasta la constitución del 2008 y la incorporación de la Ley para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar en el año 2015 que se incorpora en nuestra normativa el despido ineficaz como una garantía especial a la madre trabajadora ecuatoriana.

De todas formas, la protección que se establece a través de dicha incorporación, es parcial ya que únicamente ampara a las trabajadoras bajo relación de dependencia en el sector privado, excluyéndose a la Administración Pública, pese a que la Constitución de 2008 vigente

¹³⁷ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2ª ed., Ginebra, 2008, p. 4.

¹³⁸ Ver OIT, *Informe mundial sobre salarios 2016/2017, la desigualdad salarial en el lugar del trabajo*, Ginebra, 2017, p. 32-34.

¹³⁹ Ver los objetivos de desarrollo sostenible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

¹⁴⁰ Recordemos que este Convenio entró en vigencia el 7 de septiembre de 1955.

menciona que la mujer embarazada tiene derecho *de no ser discriminada por su embarazo tanto en los lugares educativos, sociales ni laborales (...)* y además que, *el Estado garantizará el respecto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a la licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos*¹⁴¹. Esta prohibición de discriminación corresponde a la protección especial que debe recibir la mujer embarazada que guarda concordancia con los objetivos propuestos por la Organización Internacional del Trabajo¹⁴².

Las reformas al Código del Trabajo del año 2015 plantearon algunas cuestiones relacionadas con alcanzar la justicia laboral, entre las innovaciones está la inclusión del principio de inamovilidad para trabajadoras embarazadas y aquellas que se encuentren en condiciones asociadas a la maternidad. Este principio se hace extensivo también para los dirigentes sindicales. El objetivo de éste es fortalecer la estabilidad laboral de este grupo de trabajadores que han sido históricamente discriminados por su condición.

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis de la protección especial que reciben las madres trabajadoras en el Ecuador. Evidenciamos que las reformas al Código del Trabajo se reconocen en el bloque de constitucionalidad, y garantizan el principio de inamovilidad y fuero maternal contenidos en la Constitución como formas de protección de la madre trabajadora y su hijo.

2. La aplicación de la normativa internacional y la estabilidad laboral de la madre trabajadora en el Ecuador

Uno de los principales instrumentos internacionales que tiene por objetivo la protección a la maternidad son los Convenios 3, 103 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respectivamente.

El primero, que entra en vigencia en junio de 1921 (núm. 3), establece que la madre no está autorizada para trabajar en las seis semanas posteriores al parto. Además, recibirá durante este tiempo las prestaciones monetarias y

¹⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 43 y 332 respectivamente.

¹⁴² Véase Bedoya, H., *Normas Internacional de Trabajo: Módulo de aprendizaje autodirigido plan de formación de la Rama Judicial*, Consejo Superior de la judicatura, Colombia, 2008, pp. 29-55.

atención médica necesarias para su manutención y la de su hijo. La madre tendrá derecho a dos descansos de media hora para la lactancia.

En esta época se declara *ilegal* el despido de la madre trabajadora durante su ausencia al trabajo por motivo de su maternidad¹⁴³.

En el Convenio 103, que corresponde a la primera revisión del anterior, realizada en el año de 1952, modifica el descanso por maternidad de seis a doce semanas, debiendo ser una parte de este descanso, de al menos 6 posteriores al parto. Se mantiene la disposición de considerar *ilegal* el despido del empleador por motivo de la maternidad¹⁴⁴.

Finalmente, en el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), que corresponde a la segunda revisión que entró en vigor el 7 de febrero de 2002 se incluyeron algunas modificaciones a las planteadas en los convenios anteriores:

- Se incluye a las mujeres trabajadoras que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente¹⁴⁵.

- Se modifica la duración de la licencia de maternidad, que deberá ser pagada a través de un seguro social, de al menos catorce semanas, siendo obligatorio un periodo de seis semanas posteriores al parto.

- El artículo 8 del Convenio en análisis, determina la protección del empleo y no discriminación de la madre trabajadora, en la que se prohíbe el despido a una mujer por motivo de su embarazo o durante la licencia que tiene derecho. Se garantiza el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo al término de su licencia.

El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) reconoce que deberán cubrirse las prestaciones necesarias en caso de embarazo, parto y sus consecuencias, además de un pago periódico establecido.

Con lo mencionado, no hay duda que, para la Organización Internacional de Trabajo la protección de una mujer embarazada o en periodo de lactancia tiene dos objetivos: (a) proteger la relación entre la madre y el recién nacido, así como su salud, y (b) la seguridad en el empleo de la madre¹⁴⁶.

¹⁴³ OIT, *Convenio sobre la protección de la maternidad*, 1919 (Núm. 3), Art. 3; 4.

¹⁴⁴ OIT, *Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado)*, 1952 (Núm. 103), Art. 3, 4; 5, 6.

¹⁴⁵ La OIT considera al trabajo atípico de cuatro formas: 1. El empleo temporal (no indefinido) 2. Trabajo a tiempo parcial y a pedido (no a tiempo completo) 3. Relación de trabajo multipartita (relación no directa ni subordinada con el usuario final) y 4. Empleo encubierto/por cuenta propia económicamente dependiente (No es parte de la relación de trabajo). OIT, *Presentación resumida del informe: el empleo atípico en el mundo, retos y perspectivas*, Ginebra, 2016, p. 2.

¹⁴⁶ OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Conferencia Internacional del Trabajo,

3. Protección a la madre trabajadora durante la maternidad

La condición de las mujeres trabajadoras se ha visto afectada por la división sexual del trabajo. A lo largo de la historia se han feminizado las actividades de reproducción y se ha masculinizado las actividades de producción, es decir, las mujeres se encargan de la crianza de los hijos, y los hombres del trabajo¹⁴⁷. En ese escenario de relación entre reproducción y producción, se han reconocido derechos y privilegios de mujeres y hombres.

Las desigualdades entre hombres y mujeres son múltiples, sobre todo, se encuentran presentes en las sociedades capitalistas, expresándose en sus diferencias frente al trabajo. El trabajo de la mujer tiene una particularidad especial en dos dimensiones: la productiva (trabajo) y la reproductiva (maternidad) que se condicionan mutuamente¹⁴⁸.

A lo largo de los años, se han reconocido derechos de las mujeres en los entornos de trabajo, con discursos que han pasado de la protección a la mujer hacia la promoción de la igualdad sin discriminación por sexo¹⁴⁹. La igualdad y protección de igualdad de derechos se evidencia en varios instrumentos internacionales tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1 y 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 3 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 7)¹⁵⁰; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros. La OIT al respecto ha emitido varios acuerdos, cuatro de ellos se consideran claves para lograr la igualdad de género en el mundo del trabajo: (a) Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); (b) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); (c) Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades

Informe VI, 2009, p. 54.

¹⁴⁷ Acevedo, D., “Género y Políticas de Protección Laboral”, *Salud de los Trabajadores*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 2012, n. 2, julio – diciembre, pp. 167-177.

¹⁴⁸ León, M., *Políticas neoliberales frente al trabajo femenino*, Ecuador, 1984-1988, s.l.i., CLACSO, s.a., p. 20.

¹⁴⁹ Véase Osejo, L., *Protección de las mujeres trabajadoras*, Ponencia presentada en el II Encuentro de Salas Laborales de Centroamérica y República Dominicana, Antigua, Guatemala, 28 y 29 de junio del 2012.

¹⁵⁰ El Art. 7 literal i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala expresamente: *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.*

familiares, 1981 (núm. 156) y (d) Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)¹⁵¹, siendo para la OIT este último convenio, así como sus anteriores versiones, trascendentes en la lucha de igualdad de género y no discriminación en el trabajo.

Es importante destacar que la protección de la madre trabajadora viene asociada con la flexibilidad laboral que se otorga a los padres. Así, mientras más favorables son las políticas públicas sobre permisos del padre, existe mayor tasa de natalidad y participación laboral de la madre¹⁵². En algunas legislaciones de países latinoamericanos, se reconoce el derecho a la licencia por paternidad¹⁵³. Es así que, en la legislación ecuatoriana en febrero de 2009, se incorpora por primera vez este derecho¹⁵⁴.

Para la OIT, la licencia de paternidad *puede tener efectos positivos sobre la igualdad de género en el hogar y en el trabajo, y ser indicio de cambios en las relaciones y en la percepción de los roles de los progenitores, así como los estereotipos predominantes*¹⁵⁵.

Podríamos decir que, los esfuerzos del Ecuador para proteger, en primer término, a la mujer, han sido significativos, ello se observa en el reporte de Género del Foro Económico Mundial del año 2016, que ubica al Ecuador en la posición 40 de 144 países¹⁵⁶ en reducir las brechas de género en relación a la participación económica y oportunidades, acceso a la educación, salud, y participación política.

No obstante, en relación a la reducción de la brecha sobre las oportunidades y participación económica, Ecuador se encuentra en el puesto 93 de 144. En la siguiente tabla detallamos los aspectos sobre los que se midieron la reducción de brechas de género en relación a la participación económica, de los resultados obtenidos por el Foro Económico Mundial en el Informe de Género de 2016.

¹⁵¹ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras...op. cit.*, p. 7.

¹⁵² Servicio Nacional de la Mujer, *Informe Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad*, Gobierno de Chile, 2010, p.15.

¹⁵³ Para conocer los países que otorgan licencia por paternidad ver el documento: OIT, *Las mujeres en el trabajo, tendencias 2016*, Ginebra, 2016, p. 22.

¹⁵⁴ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector público y al Código del Trabajo, Registro Oficial N°. 528 del 13 de febrero de 2009, art. 4.

¹⁵⁵ OIT, *La maternidad y paternidad en el trabajo: informe de política*, 2014, p. 7.

¹⁵⁶ Según el Informe, Ecuador ha escalado del puesto 82 en 2006 al puesto 40 en 2016 en reducción de la brecha de género.

Tabla 1: Resultados de Ecuador en el informe de género del Foro Económico Mundial (2016)		
Aspectos de evaluación sobre oportunidades y participación económica de hombres y mujeres	Ranking sobre 144	Distancia de la brecha. 0.00 significa reducción total de la brecha.
<i>Labour force participation</i>	114	0.62
<i>Wage equality for similar work</i>	91	0.60
<i>Estimated earned income</i>	79	0.59
<i>Legislators, senior officials, and managers</i>	65	0.45
<i>Professional and technical workers</i>	1	1.0

Elaboración propia.

Fuente: Informe de Género 2016 del Foro Económico Mundial¹⁵⁷.

Por otro lado, de acuerdo a la Encuesta Nacional de empleo, desempleo y subempleo, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, en marzo de 2017, algunos datos evidencian que aún existen en el Ecuador diferencias laborales entre hombres y mujeres. Por ejemplo:

- La tasa de empleo global se ubicó en 96,4% para los hombres y el 94,5% para las mujeres;
- La tasa de empleo adecuado/pleno se ubica en 45,3% para los hombres y 29,5% para las mujeres;
- La tasa de subempleo es de 22,57% para los hombres y el 19,5% para las mujeres;
- El desempleo corresponde a 5,5% para las mujeres y el 3,6% para los hombres;
- Los ingresos laborales en promedio para la mujer son de 277,08 USD y para el hombre es de 354,69 USD¹⁵⁸.

En este sentido nos preguntamos si es necesario identificar mayores estándares y criterios de protección para las mujeres, especialmente las madres, ya que los elementos que han sido incorporados en la normativa

¹⁵⁷ Ver el informe completo en: <http://reports.weforum.org/feature-demonstration/files/2016/10/ECU.pdf>

¹⁵⁸ Ver encuesta completa en: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2017/Marzo/032017_Presentacion_M.Laboral.pdf

ecuatoriana para la protección de la mujer y de la madre trabajadora especialmente, no han logrado, de acuerdo a los resultados de la encuesta, igualar o mejorar su condición en relación a los hombres.

No debemos olvidar el equilibrio que la mujer debe cumplir en su responsabilidad como madre, su familia y su situación laboral en mejora de su superación personal. *Estas responsabilidades familiares y las exigencias del trabajo entran en conflicto y ello contribuye de forma significativa a la situación desventajosa de la mujer en el mercado de trabajo y a la lentitud del avance hacia la igualdad de oportunidades y de trato para los hombres y las mujeres en el empleo*¹⁵⁹.

Como podemos apreciar, la protección de la madre trabajadora gira en torno al reconocimiento en el ordenamiento jurídico el fuero maternal durante las diferentes etapas relacionadas con la maternidad.

4. Principio de inamovilidad

En la sociedad existen grupos que son desfavorecidos o considerados los más débiles, los cuales necesitan protección¹⁶⁰. En el caso ecuatoriano, en la Constitución de 2008 se los denomina como los grupos de atención prioritaria, dentro de ellos se encuentran las mujeres embarazadas.

Un mecanismo para proteger a este grupo vulnerable es otorgarle estabilidad laboral. Éste ha sido un logro que han conseguido los trabajadores durante los años de lucha que les ha permitido a ciertos grupos obtener una plaza fija de trabajo. La estabilidad laboral absoluta no tiene como objetivo principal garantizar los ingresos económicos del trabajador normal, sino más bien otorgarles el privilegio a determinados trabajadores que por sus condiciones especiales son vulnerables al despido, que en la mayoría de las causas ocurren por cuestiones distintas a las que desempeña, como es el caso de las madres trabajadoras, quienes son despedidas por su condición de gestación¹⁶¹.

En ese contexto, la estabilidad laboral absoluta es reconocida como el fuero de maternidad, que impide que una mujer sea despedida cuando se encuentra en estado de gestación, y durante un determinado tiempo después del parto. El fuero de maternidad se asocia al principio de igualdad y no discriminación, según el cual ninguna persona puede ser discriminada por su condición, sexo, raza, etc.¹⁶².

¹⁵⁹ OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras...cit.*, p. 61.

¹⁶⁰ Rojas, A., "Fuero de maternidad: Garantía a la estabilidad laboral", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Colombia, n. 19, junio, 2003, pp. 126-141.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁶² En el Ecuador, su Constitución vigente establece los principios para el ejercicio de los

El principio de inamovilidad permite la estabilidad laboral absoluta, porque por ninguna circunstancia se permite que el trabajador sea separado de su cargo laboral de forma injustificada, en caso de hacerlo tiene derecho a ser reintegrado de forma inmediata¹⁶³.

Desde ese punto de vista, los grupos de trabajadores protegidos por el principio de inamovilidad y estabilidad absoluta, en el caso de ser despedidos injustificadamente, la legislación laboral ecuatoriana les otorga el recurso por despido ineficaz para que los empleadores sean obligados a reintegrarlos en sus puestos de trabajo¹⁶⁴. Para otro tipo de trabajadores está la acción por despido intempestivo.

Aunque la discusión opera respecto de los límites en los que oscila la aplicación o no del principio de inamovilidad en el despido de una mujer embarazada. Es decir, cuándo opera el despido, si éste es causa de circunstancias de trabajo o está asociado a una cuestión de discriminación.

5. Análisis histórico sobre la protección a la madre trabajadora y el despido ineficaz en el Ecuador

Previo al análisis del caso ecuatoriano, es importante mencionar brevemente el contexto latinoamericano, es así que, en las dos últimas décadas nuestra región está marcada por tres características que pudieran resultar contradictorias: 1. El incremento de la participación laboral femenina; 2. Se sigue teniendo tasas de inactividad, desocupación, o empleo de baja calidad y 3. Las mujeres se hacen cargo de forma mayoritaria del trabajo doméstico. Los factores que inciden en el primer punto son el mayor acceso a la educación, el descenso en el número de hijos, la composición de los hogares con una mayor presencia de mujeres como cabezas de familia¹⁶⁵.

La participación de la mujer en el trabajo pasó de un 44,5% en 1995 a un 52,6% en 2015, siendo uno de los factores el mayor nivel de educación y descenso de la fertilidad. Por otro lado, la diferencia entre las tasas de

derechos. Uno de los cuales señala que *“nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, etc”* (Art. 11).

¹⁶³ Cabanellas, G., *Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual*, Tomo 2, Buenos Aires, Eliasta, S.R.L., 1979.

¹⁶⁴ Código del Trabajo, 2017, art. 195, núm. 2.

¹⁶⁵ Revilla Blanco, M.L., “Desigualdades de género”, en Fernández de Soto, G. y Pérez Herrero, P. (coords.), *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo globalizado*, Madrid, Editorial Marcial Pons/C Banco de Desarrollo de América Latina/Instituto de Estudios Latinoamericanos (Universidad de Alcalá), 2013, p. 160.

desempleo entre hombres y mujeres empezó a reducirse en la década de 2000, ubicándolo en un 5,4% para los hombres y 8.1% para las mujeres en el 2015. En cuanto a la protección de la maternidad, si bien para la OIT prácticamente todos los países proporcionan formas de protección, cerca del 60% de las mujeres trabajadoras en el mundo no se benefician con el derecho a la licencia de maternidad. Por tanto, es necesario un marco de política integrado para promover el acceso de las mujeres a más y mejores empleos, además de colmar la brecha salarial entre hombres y mujeres¹⁶⁶. Los países que han ratificado el convenio de maternidad de la OIT se muestran en la siguiente tabla, además de los días de licencia por maternidad en cada uno de ellos:

Tabla 2: PAISES DE LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE QUE HAN RATIFICADO EL CONVENIO DE MATERNIDAD			
CONVENIO DE MATERNIDAD OIT	PAÍSES QUE HAN RATIFICADO EL CONVENIO	AÑO	LICENCIA POR MATERNIDAD EN SEMANAS
Número 3	Argentina	1933	12.85
	Colombia	1933	14
	Cuba	1928	22
	Nicaragua	1934	12
	Panamá	1958	14
	Venezuela	1944	26
Número 103	Bolivia	1973	12.85
	Brasil	1965	17
	Chile	1994	22
	Ecuador	1962	12
	Guatemala	1989	12
	Uruguay	1954	12
Número 183	Cuba	2004	18
	República Dominicana	2016	14
	Perú	2017	14

Elaboración propia.

Fuente: OIT NORMLEX Information System on International Labour Standards.

¹⁶⁶ OIT, *Las mujeres en el trabajo...op. cit.*, p. 20, 30, 35.

En el Ecuador la creación de la figura jurídica del despido ineficaz responde a la necesidad de proteger, en un sentido especial, a las mujeres embarazadas, que conlleva a que los derechos reproductivos de este grupo de personas sean protegidos.

Sus antecedentes, están relacionados a la participación de la mujer en los derechos de ciudadanía. Si analizamos la historia constitucional del Ecuador, nos encontramos que los derechos de ciudadanía de las mujeres fueron vedados en las primeras Cartas Magnas. Es así que, hasta la Constitución de 1884 estaban otorgados únicamente a los hombres: *Son ciudadanos los ecuatorianos VARONES que sepan leer y escribir, y hayan cumplido veintiún años, o sean o hubieren sido casados*¹⁶⁷. Las mujeres carecían de derechos y obligaciones, por lo tanto, al no ser sujetos de derecho no podían reclamar las vulneraciones que por discriminación eran objeto. En el año de 1924, Matilde Hidalgo de Procel¹⁶⁸ se convierte en la primera mujer en Latinoamérica en ejercer su derecho al voto, que si bien no tenía ningún impedimento legal en la Constitución vigente de aquella época¹⁶⁹ (Constitución de 1906), no había sido ejercido por ninguna mujer, ello debido a la costumbre arraigada en el Ecuador de considerarlo un derecho exclusivo para los hombres¹⁷⁰.

Se podría decir que la incorporación en el trabajo empieza en los años setenta bajo la influencia de organismos internacionales que celebraban la primera conferencia mundial del año de la mujer¹⁷¹.

El estado ecuatoriano incorpora el discurso de la “integración de la mujer al desarrollo” en los años 1984-88 dando inicio a varias acciones específicas, por tanto, su incorporación al trabajo se manifiesta con mayor

¹⁶⁷ Constitución Política del año 1884, Diario de la Convención Nacional de 4 de febrero de 1884, art. 9.

¹⁶⁸ La vida de Matilde Hidalgo de Procel fue trascendente en la lucha contra la discriminación de la mujer y la igualdad de derechos. Esta mujer nacida en Loja, se convirtió, luego de una ardua lucha, en la primera mujer en el Ecuador en obtener el título de bachiller, así como la primera mujer en obtener un título de médico. Derechos que en aquella época estaban otorgados únicamente a los varones. Ver su bibliografía en la obra: Estrada, J., *Una mujer Total, Matilde Hidalgo de Procel, biografía y poemario*, Loja, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2015.

¹⁶⁹ La Constitución del año 1906 señalaba que: “para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir” y “para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, y reunir las demás condiciones que, en los respectivos casos, determinan las leyes” (arts. 13 y 31).

¹⁷⁰ Estrada, Jenny, *op. cit.*, pp. 85-99.

¹⁷¹ Celebrada en México en 1975 en la que se definió un plan de acción mundial para la consecución de los objetivos del Año Internacional de la mujer y directrices para su progreso. Ver más en: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women#mexico>.

énfasis en la década de los ochenta promocionándose la imagen de la mujer trabajadora, siendo el acceso al empleo un factor clave para mejorar el status femenino¹⁷². En la Constitución de 1998 se *propicia la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándose idéntica remuneración por trabajo de igual valor*.

5.1. La protección constitucional a la madre trabajadora

La evolución de la protección constitucional¹⁷³ de la mujer trabajadora en el Ecuador, especialmente la prohibición de despido la podemos observar en la siguiente tabla. Para ello se realizó un análisis de las Constituciones del Ecuador en tres aspectos: (a) Incorporación general sobre el derecho al trabajo, (b) La protección especial a la madre trabajadora y (c) Protección de la maternidad a través de la Seguridad Social. Se otorgaron distintos niveles de protección desde (a) Ninguna, cuando no existe, (b) Incipiente, cuando solo se insinúa la protección, (c) Normativa, cuando se especifica a través de un artículo (s) la protección y (d) Eficaz, cuando existe una posibilidad judicial específica para garantizar el derecho:

<i>Constitución</i>	<i>Derecho al trabajo en general</i>	<i>Protección de la mujer / maternidad</i>	<i>Prohibición de despido a la madre trabajadora</i>	<i>Protección de la maternidad a través de la Seguridad Social</i>
1812 – 1897	Ninguna	Ninguna	Ninguna	Ninguna
1906	Incipiente	Ninguna	Ninguna	Ninguna
1929	Normativa	Incipiente	Ninguna	Ninguna
1945	Normativa	Normativa	Normativa	Normativa
1946	Normativa	Normativa	Incipiente	Ninguna

¹⁷² León, Magdalena, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁷³ En el Ecuador se han promulgado 30 Constituciones, siendo la primera la de 1812 y la vigésima la del 2008.

Tabla: 3
Protección de la mujer trabajadora en el Derecho Constitucional ecuatoriano

<i>Constitución</i>	<i>Derecho al trabajo en general</i>	<i>Protección de la mujer / maternidad</i>	<i>Prohibición de despido a la madre trabajadora</i>	<i>Protección de la maternidad a través de la Seguridad Social</i>
1967	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
1979	Normativa	Normativa	Ninguna	Normativa
1984	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
1993	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
1996	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
1997	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
1998	Normativa	Normativa	Incipiente	Normativa
2008	Eficaz	Eficaz	Eficaz	Normativa

Del análisis realizado, la protección de la mujer trabajadora de forma explícita, aparece por primera vez en la Constitución de 1945, en la que se establece además la prohibición de separarla de su trabajo¹⁷⁴.

Sin embargo, antes de lo amparado en nuestra Constitución, en la primera Codificación del Código del Trabajo expedido el 14 de noviembre de 1938 se señala que: *No podrá despedirse a ninguna mujer por motivo del embarazo, y el patrono no podrá reemplazar definitivamente a la ausente dentro del periodo de seis semanas que fija el artículo anterior. Durante ese lapso la mujer tendrá derecho a percibir el setenta y cinco por ciento de su salario*¹⁷⁵.

En las anteriores constituciones (1812 a 1929) no estaban reconocidos los derechos propios de las mujeres, peor aún los de la madre trabajadora. Es a inicios del siglo XX cuando, con el reconocimiento de los derechos

¹⁷⁴ Páguese especialmente a la madre trabajadora. A la mujer grávida no se la puede separar de su trabajo ni se le exigirán, en el lapso que fije la ley, actividades que requieran considerables esfuerzos físicos. Constitución Política del año 1945, Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945, art. 148, literal ñ.)

¹⁷⁵ Código del Trabajo, Registro Oficial N° 78 al 81 del 14 al 17 de noviembre de 1938, Art. 91.

sociales, se reconoce el derecho al trabajo. Es evidente que la conquista de los derechos de las mujeres pasa, primero, por los derechos civiles y políticos, para lograr el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.

En las siguientes constituciones (1946 a 1998) desaparece la prohibición expresa de separar a la madre trabajadora de su puesto de trabajo, sin embargo, existe la protección de la familia y maternidad y respeto a sus derechos laborales, esto lo podemos evidenciar en las Constituciones de 1946, 1967, 1996, 1997 y 1998.

Es en la Constitución de 2008, vigente hasta la actualidad, que consideramos existe una protección eficaz. Aparece nuevamente la prohibición expresa del despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos (art. 332). Es en esta constitución, que se garantiza el derecho constitucional a través de la garantía de acción de protección cuyo fin es *el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución* (art. 88).

5.2. La protección de la madre trabajadora en el Código del Trabajo ecuatoriano

En lo que corresponde a la normativa sobre la protección a la madre trabajadora, además de las reformas a la Constitución analizadas, se incluye en el Código del Trabajo importantes modificaciones, especialmente a partir de la década de los setenta y ochenta. En la siguiente tabla, se resumen las principales reformas sobre: (a) la protección a la maternidad, (b) Estabilidad laboral y (c) Indemnización por despido:

Normativa	Fecha	Protección maternidad	Estabilidad laboral	Indemnización por despido
Ley de trabajo de Mujeres y Menores y de Protección a la Maternidad	6 -10-1928	La ley prohíbe ocupar sus servicios tres semanas anteriores y tres posteriores al parto. (Licencia de	No podrá ser despedida por causa del embarazo.	No establecida

Tabla: 4 Revisión histórica reformas sobre protección a la mujer trabajadora en el Código del Trabajo ecuatoriano				
Normativa	Fecha	Protección maternidad	Estabilidad laboral	Indemnización por despido
		maternidad)		
Código del Trabajo, primera codificación.	14-11-1938	Se mantiene la prohibición de trabajo señalada en la ley anterior. (Licencia de maternidad)	No se podrá reemplazar a la mujer durante el tiempo de licencia de maternidad en este tiempo <i>recibirá el 75% de su salario.</i> Se protege a la madre trabajadora hasta <i>por 4 meses</i> por enfermedad a consecuencia del embarazo. No podrá ser objeto de despido o desahucio desde la fecha de inicio del embarazo.	No establecida
Código del Trabajo, segunda codificación.	06-11-1961	Se mantiene la prohibición de trabajo en los tiempos señalados en la ley anterior. (Licencia de maternidad)	No se podrá reemplazar a la mujer durante el tiempo de licencia de maternidad en este tiempo <i>recibirá el salario completo.</i> Se protege a la madre trabajadora hasta <i>por un año de</i>	Las infracciones de las reglas sobre el trabajo de mujeres y menores serán penadas con multa de cincuenta a quinientos sucres.

Tabla: 4				
Revisión histórica reformas sobre protección a la mujer trabajadora en el Código del Trabajo ecuatoriano				
Normativa	Fecha	Protección maternidad	Estabilidad laboral	Indemnización por despido
			<i>ausencia</i> por enfermedad a consecuencia del embarazo. No podrá ser objeto de despido o desahucio desde la fecha de inicio del embarazo	
Código del Trabajo, reformas de normas de seguridad y protección para la mujer trabajadora.	08-07-1976	Se modifica el tiempo de licencia por maternidad a <i>dos semanas anteriores y seis semanas posteriores al parto.</i>	Se mantiene la estabilidad laboral establecida anteriormente.	En caso de despido o desahucio el empleador deberá pagar una <i>indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora.</i>
Ley reformativa al Código del Trabajo	21-11-1991	Se modifica el tiempo de licencia por maternidad a <i>dos semanas anteriores y las diez semanas posteriores al parto.</i>	Se mantiene la estabilidad laboral establecida anteriormente.	Se mantiene la indemnización de un año.
Ley de amparo laboral a la mujer	06-02-1997	Se incluye en el Código del Trabajo como obligación del empleador de contratar a un porcentaje mínimo de trabajadoras (mujeres).		
		Se modifica la licencia de		

<p>Ley orgánica reformatoria al Código del Trabajo.</p>	<p>13-02-2009</p>	<p>maternidad a doce (12) semanas. Se incluyen días adicionales en los casos de nacimientos múltiples a 10 días adicionales. El padre tiene derecho a licencia con remuneración por diez días cuando el nacimiento sea por parto normal; y nacimientos múltiples o por cesárea se prolongará por cinco días más.</p>		
<p>Ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar</p>	<p>20-04-2015</p>		<p>Se establece la prohibición de despido y declaratoria de ineficaz por motivo de embarazo.</p>	<p>Si la trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo.</p>
<p>Ley Orgánica</p>		<p>Se incluye una</p>		

para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo	28-03-2016	licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos hasta por nueve (9) meses dentro de los primeros doce meses de vida del niño o niña.		
--	------------	---	--	--

Como se puede observar, si bien el Código del Trabajo ecuatoriano desde su primera codificación en 1938, tiene entre sus preceptos normas que garantizan la estabilidad laboral de la madre trabajadora, es especialmente a partir de la década de los setenta que se realizan los mayores cambios. Recordemos que el Ecuador ratificó el Convenio 103 sobre la protección a la maternidad de la OIT en el año de 1962, en el que se establecía un descanso de maternidad por doce semanas, sin embargo, no es hasta la Ley reformativa al Código del Trabajo del año de 1991 que se modifica el periodo de maternidad al tiempo sugerido por la OIT. En ese mismo año como una forma de garantizar un derecho de igualdad y evitar la discriminación del trabajo para las mujeres se incorpora como obligación de los empleadores el contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras mujeres.

Luego de las reformas mencionadas, después de más de una década, a través de la Ley orgánica reformativa al Código del Trabajo del 2009, que inician los cambios más importantes, modificándose la licencia por maternidad a doce semanas (anteriormente se establecía dos semanas antes y diez posteriores al parto) y además se incluyen días adicionales en casos de nacimientos múltiples. Una reforma interesante fue la incorporación de la licencia por paternidad.

Cabe mencionar que, el Ecuador ratificó el Convenio núm. 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, en febrero del año 2013. Su art. 8 señala que: *La responsabilidad familiar no debe constituir por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.*

Posiblemente, amparada en esa premura, la Ley orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada del trabajo, cesantía y seguro de desempleo, de 2016, agregó al Código del Trabajo una licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos, hasta por nueve meses adicionales luego de concluida la licencia por maternidad o paternidad.

La importancia de Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento

del trabajo en el hogar se analiza en el apartado siguiente.

5.3. El despido ineficaz como garantía de protección a la madre trabajadora

Luego de la revisión histórica realizada en el apartado anterior, es importante profundizar el despido ineficaz.

El concepto de despido ineficaz está asociado al concepto de despido intempestivo, es así que, a lo largo de los años se ha reconocido el despido intempestivo para los trabajadores separados arbitrariamente de sus puestos de trabajo, sin embargo, en la actualidad se justifica la creación de la figura jurídica del despido ineficaz por el reconocimiento de grupos vulnerables o de atención prioritaria¹⁷⁶.

Así el Código del Trabajo establece que *no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa de embarazo de la mujer trabajadora*¹⁷⁷. En el art. 153 del citado cuerpo legal expresa que el empleador no podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del periodo de doce semanas. Durante este tiempo tendrá derecho a recibir la remuneración completa.

Para ser sujeto activo de la acción por despido ineficaz se deben reunir las características que han sido descritas con anterioridad, esto es, reunir la condición de embarazada o estar en una condición relacionada con la maternidad. Es relevante entonces entender que cuando una mujer de las condiciones descritas se encuentra laborando o en ejercicio de las licencias legales es despedida, aquel despido es ineficaz¹⁷⁸.

Esta protección es una barrera contra la discrecionalidad del empleador. Las circunstancias que hacen vulnerable a la mujer, descritas en los apartados anteriores, son las causas que activan el despido ineficaz.

La legislación ecuatoriana ha previsto que la acción por despido ineficaz se ventile a través del procedimiento sumario¹⁷⁹. En ese sentido, el

¹⁷⁶ Chamba, M., “Principios y derechos laborales de una trabajadora: entre la Constitución y la Corte. Análisis de la sentencia N°. 009-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador”, *Foro Revista de Derecho*, UASB-Ecuador, N° 19, 2013, p. 107-127.

¹⁷⁷ Código del Trabajo, 2017, art. 153.

¹⁷⁸ Rojas, A., *op. Cit.* 130.

¹⁷⁹ Código Orgánico General de Procesos, 2017, art. 332.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento sumario. (...) 8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido

procedimiento que debe seguir la trabajadora es sencillo. Debe demandar en los 30 días posteriores a su despido injustificado, adjuntando las pruebas que acrediten su condición y la existencia de la relación laboral. Una vez presentada la demanda, se cita al empleador, se convoca a una audiencia en las próximas 48 horas¹⁸⁰. Las partes en esta audiencia pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, de lo contrario, el juez dictará sentencia.

En este procedimiento, la mujer tiene la carga de probar que se encuentra en un estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad. Lo que se hará con el certificado respectivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de un médico privado que certifique a través de un medio legal válido.

Si el juez declara la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido, y en el caso de tener remuneraciones pendientes de pago, se deberán pagar con el 10% de recargo.

La trabajadora puede decidir si continuar con la relación laboral y, en ese caso, se reintegrará a su puesto de trabajo, o no continuar con dicha relación; en este último caso, el empleador está obligado a pagar una indemnización correspondiente a un año de la remuneración que venía percibiendo, a esto se suma lo correspondiente a la indemnización general por despido intempestivo¹⁸¹.

En caso de que el trabajador se niegue a reintegrar a la trabajadora a su puesto de trabajo, luego de que se encuentre ejecutoriada la sentencia, es posible que sea condenado por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. La pena para este delito es de 1 a 3 años de privación de libertad¹⁸².

El procedimiento para sustanciar una acción por despido ineficaz responde a los principios de celeridad, en la medida en que se resuelve a partir de tres días contados desde la presentación de la demanda. El objetivo es proteger a la madre trabajadora, para que sea reintegrada inmediatamente a su puesto de trabajo.

Con lo dicho, podemos mencionar que, las reformas en el campo laboral deben apuntar hacia el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, en especial, de los grupos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En el Ecuador, las reformas planteadas a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el

ineficaz.

¹⁸⁰ Código Orgánico General de Procesos, 2017, art. 333.

¹⁸¹ Código del Trabajo, 2017, art. 188.

¹⁸² *La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.* Código Orgánico Integral Penal, 2015, art. 282.

Hogar son un avance que busca la coherencia del texto constitucional y todo el sistema normativo infra constitucional. Entre otras cosas, se garantizan medidas de protección para las mujeres embarazadas, y aquellas en condiciones asociadas a la maternidad.

6. Bibliografía

- Acevedo, D., “Género y Políticas de Protección Laboral”, *Salud de los Trabajadores*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 2012, n. 2, julio – diciembre, pp. 167-177.
- Bedoya, H., *Normas Internacional de Trabajo: Módulo de aprendizaje autodirigido plan de formación de la Rama Judicial*, Consejo Superior de la judicatura, Colombia, 2008.
- Cabanellas, G., *Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual*, Tomo 2, Buenos Aires, Eliasta, S.R.L., 1979.
- Chamba, M., “Principios y derechos laborales de una trabajadora: entre la Constitución y la Corte. Análisis de la sentencia No. 009-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador”, *Foro Revista de Derecho*, UASB-Ecuador, n. 19, 2013, p. 107-127.
- Estrada, J., *Una mujer Total, Matilde Hidalgo de Procel, biografía y poemario*, Loja, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2015.
- León, M., *Políticas neoliberales frente al trabajo femenino, Ecuador, 1984-1988*, s.l.i., Clasco, s.a.
- Osejo, L., *Protección de las mujeres trabajadoras*, Ponencia presentada en el II Encuentro de Salas Laborales de Centroamérica y República Dominicana, Antigua, Guatemala, 28 y 29 de junio del 2012.
- OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, 2ª ed., Ginebra, 2008.
- OIT, *Convenio sobre la protección de la maternidad*, 1919 (Núm. 3).
- OIT, *Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado)*, 1952 (Núm. 103).
- OIT, *Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, 1981 (Núm. 156).
- OIT, *Convenio sobre la protección de la maternidad*, 2000 (número. 183).
- OIT, *Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, 1952 (número. 102).
- OIT, *Informe mundial sobre salarios 2016/2017, la desigualdad salarial en el lugar del trabajo*, Ginebra, 2017.

- OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe VI*, 2009.
- OIT, *Las mujeres en el trabajo, tendencias 2016*, Ginebra, 2016.
- OIT, *La maternidad y paternidad en el trabajo: informe de política*, 2014.
- OIT, *Presentación resumida del informe: el empleo atípico en el mundo, retos y perspectivas*, Ginebra, 2016.
- Pulla Buele, M., *El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana*, Cuenca Ecuador, Tesis de pregrado, Universidad de Cuenca, 2016.
- Rojas, A., “Fuero de maternidad: Garantía a la estabilidad laboral”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Colombia, n. 19, junio, 2003, pp. 126-141.
- Servicio Nacional de la Mujer, *Informe Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad*, Gobierno de Chile, 2010.
- Revilla Blanco, M.L., “Desigualdades de género”, en Fernández de Soto, G. y Pérez Herrero, P. (coords.), *América Latina: sociedad, economía y seguridad en un mundo globalizado*, Madrid, Editorial Marcial Pons/C Banco de Desarrollo de América Latina/Instituto de Estudios Latinoamericanos (Universidad de Alcalá), 2013.

Web sites

- Encuesta Nacional de empleo, desempleo y subempleo, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, en marzo de 2017:
http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2017/Marzo/032017_Presentacion_M.Laboral.pdf
- Informe de Genero 2016 del Foro Económico Mundial:
<http://reports.weforum.org/feature-demonstration/files/2016/10/EQU.pdf>
- Objetivos de desarrollo sostenible:
<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

Las competencias en la gestión del empleo y su repercusión en la colaboración público-privada

José Luis LAZARO SÁNCHEZ*

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza, a partir fundamentalmente de recientes resoluciones judiciales, la competencia de las administraciones, desde un punto de vista territorial, en la gestión del empleo. Este es un ámbito de especial conflictividad, debido a que se trata de una materia que ni tiene reflejo expreso en el ordenamiento a los efectos de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni se ubica de manera nítida e íntegra en las materias que sí lo tienen. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional vuelve a analizar la materia, y en concreto determinadas disposiciones estatales que regulan un concreto programa de empleo, declarando inconstitucionales algunos de sus contenidos. Esta complejidad del modelo descentralizador sobre el que se asienta la gestión del empleo repercute en otro de sus rasgos caracterizadores, como es la colaboración público-privada entre los Servicios Públicos de Empleo y las Agencias de Colocación, aspecto sobre el que han recaído algunas resoluciones también recientes de la jurisdicción ordinaria.

Palabras clave: Empleo, competencias territoriales, Plan Prepara, Agencias de Colocación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La distribución competencial entre la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas en materia de empleo. 3. La colaboración privada en la gestión de los servicios públicos empleo. 4. El marco constitucional de competencias en materia de empleo y su incidencia en el modelo de colaboración público-privada: la sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017. 4.1. La competencia del SEPE en la gestión del programa PREPARA según la legislación de empleo. 4.2. Acerca del título competencial que faculta gestionar las ayudas económicas del plan PREPARA. 4.3. El marco constitucional de competencias en materia de empleo y su incidencia en el modelo de colaboración público-privada. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la universidad de Sevilla.

Competition over the management of employment and its impact on public-private collaboration

ABSTRACT: In the present work, the competence of the administrations, from a territorial point of view, in the management of employment is analyzed, starting fundamentally from recent judicial resolutions. This is an area of special conflict, because it is a matter that does not have an express reflection of the order for the purposes of competence distribution between the State and the Autonomous Communities, nor is it located in a clear and integral manner in the matters that they got it. A recent sentence of the Constitutional Court returns to analyze the matter, and in particular certain state provisions that regulate a concrete employment program, declaring some of its contents unconstitutional. This complexity of the decentralization model on which employment management is based has repercussions on another of its characterizing features, such as public-private collaboration between the Public Employment Services and the Employment Agencies, an aspect on which some resolutions have also fallen recent of the ordinary jurisdiction.

Key Words: Employment, Territorial Competencies, Prepared Plan, Placement Agencies.

1. Introducción

Recientes resoluciones, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional, nos han recordado que los dos ejes sobre los que descansa la gestión del empleo se condicionan mutuamente.

Como es sabido, y derivado de lo establecido en el bloque de constitucionalidad¹⁸³, se ha producido un proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas (CCAA) en la materia que caracteriza su gestión, rasgo que puede apreciarse en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE). También en la LE puede advertirse que la colaboración público-privada en la intermediación laboral y el desarrollo de las políticas activas de empleo es otro de los rasgos que caracterizan la gestión de la materia.

Ambos condicionantes determinan, por un lado, una capacidad de actuación de las CCAA que les permitan desarrollar sus competencias sobre el empleo y que, por tanto, deben ser respetadas y tenidas en cuenta por el Estado. Esto hace que, por otro lado, deban considerarse los ámbitos que a las CCAA les correspondan respecto del nivel de colaboración con la iniciativa privada en la gestión del empleo.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 100/2017, de 20 de julio de 2017, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra diversas disposiciones del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero¹⁸⁴, por el que se prorrogó el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas (programa PREPARA).

Entre otros aspectos, la parte reclamante resalta que el artículo 2 del Real Decreto-ley 1/2011, origen del citado Programa, dispone que la competencia de programación y gestión de las medidas de política activa de empleo de este programa corresponde a los servicios públicos de empleo autonómicos, mientras que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) la concesión y pago de las ayudas económicas de acompañamiento. Sin embargo, añadía el recurso, la gestión directa por el Estado de esta función, realizada en virtud de lo dispuesto en el artículo

¹⁸³ El modelo territorial del Estado ha de buscarse no sólo en lo dispuesto en la Constitución sino también en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. Al respecto, Aja, E., "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *RCEC*, n. 4, 1989.

¹⁸⁴ BOE de 26 de enero.

13 e) de la, entonces, Ley 56/2003, de empleo, cuyo apartado cuarto fue añadido precisamente por el propio Real Decreto-ley 1/2011, no encontraba justificación suficientemente, y era contrario a las competencias de la Comunidad Autónoma recurrente.

Por otro lado, diversas resoluciones de la jurisdicción Contencioso-Administrativa han resuelto aspectos relacionados con los efectos del modelo de gestión descentralizada del empleo; en concreto, los que tienen que ver con la colaboración de la iniciativa privada en la gestión de los Servicios Públicos de Empleo. La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en sentencia de 26 de julio de 2017, se pronuncia sobre estos aspectos, tras algunas resoluciones previas, a las que también se hará referencia, que venían cuestionando la repercusión en las CCAA de que tal colaboración se haya articulado a nivel estatal.

2. La distribución competencial entre la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas en materia de empleo

Como decimos, el modelo de gestión de la política de empleo se caracteriza, entre otros rasgos, porque en su gestión participan tanto las CCAA como la Administración General del Estado.

En principio, ello se ha articulado a partir de las competencias asumidas por las primeras tras recibir las transferencias en materia de empleo, que, de conformidad con los Reales Decretos en los que las mismas se han materializado, se han concretado en cinco áreas: intermediación en el mercado de trabajo, gestión y control de políticas de empleo, centros nacionales de formación profesional ocupacional, comisiones ejecutivas provinciales y de seguimiento de la contratación laboral, y potestad sancionadora.

Esas transferencias se producen en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.7ª de la Constitución (CE), aunque también al amparo de otras normas constitucionales, como revelan los mencionados Reales Decretos¹⁸⁵. Y ello, porque el empleo es materia difícil desde la perspectiva de su encaje en el diseño constitucional de la distribución de

¹⁸⁵ Esto puede verse, por ejemplo, en el último de los promulgados, con ocasión del traspaso de competencias al País Vasco, Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 2010), en cuyo anexo, y en concreto en el apartado relativo a normas constitucionales y estatutarias que amparan el traspaso, se citan junto al citado precepto, y al margen de los del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad, los arts. 149.1.13ª y 149.1.30ª.

competencias, complicación derivada de la ausencia expresa a la misma en la división competencial que la CE realiza, y a que pertenecen a su ámbito materias sí mencionadas en tal marco constitucional pero con diferente ubicación, aspectos estos que ya tuvimos ocasión de analizar¹⁸⁶. La propia sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017 lo pone de manifiesto al señalar que “en pronunciamientos anteriores este Tribunal ha puesto de relieve la vinculación de la materia de empleo con los títulos competenciales reconocidos en los artículos 149.1.7 y 149.1.13 CE (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2014, de 13 de febrero, 179/2016, de 20 de octubre)”.

Derivado de lo anterior, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), señala que con carácter general el plano de la gestión corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la gestión y control de las prestaciones por desempleo, mientras que corresponde a las CCAA, en su ámbito territorial, el desarrollo de la política de empleo, el fomento del empleo y la ejecución de la legislación laboral y de los programas y medidas que les hayan sido transferidos.

De manera más precisa, el art. 18 LE describe las competencias del SEPE, – definido previamente en el art. 16 como el organismo autónomo de la Administración General del Estado al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo – entre las que figura, además de la gestión y el control de las prestaciones por desempleo, la gestión de los servicios y programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos, programas y servicios que detalla.

Las razones de que el SEPE los gestione se encuentran, según los casos, en que su ejecución afecta a todo el territorio nacional o a un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma, que exijan la movilidad geográfica de los participantes a otras CCAA, que sea necesario la coordinación unificada, o que se desarrollen en el marco de planes, estrategias o programas de ámbito estatal, y ejecución de obras y servicios de interés general y social relativos a competencias exclusivas del Estado. En algún caso, la razón reside en los destinatarios, caso de los trabajadores inmigrantes y de las acciones realizadas en sus países de origen, al objeto de facilitar la ordenación de los flujos migratorios.

Al margen de las consideraciones que merece realizar sobre estas competencias de gestión que el SEPE desarrolla al margen de las

¹⁸⁶ Lázaro Sánchez, J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL y Mergablum, 2003, pp. 271 y ss.

prestaciones por desempleo, cuestión a la que regresaremos, es evidente que la Administración General del Estado no sólo gestiona la política pasiva de empleo, lo que introduce un matiz importante a una posible conclusión apresurada del esquema general de competencias entre las administraciones descrito en el art. 3 LE.

En este sentido, también hay que tener en cuenta que las administraciones autonómicas no han quedado excluidas de todo lo concerniente con la gestión de las prestaciones de desempleo. En este sentido, pueden verse los convenios de colaboración que las CCAA han firmado con la Administración General del Estado a fin de coordinar la actuación de ambas administraciones en este terreno.

3. La colaboración privada en la gestión de los servicios públicos empleo

Como la doctrina ha apuntado¹⁸⁷, los mecanismos de colaboración público-privada en el mercado de trabajo se han extendido en los últimos años, llegando a lo que ha sido históricamente el núcleo de la actividad pública en este terreno, la intermediación.

Dejando al margen los precedentes que deben ser considerados al respecto – para los que me remito a la cita recién realizada –, en el texto de la LE, dicha colaboración figura como uno de los fines del Sistema Nacional de Empleo, como puede verse en el art. 7.1 h), en el que si bien se potencian los servicios públicos de empleo, también se favorece la colaboración público-privada en la intermediación laboral y el desarrollo de las políticas activas de empleo.

Derivado de ello, y tras señalar el art. 13 que los Servicios Públicos de Empleo son los responsables de asumir la ejecución de las políticas activas de empleo, se apunta a la colaboración con otras entidades en tal función. Según este precepto, ello se llevará a cabo bajo la coordinación de los citados Servicios Públicos, se articulará en función de criterios objetivos de eficacia, calidad y especialización en la prestación del servicio encomendado, y exigirá de tales entidades el respeto a los principios de igualdad y no discriminación.

Y es en el artículo 33.5. LE donde se concreta que la colaboración se apoyará en la figura de las agencias de colocación, remitiéndose el precepto al instrumento jurídico en que se articule la relación entre éstas y

¹⁸⁷ Rodríguez-Piñero Royo, M.C., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, n. 125, 2014.

los Servicios Públicos los términos en los que la misma se desarrolle. No obstante, se apunta ya como contenido expreso del acuerdo de colaboración lo relacionado con los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, cuestiones estas que se abordan con carácter general en el capítulo IV del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación¹⁸⁸.

A la colaboración público-privada vienen refiriéndose también los instrumentos a través de los que se coordina el Sistema Nacional de Empleo¹⁸⁹, – art. 9 LE –, caso de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo.

En el Plan Anual de Política de Empleo para 2013, se apuntaba ya a la colaboración público privada a través de un Acuerdo Marco, en concreto, en el Eje 6, relativo a la “mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo”, se preveían un total de 43 acciones y medidas, entre las que se encontraba la formalización conjunta del Acuerdo Marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral.

En este punto, debe reseñarse la aprobación del RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo¹⁹⁰, y por el que, entre otras cosas, se modificó la Ley de Contratos del Sector Público, permitiendo la celebración de acuerdos marco, entre el SEPE y los correspondientes servicios autonómicos con las agencias de colocación, para la prestación de servicios de intermediación¹⁹¹.

¹⁸⁸ BOE de 31 de diciembre.

¹⁸⁹ El art. 6 LE lo define como el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo, a la vez que señala que está integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas.

¹⁹⁰ BOE de 23 de febrero.

¹⁹¹ El RDL introdujo una nueva Disposición Adicional trigésima segunda al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, en virtud de la cual, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos de contratación competentes de las Comunidades Autónomas, así como de las entidades y organismos dependientes de ellas e integrados en el Sistema Nacional de Empleo, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse todos los contratos de servicios para facilitar a los Servicios Públicos de Empleo la intermediación laboral y que se pretendan adjudicar durante un período determinado. Sobre esta norma, Fernández López, M.F. y Calvo Gallego, J. (coords.), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2013.

El referido Acuerdo se publicó por Resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de agosto de 2013¹⁹², por la que se anunció licitación de un acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas, y en el mismo, además de otros datos, se definía que el ámbito geográfico de aplicación del acuerdo marco será todo el territorio nacional.

Destaca Rodríguez-Piñero Royo¹⁹³ que la nota de prensa del Gobierno sobre dicho anuncio aportaba alguna indicación interesante sobre este anuncio, indicándose que éste supone el establecimiento de una base homogénea de condiciones técnicas y económicas para la colaboración con las agencias, un conjunto de reglas básicas comunes que priman la eficiencia y eficacia en la inserción laboral, a las que se deberán ajustar los contratos que, sobre esta base, realicen los Servicios Públicos de Empleo.

Del Acuerdo, resaltamos, en atención al objeto de este comentario, que se habilita al SEPE para poner en práctica una serie de acciones y medidas que le son atribuidas por el artículo 13 apartado h) LE. También, que los SPE autonómicos podrán aplicarlo si son partícipes del mismo, para lo cual deberán firmar un convenio de colaboración con el SEPE, tras lo cual podrán utilizarlo para contratar servicios de inserción con agencias de colocación de sus territorios.

Tal como expone Rodríguez-Piñero Royo¹⁹⁴, se presentaron más de 200 entidades, lo que originó un problema organizativo que retrasó la adjudicación, proceso en el que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social dejó a numerosas empresas y entidades fuera del procedimiento por entender que incumplían las condiciones establecidas. Esto motivó que la Asociación Nacional de Agencias de Colocación planteara diversos recursos por entender que se habían producido irregularidades, lo que retrasó el proceso durante meses¹⁹⁵.

Finalmente, el 24 de junio de 2014 se publicó en el BOE el anuncio de formalización de los contratos de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal en desarrollo del Acuerdo Marco con agencias de colocación. En el mismo, se contiene una relación de 80 entidades que

¹⁹² BOE de 13 de agosto.

¹⁹³ *Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español*, *op. cit.*

¹⁹⁴ *Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español*, *op. cit.*

¹⁹⁵ Avatares todos ellos comentados por Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, quien apunta que a finales de 2013 el Ministerio de Hacienda resolvió los recursos, dándole la razón a los recurrentes; en concreto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el que anuló la decisión del SEPE que había dejado fuera a numerosas agencias de colocación de pequeñas dimensiones del concurso.

han sido seleccionadas para celebrar contratos con los Servicios Públicos de Empleo de las 14 CCAA que han suscrito el Acuerdo Marco¹⁹⁶.

Y a la colaboración público-privada siguen refiriéndose los referidos instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo.

Respecto del primero de ellos, aprobada por el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016¹⁹⁷, en su preámbulo señala que la Estrategia es coherente con la Recomendación del 8 de julio de 2013 del Consejo de la UE a España de realizar una reforma de las políticas activas de mercado de trabajo, que entre otras cosas, recomienda acelerar la aplicación de la colaboración público-privada en los servicios de colocación. De ahí que, en el Eje 6 – Mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo –¹⁹⁸ se recoja entre los objetivos estructurales el de impulsar la colaboración público-privada.

Y de manera más concreta, la Estrategia apunta, dentro de los que denomina elementos vertebrados¹⁹⁹, al Acuerdo Marco con agencias de colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo, sobre el que se apunta que servirá de arquitectura común para coordinar los proyectos de colaboración público-privada en intermediación laboral de todos los Servicios Públicos de Empleo que voluntariamente se han adherido a él, así como del Servicio Público de Empleo Estatal, en sus respectivos ámbitos competenciales.

En cuanto al segundo de los instrumentos citados, aprobado por

¹⁹⁶ Las CCAA que han formalizado su voluntad de participación, mediante la firma de los correspondientes convenios, son Aragón, Asturias, Illes Balears, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, la Región de Murcia, la Comunitat Valenciana y la Comunidad Foral de Navarra. Sobre el acuerdo, además de la bibliografía citada, puede consultarse Ballester Pastor, I., *Ajustes estructurales y asunción de compromisos internacionales en la reforma de la reglamentación de las agencias de colocación*, Relaciones Laborales n. 3, 2014.

¹⁹⁷ BOE de 23 de septiembre.

¹⁹⁸ La Estrategia Española de Activación para el Empleo se articula en torno a seis Ejes, descritos en el art. 10.4 LE, y en los que se integrarán los objetivos en materia de políticas de activación para el empleo y el conjunto de los servicios y programas desarrollados por los servicios públicos de empleo. Este Eje 6 se configura con carácter transversal, y recoge las actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo y el impulso a su modernización.

¹⁹⁹ Se alude a ellos como instrumentos que refuerzan la capacidad de los agentes del Sistema Nacional de Empleo para alcanzar sus objetivos, que son plenamente respetuosos con el marco competencial en materia de políticas de activación para el empleo y a la vez son reflejo de las posibilidades que ofrece la colaboración reforzada que se ha puesto en marcha en los últimos años.

Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016²⁰⁰, se apunta a que se han desarrollado importantes medidas, entre otras, en el ámbito de la colaboración público-privada en intermediación laboral. A la vez, dentro de los programas y servicios propuestos por las CCAA y el SEPE para su inclusión en el Plan – un total de 530 servicios y programas distintos para el conjunto de los 6 Ejes –, dentro del Eje 1, Orientación, se incluye, con la referencia PC00002, Programas de colaboración con agencias de colocación.

4. El marco constitucional de competencias en materia de empleo y su incidencia en el modelo de colaboración público-privada: la sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017

Como avanzamos, en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 100/2017, de 20 de julio de 2017, por el que se resuelve el recurso de interpuesto por el Gobierno Vasco en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, se analiza, entre otros aspectos controvertidos, caso de la utilización de la figura del Real Decreto-ley, la constitucionalidad de la atribución que éste hace a la Administración General del Estado para el reconocimiento, concesión y pago de las ayudas de acompañamiento del programa que es su objeto, el “Plan Prepara”.

El plan o programa Prepara fue regulado inicialmente por el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero²⁰¹, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional, disposición que debido a su naturaleza temporal, fue prorrogado después por los Reales Decretos-leyes 10/2011, 20/2011, 23/2012 y 1/2013, siendo esta última prórroga la recurrida por inconstitucionalidad²⁰².

En el art. 2 de este Real Decreto-ley se describe el Programa como específico y de carácter nacional, así como su contenido, que incluye medidas de política activa de empleo y ayudas económicas de acompañamiento, así como su naturaleza temporal, con una duración de seis meses desde su entrada en vigor. Asimismo, se precisa que los

²⁰⁰ BOE de 31 de agosto.

²⁰¹ BOE de 12 de febrero.

²⁰² Recientemente, se ha promulgado otra prórroga a través del Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre, (BOE de 7 de octubre) por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional.

Servicios Públicos de Empleo programarían y gestionarían las medidas de política activa de empleo de este programa, y el SEPE sería el encargado de la concesión y pago de las ayudas económicas de acompañamiento, lo que haría en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.e) 4.º de la Ley 56/2003. Por otra parte, su disposición final primera – Título competencial – señalaba que el Real Decreto-ley se dictaba al amparo de los títulos competenciales previstos en el artículo 149.1 de la Constitución, en sus apartados 7ª y 17ª.

El Real Decreto-ley 1/2013 prorrogó el programa Prepara, con efectos desde el 16 de febrero de 2013 hasta el 15 de agosto de 2013²⁰³, lo que hace reiterando en su art. 1 su naturaleza de programa específico de carácter nacional y haciéndolo – disposición final quinta – sobre el mismo título competencial; esto es, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.ª y 17.ª CE, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre las materias de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, respectivamente.

4.1. La competencia del SEPE en la gestión del programa PREPARA según la legislación de empleo

Apuntamos antes que de la LE no cabe concluir que en materia de empleo a la Administración General del Estado, a través del SEPE, le corresponda sólo la gestión de las prestaciones por desempleo, ya que aun siendo éste su principal ámbito de competencias tras el proceso descentralizador hacia las CCAA, aquélla gestiona algunos programas tal como refleja el art. 18 del citado cuerpo legal.

Este precepto fue introducido en el texto de la entonces Ley 56/2003, de empleo, Ley que en su redacción original señalaba – art. 13 e) – que las competencias del SEPE abarcaban la gestión de programas financiados con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos, programas que se limitaban a tres:

- aquellos cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una

²⁰³ No obstante, la Disposición Adicional segunda preveía la prórroga automática del programa por períodos de seis meses, a partir del 16 de agosto de 2013, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20% según la última Encuesta de Población Activa publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga y se reúnan, dentro del período prorrogado que corresponda, los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, que es la norma “precedente”, la que había prorrogado el Programa con anterioridad al propio RD-ley 1/2013.

Comunidad Autónoma, cuando éstos exijan la movilidad geográfica de los desempleados o trabajadores participantes en los mismos a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya y precisen de una coordinación unificada.

- los de mejora de la ocupación de los demandantes de empleo mediante la colaboración del SEPE con órganos de la Administración General del Estado, o sus organismos autónomos, para la realización de acciones formativas y ejecución de obras y servicios de interés general y social relativas a competencias exclusivas del Estado

- y los de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes, realizados en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios.

El reiterado Real Decreto-ley 1/2011 añadió un cuarto tipo de programas, los que se “establezcan con carácter excepcional y duración determinada, cuya ejecución afecte a todo el territorio nacional, siendo imprescindible su gestión centralizada a los efectos de garantizar la efectividad de los mismos, así como idénticas posibilidades de obtención y disfrute a todos los potenciales beneficiarios”. Y así permaneció el precepto²⁰⁴ hasta la derogación de la Ley 56/2003 por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), que regula este aspecto en el art. 18.

En la actualidad, este precepto refleja que el SEPE gestiona hasta cinco programas²⁰⁵. El primero, se corresponde con el que anteriormente hemos

²⁰⁴ No obstante, ha de apuntarse que el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, lo reordenó, pasando a ser el apartado h) el que contenía los programas gestionados por el SEPE.

²⁰⁵ 1.º Servicios y programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma, cuando estos exijan la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en las mismas a otra comunidad autónoma, distinta a la suya, o a otro país y precisen de una coordinación unificada. 2.º Programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma sin que implique la movilidad geográfica de los desempleados o trabajadores participantes en los mismos, cuando precisen una coordinación unificada y previo acuerdo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las comunidades autónomas en las que vayan a ejecutarse los citados programas. 3.º Servicios y programas dirigidos tanto a las personas demandantes de empleo como a las personas ocupadas, para la mejora de su ocupación mediante la colaboración del Servicio Público de Empleo Estatal con órganos de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos, para la realización de acciones formativas, entre otras, aquellas que tengan como objetivo la generación de empleo de calidad y la mejora de oportunidades de las personas trabajadoras, en particular cuando se desarrollen en el marco de planes, estrategias o programas de ámbito estatal, y ejecución de obras y servicios de interés general y social relativos a

descrito también en primer lugar, correspondencia que igualmente existe respecto de los programas destinados a los trabajadores inmigrantes así como con los introducidos por el Real Decreto-ley 1/2011, los de carácter excepcional y duración determinada.

Donde se aprecia algún cambio respecto de la regulación precedente es en el segundo de los contemplados el vigente texto legal, programa similar al primero de los que componen el art. 18 h) con la diferencia de la no necesidad de movilidad geográfica de los participantes. También lo hay en el incluido ahora en tercer lugar, similar al que antes figuraba en segundo lugar, aunque más desarrollado que entonces.

En cualquier caso, puede decirse que se ha ampliado el número de programas que gestiona el SEPE desde la redacción original de la Ley de Empleo, la Ley 56/2003, aunque sin grandes cambios entre ésta, al menos, desde la reforma introducida en la misma en 2011, y la actual LE.

Como venimos diciendo, el Gobierno del País Vasco entendió que la aplicación del entonces art. 13 h), 4 de la Ley 56/2003, – actual art. 18 h), 5 LE –, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 1/2011, no contenía una justificación adecuada de la asunción por el Estado de la gestión directa de la subvención, ya que a juicio de esta parte, no basta con apoyarse, sin más, en tal precepto debiendo justificarse la excepcionalidad del programa y la necesidad de que su gestión sea centralizada.

A mayor abundamiento, considera esta parte que la pretendida excepcionalidad, motivada en la grave crisis económica, y la naturaleza temporal, justificada en la duración por seis meses del Programa, no son argumentos suficientes para reservar la competencia en favor del SEPE. En este sentido, alega que los antecedentes normativos del Real Decreto-ley 1/2013 – las sucesivas prórrogas del Real Decreto-ley 1/2011 – ponen en cuestión una verdadera situación excepcional, y menos aún que la misma sea extraordinaria y urgente como para que la medida se adopte a través de un Real Decreto-ley, en atención a los requisitos que al respecto exige el art. 86 de la Constitución. Y resalta que la previsión contenida en la disposición recurrida – Real Decreto-ley 1/2013 –, acerca de la prórroga automática del programa por períodos de seis meses, siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20%, revela lo inadecuado de la

competencias exclusivas del Estado. 4.º Servicios y programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores inmigrantes, realizadas en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios. 5.º Programas que se establezcan con carácter excepcional y duración determinada, cuya ejecución afecte a todo el territorio nacional, siendo imprescindible su gestión centralizada a los efectos de garantizar la efectividad de las mismas, así como idénticas posibilidades de obtención y disfrute a todos los potenciales beneficiarios.

utilización por el Gobierno del Estado de este instrumento normativo excepcional.

El parecer del Abogado del Estado sobre estos motivos de inconstitucionalidad alegados, comienza por señalar que la gestión centralizada de las ayudas que instrumenta el Plan no se establece en el Real Decreto-ley 1/2013, sino en el Real Decreto-ley 1/2011, por lo que debiera haberse recurrido éste, y, por tanto, considera extemporánea la impugnación a través del recurso de inconstitucionalidad de las previsiones reguladoras del Plan realizadas por el Real Decreto-ley 1/2013. Al margen de ello, argumenta la representación del Estado que la situación del mercado de trabajo determinaba la adopción de las medidas adoptadas, y en la forma en la que se llevaron a cabo, en tanto las mismas, tienen carácter excepcional, su adopción es inaplazable, y por tanto, se dan las razones de extraordinaria y urgente necesidad debido, además, a la finalización, el 15 de febrero de 2013, de la vigencia del Plan.

Y el Tribunal Constitucional sobre estas cuestiones razona en su sentencia 100/2017, recordando, en primer lugar, su doctrina sobre el principio de indisponibilidad de las competencias, conforme al cual “en el campo de los conflictos constitucionales la no impugnación de una disposición general por el Estado o la Comunidad Autónoma cuyas competencias hayan podido verse afectadas no implica en modo alguno la imposibilidad de instar el conflicto sobre el mismo objeto en relación con cualquier disposición, acto o resolución posterior, aun cuando sea mera reproducción, ampliación, modificación, confirmación o aplicación de aquélla”²⁰⁶. Además, y al margen de que la norma impugnada, fruto de sus prórrogas, se encuentra plenamente vigente en el momento en el que el Tribunal adopta su resolución, éste recuerda su doctrina (STC 43/2017, de 27 de abril) acerca del control de constitucionalidad de normas de vigencia temporal limitada, como es el caso. Y al respecto apunta que ello “no puede sin más determinar la desaparición del objeto de los recursos de inconstitucionalidad contra ellas interpuestos, si, como ocurre en el presente caso, las tachas de inconstitucionalidad aducidas versan sobre el instrumento normativo utilizado o bien afectan al orden constitucional de competencias”. Precisamente, este orden constituye el núcleo central del recurso, aspecto al que pasamos seguidamente.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1982, de 24 de mayo, y 216/2016, de 15 de diciembre.

4.2. Acerca del título competencial que faculta gestionar las ayudas económicas del plan PREPARA

El recurso de inconstitucionalidad también alega la «infracción del artículo 12.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), en relación con el artículo 149.1.7 y 17 de la Constitución.

En este sentido, estima esta parte que, desde su origen en el Real Decreto-ley 1/2011, la ayuda económica de acompañamiento es calificada por la norma como una subvención, ajena por tanto al sistema de la Seguridad Social, por lo que la mención al artículo 149.1.17 CE no es ajustada a Derecho. Asimismo entiende esta parte que tampoco dicha ayuda económica de acompañamiento se encuadra en la competencia estatal sobre planificación general de la actividad económica contemplada en el artículo 149.1.13 CE.

En consecuencia, concluye, el denominado plan Prepara – tanto las medidas de política activa como la ayuda económica de acompañamiento – se configura como una actividad encuadrada en la materia laboral, en concreto en el ámbito de las acciones ejecutivas de las políticas activas de fomento del empleo, dictada al amparo del título competencial contemplado en el artículo 149.1.7 CE. Y en consonancia con lo dispuesto en este precepto constitucional, y en el artículo 12.2 EAPV, a esta Comunidad Autónoma le correspondería la ejecución de la legislación del Estado.

Y en particular, por lo que se refiere el reconocimiento, concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento contemplada en el programa Prepara, el Gobierno del País Vasco entiende que al ser una ayuda a la que la normativa atribuye la naturaleza de subvención debe enmarcarse dentro de lo que es ejecución de la legislación laboral – art. 149.7ª –, y no en los supuestos en los que la doctrina constitucional admite de forma excepcional la gestión de las subvenciones por el Estado en ámbitos cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas.

El Abogado del Estado está de acuerdo con el encuadramiento competencial del plan Prepara dentro de la materia legislación laboral (art. 149.1.7 CE), pero entiende que la gestión centralizada de las ayudas, configuradas en el Real Decreto-ley 1/2011 como subvenciones, se justifica tanto en apoyo de la competencia sobre legislación laboral que, con carácter excepcional como sucede en este caso, justifica la adopción de medidas ejecutivas por el Estado, como por la doctrina sobre la gestión de las subvenciones establecida en la STC 13/1992.

Apoyándose en ésta, la representación del Gobierno estatal considera que el Estado ostenta algún título competencial genérico o específico sobre la

materia, lo que sucede en el supuesto al tener el Estado la competencia exclusiva en materia normativa en virtud del artículo 149.1.7 CE. Por otra parte, argumenta que la atribución al SEPE de la gestión de esta subvención resulta imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, punto este asimilable a los requisitos del punto 4 del artículo 13 h) de la Ley de Empleo.

Hay, pues, coincidencia entre las partes respecto del encuadre competencial de la controversia planteada, que ambas sitúan en la materia de legislación laboral, o lo que es igual en el art. 149.1,7^a, lo que determinaría que la función legislativa sobre este Plan sería ejercida a nivel estatal, mientras que su ejecución sería a nivel autonómico.

No obstante, las posturas de ambas difieren en lo que refiere a la extensión de la función ejecutiva respecto del plan Prepara, divergencia en concreto sobre la gestión de las ayudas económicas que este Plan contempla. En este aspecto, el Gobierno del País Vasco no entiende que exista excepción alguna en el esquema que se desprende del art. 149.1,7^a CE, mientras que para la Administración General del Estado sí se dan las circunstancias excepcionales que sustraerían a dicha Comunidad Autónoma la gestión de la referida faceta del Plan.

Lo que está claro es que la controversia no gira respecto de las competencias de gestión sobre el Plan en su conjunto, sino sobre las que corresponden a ambas administraciones respecto de una parte del mismo; así lo subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos, que precisa que el conflicto competencial se circunscribe a la referida ayuda económica de acompañamiento.

Y aunque volveremos sobre la cuestión, cabe apuntar por el momento que esta delimitación es consustancial a toda la materia, por cuanto el empleo, desde el punto de vista de los títulos competenciales reconocidos en la CE, ni tiene un encaje concreto ni único, sino que puede ubicarse en diversos preceptos. Esto determina que la actuación de las administraciones desarrollen en la materia no se articulen siempre bajo los mismos parámetros constitucionales en torno a los cuales se configura el reparto de materias y funciones entre ellas, sino que ello depende de la faceta concreta que en cada caso se trate.

Sentado lo anterior, el Tribunal señala que la disposición final quinta del Real Decreto-ley 1/2013 indica que éste se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7 y 17 CE, pero recuerda su doctrina conforme a la cual le corresponde en todo caso identificar finalmente el título competencial concreto que ofrezca cobertura a los preceptos impugnados,

sin que en dicha tarea se encuentre vinculado por “las incardinaciones competenciales contenidas en las normas sometidas a su enjuiciamiento” (STC 144/1985, de 25 de abril), ni tampoco “por el encuadramiento competencial que realicen las partes en el proceso” (por todas, STC 74/2014, de 8 de mayo).

A partir de los presupuestos sobre los que el Tribunal realiza la operación de identificación del título competencial en cuestión, el Constitucional concluye que la referida ayuda económica de acompañamiento debe ser encuadrada en la materia de empleo. Y a tal conclusión llega a través de una serie de consideraciones – contenidas en el fundamento jurídico 5º, apartado b) –, que pueden resumirse en la idea de que la ayuda en cuestión forma parte de un programa para el empleo, dirigido, por un lado, a paliar una situación real de necesidad y, por otro, reincorporar al mercado laboral a sus beneficiarios, vertientes que se integran en un mismo programa, que califica expresamente de unitario.

Esta conclusión resulta controvertida por cuanto, como acabamos de comentar, ésta es una materia que ni tiene reconocimiento expreso en los preceptos constitucionales que ordenan la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, ni tampoco puede ubicarse íntegramente en alguno de ellos. En este sentido, el propio Tribunal reconoce de inmediato tras la conclusión anterior, y con apoyo en su doctrina contenida en sentencias anteriores²⁰⁷, que la materia empleo, desde el punto de vista de los títulos competenciales reconocidos en la Constitución, no tiene un encaje único, y que puede ubicarse en los artículos 149.1.7 y 149.1.13 CE.

Y dentro de estos títulos, el Tribunal considera que en este caso, la ayuda económica de acompañamiento prevista en el Plan Prepara se incardina en la materia de fomento del empleo vinculada al artículo 149.1.13 CE, más que en la materia de legislación laboral que es objeto del artículo 149.1.7 CE. Considera el Tribunal, que esta última se ciñe a la regulación de la relación laboral, y que “la movilización de recursos financieros destinados a regular el mercado laboral y el pleno empleo concierne a ámbitos que no se limitan a lo que se viene entendiendo como régimen o materia laboral, aunque guarden conexión con ésta”, sino que se trata “de medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, dando cumplimiento a la directriz contenida en el artículo 40.1 in fine CE, y que tienen tras de sí el respaldo competencial del artículo 149.1.13 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (STC 22/2014, de 13 de febrero, y 95/2002, de 25 de abril).

²⁰⁷ Cita las sentencias 22/2014, de 13 de febrero, y 179/2016, de 20 de octubre.

Llama la atención que entre los preceptos competenciales que pudieran aplicarse al supuesto en cuestión no se considere el artículo 149.1.17^a – legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social –, a pesar de que este precepto sea uno de los citados como título competencial por la normativa controvertida. Sólo en su parte final la sentencia – fundamento jurídico 8, b) –, se refiere a dicho precepto para aludir a la impugnación de la disposición final quinta del Real Decreto-ley 1/2013, que señala que éste se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7 y 17 CE.

Razona el Tribunal al respecto señalando que “la eventual adecuación que estos títulos competenciales pudieran en su caso presentar respecto a otras previsiones del citado Real Decreto-ley no controvertidas en el presente procedimiento”, añadiendo que cuando se impugna la norma que enuncia los títulos competenciales a cuyo amparo ha dictado el Estado los preceptos recurridos, dicha impugnación ha de resolverse en consonancia con las conclusiones alcanzadas en el examen de aquellos, “sin que sea necesario un pronunciamiento expreso y genérico, por cuanto el Gobierno autonómico recurrente ya lo ha obtenido en relación a cada uno de los preceptos impugnados y ello se proyecta sobre esta concreta disposición”.

En cambio, en el voto particular formulado a la Sentencia por el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar, al que se adhiere el Presidente, don Juan José González Rivas, incide de manera especial en dicho artículo. Hasta el punto de alcanzar la conclusión de que la concesión y pago de las ayudas económicas de referencia corresponden al Estado (y específicamente al Servicio Público de Empleo Estatal), en cuanto que constituyen actuaciones de ejecución incluidas, ex artículo 149.1.17 CE, en la rúbrica régimen económico de la Seguridad Social²⁰⁸.

Regresando de nuevo a la delimitación realizada por el Tribunal a favor de la ubicación de la ayuda controvertida en el art. 149.1.13^a CE, ello supone que el Estado tiene la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral. Por su parte, de acuerdo con el artículo 10.25 EAPV, la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de “promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad

²⁰⁸ El voto particular concluye que la concesión y pago de las ayudas económicas de referencia corresponden al Estado (y específicamente al SEPE), en cuanto que constituyen actuaciones de ejecución incluidas, ex artículo 149.1.17 CE, en la rúbrica «régimen económico de la Seguridad Social». Por tanto, a juicio de los magistrados que lo formularon, el recurso debió desestimarse, contrariamente a lo decidido por la sentencia que lo ha resuelto.

económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía”.

En definitiva, y conforme al encuadramiento constitucional realizado, los aspectos centrales o esenciales del régimen subvencional – entre los que se encuentran el objeto y finalidad de las ayudas, su modalidad técnica y los requisitos esenciales de acceso – pueden ser regulados por el Estado en ejercicio de su competencia ex artículo 149.1.13 CE²⁰⁹.

Ahora bien, que la competencia sobre las ayudas económicas previstas en el Plan prepara resida en el artículo 149.1.13 CE, no resuelve la función que a cada Administración corresponda en este asunto. En este sentido, el Tribunal considera que según su doctrina (SSTC 13/1992, de 6 de febrero y 244/2012, de 18 de diciembre), que, a pesar de que las CCAA tengan competencias, incluso exclusivas, sobre la materia en que recaen las subvenciones o ayudas públicas, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u organismo dependiente de esta, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los presupuestos generales del Estado, si bien ello depende de que tal centralización sea imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute.

A juicio de la parte recurrente en el caso que nos ocupa no concurren las indicadas circunstancias que justificarían el recurso a la excepcional gestión centralizada de las ayudas, mientras que para el Abogado del Estado la gestión centralizada de la ayuda económica resulta imprescindible a los efectos de garantizar su efectividad e iguales posibilidades de obtención y disfrute a sus destinatarios en todo el territorio nacional.

Argumenta al respecto esta parte que el carácter supraterritorial de la competencia es uno de los motivos que permite la gestión centralizada de las subvenciones, en tanto que los beneficiarios, en su actividad de búsqueda de empleo, pueden modificar en cualquier momento su domicilio dentro del territorio nacional, de modo que, en tal caso, el País Vasco no puede garantizar el pago puntual de las ayudas ya que no puede conocer si aquellos están desarrollando satisfactoriamente el itinerario personalizado de inserción en otra Comunidad Autónoma. A su vez, aduce que la gestión centralizada asegura que ningún tipo de dificultad financiera ponga en riesgo el abono en tiempo y forma de las ayudas a sus beneficiarios, evitando así diferencias según el territorio en que se encuentren; en definitiva, que asegure la igualdad de condiciones de todos

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2013, de 9 de septiembre, FJ 7.

los beneficiarios, lo que solo puede asegurarse a través de su centralización por el Estado.

El Tribunal razona, a partir de su doctrina sobre la suficiencia de la justificación legislativa de la competencia del SEPE para gestionar centralizadamente determinadas acciones y medidas²¹⁰, recordando que ello ha de valorarse en las normas que reglamenten y desarrollen los programas a que se refiere la previsión impugnada, en las que el Estado habría de fijar y justificar la necesidad de realizar una gestión centralizada.

Y aplicando esta doctrina, el Tribunal considera que “el hecho de que los Reales Decretos-leyes 1/2011 y 23/2012 afirmen que el Servicio Público de Empleo Estatal asume la concesión y pago de las ayudas económicas de acompañamiento en aplicación del artículo 13 h) 4 de la Ley 56/2003 no basta para apreciar que la normativa ofrece justificación expresa suficiente respecto a esa gestión centralizada, pues, obviamente, el hecho de que el legislador proceda al encuadramiento formal del «Plan Prepara» dentro de los programas descritos en el artículo 13 h) 4 de la Ley 56/2003 no significa necesariamente que el diseño normativo de ese Plan responda de manera efectiva a las características que en ese precepto se indican ni que, en definitiva, la regulación de ese programa específico reúna materialmente las características necesarias para apreciar que concurren las circunstancias que, conforme a la doctrina constitucional, justifican la gestión centralizada”.

Y desarrolla esta argumentación señalando que en virtud de la competencia legislativa básica que le corresponde en virtud del artículo 149.1.13 CE, el Estado está habilitado para especificar el destino y regular las condiciones esenciales de otorgamiento de la subvención, hasta donde lo permita su competencia básica. También, a establecer los mecanismos necesarios de coordinación e intercambio de información con los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. En cambio, para el Tribunal no cabe, en principio, apreciar que la asunción por el Servicio Público de Empleo Estatal de las funciones ejecutivas de concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento resulte imprescindible para garantizar la efectividad de la medida y la homogeneidad en su disfrute.

El Tribunal, por tanto, concluye que, en este supuesto, no concurren las circunstancias que podrían justificar la atribución al SEPE de las funciones de concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento sobre la que versa la controversia, razón por la que tal

²¹⁰ Cita al respecto las sentencias 179/2016, de 20 de octubre, 194/2016, de 16 de noviembre, y 43/2017, de 27 de abril.

atribución, contemplada inicialmente en el Real Decreto-ley 1/2011 (art. 2, apartados séptimo y octavo) y después en el Real Decreto-ley 23/2012 (artículo único, apartados 11 y 12), ha de considerarse contraria al orden constitucional de distribución de competencias, de acuerdo con lo previsto en los artículos 149.1.13 CE y 10.25 EAPV.

Así pues, estima la impugnación dirigida frente al artículo 1 y la Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 1/2013, declarando que estos preceptos son inconstitucionales y nulos, si bien solo en relación con la atribución que la normativa reguladora del programa prorrogado efectúa al SEPE para que sea éste el encargado de ejercer las funciones de concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento que se integra en el citado programa, previsión que, según se ha dicho, figura en los apartados 11 y 12 del artículo único del Real Decreto-ley 23/2012. Asimismo, declara contrario al orden constitucional de distribución de competencias el párrafo segundo de la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 1/2013.

4.3. El marco constitucional de competencias en materia de empleo y su incidencia en el modelo de colaboración público-privada

La segunda de las perspectivas anunciadas al comienzo, la que tiene que ver con la colaboración de la iniciativa privada en la gestión del empleo, ha sido objeto de algunas resoluciones judiciales que analizan las competencias que las administraciones estatal y autonómicas tienen en esta aspecto, lo que hacen a partir de un instrumento al que se ha aludido antes, el Acuerdo Marco 17/13, que articula la colaboración de entre las Agencias de colocación y el SPEE.

Algunas resoluciones a considerar, en primer lugar, son aquellas en las que se acordaron la suspensión en la Comunidad Autónoma del País Vasco de la ejecución del referido Acuerdo marco, y, por tanto, de la contratación, y actuación, de las agencias de colocación en virtud del mismo.

Así, el Auto 40/15 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de 23 de diciembre de 2015. En éste se resolvió sobre el recurso del País Vasco frente a la Resolución del SEPE por la que se aprobó el pliego de cláusulas para contratar a agencias de colocación que colaboren con el SPEE en la inserción de personas desempleadas, decisión apoyada en el citado Acuerdo Marco 17/13, sistema al que se adhirieron 14 CCAA, entre las que no se encontraba el País Vasco.

El recurso también se dirigía frente a la adjudicación definitiva de dicha

licitación, que se produjo el 19 de octubre de 2015, y solicitaba la suspensión de cualquier acto de ejecución que afecte a desempleados inscritos en el Servicio Vasco de Empleo (LANBIDE), en particular, en lo relacionado con el suministro a terceros de los datos de dichos desempleados, así como cualquier acción de inserción o intermediación.

Se apoyaba el recurso en la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, nº 7, de 29 de julio de 2015, que anuló varias cláusulas de los pliegos derivados del citado Acuerdo Marco, por considerar que invadían competencias del País Vasco en materia de ejecución de las políticas activas de empleo e intermediación. También, y en lo que a la suspensión se refiere, en la acordada por el Auto de 15 de diciembre de 2014 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, nº7, así como en la existencia de perjuicios de imposible reparación.

Para la Administración General del Estado, la decisión de centralizar la contratación de las agencias de colocación obedece a la posibilidad de movilidad geográfica de las personas desempleadas del País Vasco, lo que determina que sea un aspecto que deba gestionarse a nivel estatal.

El citado Auto 40/15, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, tras recordar los requisitos que deben darse para acordar la suspensión – que la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima sentido al recurso, al tiempo que debe realizarse una ponderación del interés general, denegándose la medida si este interés resulta afectado, y todo ello sin prejuzgar el fondo del asunto –, terminó, por compartir los razonamientos del Auto de 15 de diciembre de 2014 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, nº7.

Tras ello, nos referimos a la sentencia del Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de 24 de octubre de 2016, estimó el recurso contencioso-administrativo deducido por la Comunidad Autónoma del País Vasco, frente a la Resolución de la Directora General del SEPE, de 28 de mayo de 2015, que aprobó los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que habrán de regir la contratación de varias agencias de colocación para prestar el servicio de colaboración con el SEPE con la finalidad de realizar trabajos de inserción en el mercado laboral de personas desempleadas con base en el Acuerdo Marco 17/13.

El Juzgado se refiere en su resolución a la sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 20 de enero de 2016, dictada en el recurso de apelación 84/2015, en la cual se conoció de un asunto semejante, por cuanto su objeto lo constituía una resolución del SEPE relativa a la contratación de agencias de colocación con base en el Acuerdo Marco 17/13. Sin embargo, resuelve no aplicar la solución de dicha sentencia, por entender que se dan

algunas diferencias. Así, en aquél supuesto la contratación de las agencias se realizaba conforme a un criterio territorial, el de la residencia del demandante de empleo, en el caso que resuelve este Juzgado el criterio adoptado es el del tiempo de desempleo de los trabajadores.

Respecto de las alegaciones que podemos considerar constituyen el núcleo de la reclamación, caso de la que aduce que es la Comunidad Autónoma reclamante a quien corresponde decidir sobre el particular a través del Servicios Vasco de Empleo, LAMBIDE, así como de la argumentación sobre el hecho de que la contratación de agencias deriva de un acuerdo marco del que no ha sido parte la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 consideró lo siguiente.

A su juicio, los pliegos de prescripciones técnicas a través de los que se contrató a las agencias indicaban que la actuación de éstas se desarrollará en todas las Comunidades Autónomas y fomentará la movilidad geográfica de los trabajadores, su objeto es la contratación de agencias de colocación para la colaboración con el SEPE en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas.

Es decir, que el hecho de que la licitación se extienda a todo el territorio nacional, y se deba facilitar la movilidad geográfica de las personas desempleadas atendidas a otra Comunidad Autónoma distinta de la suya, no quiere decir que se trate de la gestión de servicios o programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma, pues la movilidad geográfica es una posibilidad, no una exigencia, y por tanto, ello no puede tener amparo en el artículo 13 h).1 de la Ley 56/2003, que exige la obligatoria movilidad geográfica de los participantes a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya.

Por otra parte, el Juzgado considera que se han visto afectadas las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la intermediación laboral, sin que se aprecie que la actuación en cuestión encuentre acomodo en el recién citado precepto. Tampoco aprecia que por el hecho de que aquellas competencias generen consecuencias más allá del territorio de la Comunidad Autónoma, hayan de revertir al Estado. Esto último lo razona apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 22/2014) que entiende que el traslado de la titularidad, que ha de ser excepcional, sólo puede producirse cuando “no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de

cooperación o de coordinación.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 26 de julio de 2017, entiende en cambio que debe partir de su anterior sentencia de fecha 20 de enero de 2016. En ésta, se analizaba no sobre las competencias que en materia de legislación laboral ostentan el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, ni acerca del alcance y extensión que cabe asignar a cada una de ellas en cuanto materia compartida según se trate de legislación laboral o de ejecución de la misma, sino tan sólo si un concreto aspecto de los pliegos controvertidos desconocen las atribuciones de la comunidad autónoma recurrente, la inclusión del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el objeto del contrato entre el SEPE y las agencias en virtud del citado Acuerdo Marzo 17/13.

Sobre esta cuestión, la sentencia de 2016 señaló que la posibilidad de que las agencias de colocación desarrollen su actividad en cualquier parte del territorio emana directamente de la ley, no de los acuerdos impugnados. Además, añadía que tal previsión implique imponer a la Comunidad Autónoma recurrente una forma concreta de ejercicio de sus competencias de ejecución en materia intermediación laboral, sino que, antes al contrario, sigue disponiendo de su autonomía para ejercer dicha competencia en el modo que estime conveniente dentro de las posibilidades que permite el Ordenamiento. Todo lo cual llevó a la Sala a estimar las pretensiones de la representación de la Administración General del Estado frente al recurso contencioso-administrativo deducido por la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La sentencia de 26 de julio de 2017 desestima, en primer lugar, la alegación contenida en el recurso del Abogado del Estado, frente a la sentencia del Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, de 24 de octubre de 2016, relativa a la justificación de la contratación de las agencias de colocación en virtud de lo dispuesto en el artículo 13h).1 de la Ley 56/2003, que confiere la competencia al SEPE respecto de servicios y programas cuya ejecución afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma, cuando estos exijan la movilidad geográfica de las personas desempleadas o trabajadoras participantes en las mismas a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya, o a otro país y precisen de una coordinación unificada.

Y la rechaza porque si bien el desplazamiento de las competencias autonómicas y su asunción por el Estado en supuestos de supraterritorialidad no está constitucionalmente impedida, sí que reviste un carácter excepcional, la cual no puede ser directamente atribuible al precepto legal impugnado que, precisamente, exige para que se pueda

producir la gestión centralizada la concurrencia de tres requisitos.

En primer lugar, que afecte a un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma; en segundo lugar, que exijan la movilidad geográfica de los desempleados o trabajadores participantes en los mismos a otra Comunidad Autónoma distinta a la suya y, finalmente, que precisen de una coordinación unificada, entendiéndose ésta como la necesidad de que esos programas deban ser gestionados por el Estado por encontrarnos en uno de los supuestos excepcionales que de acuerdo con nuestra doctrina permitirían la asunción de competencias ejecutivas por el Estado.

En definitiva considera la Sala de Lo Contencioso de la Audiencia Nacional, que la reserva de la función ejecutiva al Estado se prevé, por tanto, no con carácter general sino únicamente cuando se demuestre la necesidad de una coordinación unificada, necesidad que sólo se podrá apreciar si concurre o no a la luz de las disposiciones que reglamenten y desarrollen los concretos programas. Ello obliga al Estado a establecer las bases de aquellos fijar y justificar la necesidad de realizar una centralización de la gestión, por concurrir además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, el que no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y requerirse un grado de homogeneidad que sólo puede garantizar su atribución a un único titular, el Estado. Y en tanto en el supuesto en cuestión ello no había ocurrido, se desestima la impugnación referida al apartado 1 de la letra e) del artículo 13 del a Ley 56/2003.

No obstante esta censura jurídica, la Sala sigue manteniendo el criterio de su anterior sentencia respecto de considerar legal la competencia del SEPE para los contratos cuyo ámbito es superior al de una comunidad autónoma. Y se reitera en él porque, en primer lugar, señala que la movilidad geográfica justifica la actuación de la competencia estatal, fomentada en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la contratación de las Agencias de Colocación, documento que además señala que “el contratista de mantener abierto al menos un centro u oficina de atención a los desempleados en el territorio de cada Comunidad Autónoma”. Asimismo, el Pliego de Prescripciones Técnicas señala que “la empresa adjudicataria deberá ofertar a los trabajadores a los que preste sus servicios al menos un puesto de trabajo situado en una Comunidad Autónoma distinta a la de residencia”.

Finalmente, la sentencia analiza los aspectos relacionados con la posible vulneración de las competencias del País Vasco, articuladas en torno al Real Decreto 1441/2010, de 5 de noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios a esta Comunidad Autónoma en materia de ejecución de la

legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo.

Resalta la Sala que en materia de intermediación las funciones que esta Administración Autonómica asume sobre la autorización y funcionamiento de las agencias de colocación, lo son respecto de las que tengan un ámbito de actuación que se circunscriba al territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo que a sensu contrario significa que queda al margen del traspaso la autorización y funcionamiento de las agencias con un ámbito territorial superior al de dicha comunidad autónoma, como ahora sucede.

Estos razonamientos han llevado a la Sala a estimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de fecha 24 de octubre de 2016, dictada por Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 2, la cual revoca para, y en su lugar, desestima el recurso contencioso-administrativo que en ella se resuelve.

5. Conclusiones

La gestión del empleo por parte de las Administraciones encuentra dificultades derivadas, esencialmente, del encuadramiento de esta materia en el bloque de constitucionalidad.

Como se sabía, y las resoluciones comentadas han vuelto a poner de manifiesto, esta materia no tiene un reflejo expreso en las reglas que ordenan la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas. Además, y debido a la amplitud de sus contenidos, tampoco tiene una ubicación clara ni, sobre todo, única en los títulos competenciales que determinan las materias y las funciones que en ellas desarrollan ambas administraciones.

Ello ha generado una conflictividad entre ellas, que ha propiciado una doctrina por parte del Tribunal Constitucional que constituye una referencia indispensable para delimitar los ámbitos de actuación estatal y autonómicos.

A esta doctrina se suma la Sentencia 100/2017, de 20 de julio de 2017, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra diversas disposiciones del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorrogó el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas (programa Prepara).

En esta sentencia, que cuenta con voto particular, el Tribunal Constitucional resuelve la inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones que regulan este Programa al entender injustificada la atribución a la Administración General del Estado de la gestión de las ayudas económicas previstas en el mismo, reserva ésta que entiende contraria al orden constitucional de distribución de competencias, de acuerdo con lo previsto en los artículos 149.1.13 CE y 10.25 EAPV.

Por otra parte, el orden de la jurisdicción contencioso-administrativo también se ha ocupado de estos aspectos, si bien desde la perspectiva de la afectación a las Comunidades Autónomas, a la del País Vasco en concreto, del modelo de colaboración público-privada adoptado a nivel estatal y apoyado en gran medida en el reiterado Acuerdo marzo 17/13.

En este sentido, nos hemos hecho eco de la sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, de 26 de julio de 2017, en la que en gran medida, a salvo de algún matiz, se considera ajustado a Derecho ese esquema de colaboración.

6. Bibliografía

Aja, E., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *RCEC*, n. 4, 1989.

Ballester Pastor, I., “Ajustes estructurales y asunción de compromisos internacionales en la reforma de la reglamentación de las agencias de colocación”, *Relaciones Laborales*, n. 3, 2014.

Fernández López, MF. y Calvo Gallego, J. (coords.), *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, Albacete, 2013.

Lázaro Sánchez J.L., *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL y Mergablum, 2003.

Rodríguez-Piñero Royo, M.C., “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, n. 125, 2014.

La Directiva de Servicios y su aplicación en el ámbito de las profesiones reguladas en España*

José Manuel GÓMEZ MUÑOZ**

RESUMEN: La liberalización de servicios en el mercado único europeo es uno de los vectores de avance económico más incisivos impulsados por la Unión Europea a través de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006. En el caso español, esto ha obligado a la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico para responder a la realidad de un mercado de servicios profesionales cada vez más conectado y competitivo. Los problemas que se plantean en cuanto al posicionamiento de los Colegios Profesionales frente a esta nueva realidad, son numerosos. La propia jurisprudencia del TJUE ha venido a establecer algunos criterios para hacer compatibles los distintos sistemas imperantes en los distintos Estados miembros al objeto de hacer posible un verdadero mercado único de servicios profesionales, ampliando, de este modo, el ámbito objetivo de aplicación de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. En el caso de las actividades investidas del carácter de autoridad pública, esto implica problemas adicionales.

Palabras clave: Directiva de Servicios, Ley de Servicios y Colegios Profesionales, profesiones reguladas.

SUMARIO: 1. El marco jurídico europeo de la libre prestación de servicios profesionales y la libertad de establecimiento. 2. La imperfecta e insuficiente transposición en España de la Directiva de Servicios. 3. Elementos de una reforma frustrada de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales en España. 4. El Consejo de Estado ante el caso de las profesiones jurídicas reguladas. 4.1. La supresión de la incompatibilidad entre la profesión de abogado y procurador. 4.2. La supresión del arancel de los procuradores. 4.3. La modificación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a las profesiones de abogado y procurador. 5. Los criterios del TJUE ante la profesión reglada de notario. 6. Bibliografía.

* Artículo realizado dentro del Proyecto Nacional I+D+i DER2015-67342.R, "Redireccionando el desempleo hacia el autoempleo. Precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor".

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

The Services Directive and its application in the field of regulated professions in Spain

ABSTRACT: The liberalisation of services in the single European market is one of the most incisive vectors of economic advancement driven by the European Union through Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council, of December 12, 2006. In the Spanish case, this has forced the adaptation of our legal system to respond to the reality of a market of professional services increasingly connected and competitive. The problems that arise regarding the positioning of the Professional Associations in the face of this new reality are numerous. The CJEU's own jurisprudence has come to establish some criteria to make compatible the different systems prevailing in the different Member States in order to make possible a true single market of professional services, thus expanding the objective scope of application of freedom of establishment and freedom to provide services. In the case of activities invested with the character of public authority, this implies additional problems.

Key Words: Services Directive, Professional Associations Law, regulated professions.

1. El marco jurídico europeo de la libre prestación de servicios profesionales y la libertad de establecimiento

En junio de 2017, el ministro de economía español declaraba que daba por aplazada indefinidamente la aprobación del proyecto de ley sobre regulación de Colegios y Servicios Profesionales, dejando en *stand by* todos los intentos realizados hasta la fecha para la plena aplicación de la Directiva de Servicios en España²¹¹. Los Estados miembros de la Unión Europea han partido de posiciones muy diferentes a la hora de proceder a la liberalización de sus mercados de servicios. Siendo este sector económico el de más rápido y mayor crecimiento en Europa, también en España, las diferencias en el ritmo de adaptación impuestos por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006²¹², relativa a los servicios en el mercado interior ha sido también diferente. En el caso español, la obsolescencia y dispersión de su legislación en materia de servicios profesionales constituye uno de los obstáculos más difíciles de salvar para este proceso de liberalización. Una de las manifestaciones más directas de este proceso es el de privatización de actividades profesionales, que se ha abordado con desigual resultado hasta ahora y que apenas ha afectado a cuatro o cinco profesiones del ámbito jurídico en España.

La cuestión hay que abordarla de forma específica cuando hablamos de profesiones reguladas, por lo que obviamos el tratamiento, conceptualmente diferente, de los servicios públicos privatizables lo que nos llevaría al marco de identificación de servicios de interés económico general (SIEG), servicios de interés no económico general (SINEG) y servicios sociales de interés general (SSIG)²¹³. Del mismo modo, dejaremos las consideraciones en torno a los sistemas de colaboración público-privado, que habiendo sido objeto de un interés inicial por parte de la Comisión Europea, han pasado a un segundo plano ante las perspectivas abiertas por la Directiva de Servicios²¹⁴. Téngase presente que

²¹¹ Vid. www.redaccionmedica.com, domingo, 4 de junio de 2017.

²¹² Conocida como Directiva Bolkestein. Vid. Gómez Muñoz, J.M., “A propósito del requisito de nacionalidad para la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los notarios en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013, p. 761-777.

²¹³ Vid. Ruiz Escudero, C., “Los Servicios Públicos en la Unión Europea”, en AA.VV., *La privatización de los servicios públicos en España*, ATTAC, mayo 2012., pp. 16 y ss.

²¹⁴ Vid. Míguez Macho, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, n. 175, Madrid, 2008, pp. 157-215. Cfr. Libro Verde de la Comisión Europea de 30 de abril de 2004, COM(2004)327 final, sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación

el debate sobre la privatización de sectores públicos es otro debate completamente distinto, siendo, no obstante, un tema central que lo condiciona todo. De hecho, la privatización, junto con el “adelgazamiento” del Estado, son repuestas públicas habituales en Europa para combatir crisis financieras con altos déficits públicos. El debate en este terreno es apasionado, habiendo quien entiende que las crisis económicas globales suelen aprovecharse interesadamente para incrementar el número de operadores en los mercados trasladando servicios públicos al sector privado, en vez de incentivar la inversión pública²¹⁵. De otro lado, aparecen posturas extremas que entienden que todas las actividades públicas son privatizables, que no hay límites, que no debe frenarse la expansión de los mercados y que los Estados deben quedar reducidos a la mínima expresión²¹⁶.

En definitiva, la discusión se centra en hablar de actividades profesionales privatizables y no privatizables, por lo que no estamos hablando sino de servicios profesionales que pueden reunir múltiples actividades desarrolladas dentro de una misma profesión reglada. Dentro de estas actividades encontraremos aquellas que legal o jurisprudencialmente tengan los caracteres propios del ejercicio de potestades o autoridad pública, sobre las que no podrá extender su disciplina la libre prestación de servicios y/o libertad de establecimiento, así como las normas sobre competencia comercial, y actividades conexas a éstas sobre las que cabrá la extensión de estos regímenes. Existe, por tanto, una cierta equivocidad y simplificación terminológica cuando hablamos de privatización de actividades. Realmente de lo que hablamos es de liberalización económica de actividades que, generalmente, como es el caso de abogados y procuradores, prestan sus servicios privatísticamente.

La cuestión puede abordarse estableciendo una primera distinción entre el régimen jurídico de la Directiva de Servicios – llamada durante su debate de gestación Directiva Bolkestein – y el régimen surgido de las Directivas de reconocimiento de cualificaciones profesionales²¹⁷, generales y sectoriales, y que fueron armonizadas en un sistema único por la Directiva

pública y concesiones.

²¹⁵ Vid. Mason, P., *Postcapitalismo, Hacia un nuevo futuro*, Paidós, Barcelona, 2016.

²¹⁶ Vid. Rallo, J.R., *Los errores de la vieja economía: Una refutación de la Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero de J.M.Keynes*, Unidad Editorial, Madrid, 2011. Este autor es considerado como el más vehemente defensor del ultraliberalismo económico en España, siendo calificado por algunos medios como “anarcocapitalista”.

²¹⁷ Vid. Gómez Muñoz, J.M., “Contratos en prácticas y régimen comunitario en materia de reconocimiento de títulos profesionales”, *Revista Temas Laborales*, n. 37, 1995, pp. 103-136.

2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. El sistema de dicha Directiva tiene por objeto, en esencia, que “la libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad resulte tan sencilla como dentro de un Estado miembro”, así como el de garantizar “a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales”²¹⁸. A efectos de ella, su artículo 3.1.a) define “profesión regulada” como “la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional”.

Nuestro ordenamiento realizó la transposición de la Directiva mediante el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, el cual ya en su parte expositiva explica con claridad que, “a efectos de la prestación de servicios, lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE no se ve afectado por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, dado que ésta trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales”.

Hay, no obstante, una conexión natural entre ambas normas comunitarias. En efecto, el considerando 31 de la Directiva 2006/123/CE es claro al afirmar que “la presente Directiva es coherente con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, a la que no afecta. Trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales, como por ejemplo el seguro de responsabilidad profesional, las comunicaciones comerciales, las actividades multidisciplinares y la

²¹⁸ Vid. Considerando artículos 2 y 11 Directiva 2006/123/CE.

simplificación administrativa”²¹⁹.

En una relación de exigencias contrarias a la lógica del sistema de reconocimiento, su artículo 14.2 (requisitos prohibidos) establece que “los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros”.

Por su parte, su artículo 15.2 (requisitos por evaluar, esto es que deberán respetar los límites de no discriminación, necesidad y proporcionalidad), en sus apartados d) y g), establece como tales los “requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad” y el establecimiento de “tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar”, respectivamente. Igualmente, su artículo 16.2.b) determina que “los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos: (...) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario”, siendo así que el propio artículo 17.6 de la Directiva 2006/123 establece que “el artículo 16 (libre prestación de servicios) no se aplicará: (...) a las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión”, excluyendo así, en definitiva, a las reservas de actividad basadas en cualificaciones profesionales de la obligación de aplicar un test de necesidad y proporcionalidad.

2. La imperfecta e insuficiente transposición en España de la Directiva de Servicios

En pleno proceso de reestructuración del marco legislativo de nuestro mercado de servicios, como consecuencia de la severa crisis económica

²¹⁹ Vid. Arts. 23, 24, 15 y 5 a 8, respectivamente de la Directiva 2006/123/CE.

que comenzaba a azotar al país, el gobierno socialista adopta la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como Ley Paraguas, que incorporó, parcialmente, al Derecho español, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

La Ley adoptó, según decía su Exposición de Motivos, un enfoque ambicioso fomentando una aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos. La intención del legislador en su función de transposición fue consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y al mismo tiempo permitir suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley puso el énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector debían ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exigía que se simplificaran los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. Adicionalmente, reforzaba las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia, tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones. Ahora bien, más allá de estas intenciones y finalidades, la importancia de la norma transpositora consistía en su profunda intervención sobre toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha Ley establece.

La Ley vino a establecer un doble objetivo general en este contexto que hemos señalado. En primer lugar, adaptar la normativa estatal de rango legal sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con la Unión Europea, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque que permitiera contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la

supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. Buscaba, en definitiva un entorno regulatorio resultante más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, con la intención de impulsar la actividad económica.

La Ley Omnibus, Ley 25/2009, aparecida apenas un mes después de la primera, vino a materializar todo el proceso de aplicación de la Ley 17/2009. Esta segunda Ley consta de 48 artículos agrupados en seis títulos, del que nos interesa especialmente el Título I, sobre “Medidas horizontales”, que concreta diversas modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios.

Se introduce expresamente la figura de comunicación y de declaración responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo²²⁰.

Por otro lado, se refuerza la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en materia de reclamaciones y se adaptan diversas disposiciones sobre aspectos básicos de la regulación en materia de servicios profesionales, principalmente en lo que concierne a los Colegios Profesionales. Finalmente, se adoptan disposiciones relativas a las empresas y a la cooperación administrativa en el ámbito laboral y de Seguridad Social, entre las que destacan las derivadas de la Disposición adicional tercera, que se dirige a potenciar la asunción personal por el empresario de la gestión de la actividad preventiva para lo cual contempla un plan de asistencia técnica al empresario por parte de la Administración, o la Disposición transitoria segunda, que otorga un mandato al Ministerio de Trabajo e Inmigración para adaptar los procedimientos administrativos de autorización de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras.

La vigencia de la exigencia del visado colegial y las obligaciones de colegiación en las Disposiciones transitorias tercera y cuarta, respectivamente, constituyeron el mayor foco de polémica, aunque el mismo carácter transitorio de la norma indicaba claramente que sólo iba a ser una cuestión de tiempo que la situación cambiara. Este problema se manifestará pocos años después, como veremos a continuación, cuando el Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales, que comenzó a tramitarse en 2011, encallara definitivamente en 2014 precedido de una amplia contestación colegial. De hecho, la llamada guerra colegial, se iniciará cuando la Disposición derogatoria de la Ley 25/2009 deje sin vigor cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a lo dispuesto en la Ley.

El art. 5 de la Ley 25/2009, que modificaba la vetusta Ley 2/1974, de 13

²²⁰ Vid. Art. 2.2 Ley 25/2009, que modifica el art. 43 de la Ley 30/1992.

de febrero, sobre Colegios Profesionales, introdujo serias correcciones en el texto de la norma que fueron tachadas de intromisiones inconstitucionales en el régimen de autonomía de los Colegios Profesionales. Singularmente, se sujetaban a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios profesionales y se establecía que sólo por ley se podían regular los requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una profesión o que limiten el ejercicio conjunto de dos o más profesiones. De igual modo, se prohibían las restricciones por parte de los Colegios al ejercicio profesional en forma societaria y se determinaban los requisitos generales de colegiación, estableciéndose un severo régimen legal de obligado cumplimiento para los Colegios.

La obligatoriedad de la ventanilla única, vino a definirse también por la Ley 25/2009, lo que determinaba la necesidad de que los Colegios Profesionales adaptasen sus mecanismos de gestión administrativa a la atención electrónica de colegiados y usuarios. La obligación de la Memoria Anual, en aras del cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas, así como el servicio de atención a los colegiados y usuarios, más la regulación del sistema de visados, que dejaban de ser obligatorios para convertirse en potestativos, a petición del cliente, cerraron el marco de reformas de la Ley de Colegios Profesionales, preparando así el terreno para la aún no anunciada Ley de Colegios y Servicios Profesionales que cerraría el marco de transposición de la Directiva de Servicios en España²²¹.

En relación a las sociedades profesionales, se produjo la modificación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para regular el régimen de compatibilidad de actividades de las sociedades multidisciplinares²²² y para determinar las condiciones subjetivas que habrían de reunir los socios profesionales componentes de las mismas²²³. También procedió la Ley 25/2009 a reconocer en España como sociedades profesionales las constituidas como tales de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre en el territorio de un Estado miembro, siempre que hayan cumplido los

²²¹ La Ley 25/2009 también introdujo cambios en el régimen de honorarios en el art. 14, según el cual se prohibían las recomendaciones colegiales sobre honorarios no pudiendo establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.

²²² Vid. Art. 3 de la Ley 2/2007, modificada.

²²³ Vid. Art. 4 de la Ley 2/2007, modificada.

requisitos previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales²²⁴. La prestación de servicios o el establecimiento en España de estas sociedades comunitarias se ajustaba a lo previsto en la normativa que regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales y, en su caso, en la normativa específica sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa española aplicable sobre el ejercicio de la actividad en términos compatibles con el Derecho comunitario.

3. Elementos de una reforma frustrada de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales en España

La historia del desarrollo de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, más allá de los titulares de la denominada guerra colegial, es el relato de una frustrante incapacidad gubernativa de poner en marcha el proceso real de transposición de la Directiva de Servicios. El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales fue el siguiente paso dado en el proceso de liberalización del sector servicios iniciado en 2009, y tuvo su última versión, antes de ser definitivamente abandonado, el 11 de noviembre de 2014. La importancia creciente de los servicios profesionales dentro del sector servicios fue la justificación inicial dada por el gobierno para comenzar su tramitación parlamentaria. En efecto, cabe recordar que el sector de los servicios profesionales en España genera cerca del 9 por ciento del PIB, representando en torno al 6 por ciento del empleo total y el 30 por ciento del empleo universitario. Se trata, por tanto, de un sector intensivo en mano de obra cualificada. Su indudable peso económico, junto a la especial incidencia que tienen algunos de estos servicios en los derechos e intereses de los ciudadanos cuando son sus destinatarios, justificaban, por tanto, la iniciativa.

Repasando la historia del proceso, encontramos que en la etapa preconstitucional, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) conceptuó a éstos como Corporaciones de Derecho Público, con los fines esenciales de la “ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”²²⁵; estableciendo su artículo 3.2 el

²²⁴ Vid. Disposición Adicional Séptima de la Ley 2/2007, modificada.

²²⁵ Vid. Art. 1.3, a los que la Ley 25/2009 añadiría el de “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”.

requisito de colegiación obligatoria para el ejercicio de las profesiones colegiadas.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (RDL 5/1996, después aprobado como Ley 7/1997, de 14 de abril) modificó los artículos 3.2 y 5.º), entre otros, de la LCP en el sentido de sujetar el ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia y, en concreto, para establecer que el requisito de colegiación únicamente debería realizarse en el colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional (“cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”) y para eliminar la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, pudiendo establecer únicamente “baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo”.

Sin duda alguna, hay una idea de partida que es la liberalización del sistema regulatorio para garantizar el interés general de la forma menos restrictiva posible para el acceso y ejercicio de las profesiones, con el consiguiente efecto positivo en términos de productividad, competencia y asignación eficiente de recursos. La ausencia de una normativa propia ha llevado a una copiosa regulación, fragmentaria, obsoleta, excesiva y que no ha evitado la conflictividad entre profesionales. La simplificación normativa es, además, otra de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para la puesta en marcha de este proceso.

El momento de crisis en que nació el anteproyecto fue utilizado como acicate, reconociéndose el posicionamiento favorable a la nueva regulación por parte de diversos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Fondo Monetario Internacional o la Unión Europea, que venían recomendando desde hace algún tiempo una reforma profunda de la regulación de los servicios profesionales en nuestro país, como vía para garantizar incrementos de competitividad y crecimiento.

Los principios en los que se basa la aplicación del artículo 36 de la Constitución española son los de buena regulación económica, por lo que se parte del principio de libre acceso a las actividades profesionales, restringiendo las limitaciones a casos justificados por razones de interés general. De este modo, se busca el equilibrio entre, por una parte, las restricciones precisas para garantizar la confianza indispensable de los destinatarios de los servicios profesionales en la calidad de lo que reciben, así como su protección y seguridad y, por otra, las libertades necesarias para favorecer el desarrollo de la actividad. Uno de los datos esenciales

que quizás determinó el fracaso del proyecto, no obstante, fue el empeño de regular en una misma norma a los Colegios profesionales y a los servicios.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre constituyó la adaptación de la Ley de 1974 a la Directiva 2006/123/CE, pero no terminó de resolver los problemas del sector. En efecto, actualmente existen Colegios Profesionales de colegiación obligatoria, voluntaria, que recaen sobre actividades profesionales reguladas, tituladas o libres, sin que obedezcan a unos criterios racionales de regulación. Así, conviven Colegios de actividades profesionales libres que no requieren ninguna cualificación, Colegios que se refieren a actividades reservadas pero que no requieren de un título de educación superior (requieren otro tipo de cualificación), y Colegios que se refieren a actividades profesionales tituladas. A lo anterior, se une la necesidad de dar solución a ciertos problemas derivados de la evolución del modelo organizativo colegial, con la aparición de los Consejos Autonómicos, no contemplados en la norma básica de 1974, y su relación con los Consejos Generales. El anteproyecto habría que considerarlo complementario de reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambos – anteproyecto y Ley – tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica.

Podría decirse que el anteproyecto puso las bases de la despublicación de determinadas actividades profesionales relacionadas con el ejercicio del poder público. Pero lo hizo sin establecer criterios específicos para distinguir entre actividades, sino estableciendo, simplemente, mecanismos para la liberalización de los distintos sectores profesionales sobre la base del respeto a una serie de principios como el de libertad de acceso y libertad de ejercicio de toda actividad profesional y profesión, el de igualdad de trato y no discriminación y por el de eficacia en todo el territorio nacional, que reconoce la capacidad de los profesionales con independencia de dónde se haya accedido a la actividad profesional.

En materia de restricciones, el proyecto de ley determina que sólo puedan establecerse por ley cuando se justifique por razones de interés general y resulte proporcionado; y ello para evitar la proliferación de barreras de entrada poco justificadas o determinadas sólo por los intereses particulares de algún colectivo en perjuicio de otros. Asimismo, las restricciones de acceso que exijan la posesión de un determinado título académico oficial de educación superior (profesión titulada) requieren que esté justificado por motivos de interés general. Estos criterios deben servir para limitar el

número y alcance de las profesiones con fuertes restricciones al acceso. Por último, se recoge una cláusula específica respecto a la aplicación del derecho de la Unión Europea para el acceso de profesionales habilitados en otros Estados miembros.

Al regular el régimen electoral colegial, bajo el principio de funcionamiento democrático, el proyecto de ley aclaraba que el sufragio activo y pasivo en las elecciones de los miembros de los órganos de gobierno sólo puede corresponder a las personas físicas. En particular, establecía que sólo podrá exigirse colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión titulada o algunas actividades propias de ésta cuando así se establezca mediante norma estatal con rango de ley, al apreciarse que se trata de actividades en que pueden verse afectadas de manera grave y directa determinadas materias de especial interés general y que la colegiación es el instrumento más eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios. Se reduce el número de colegiaciones obligatorias, en la medida en que éstas suponen autorizaciones para el acceso de una actividad, en virtud de los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. En coherencia, se mantiene únicamente la colegiación para aquellos casos en los que sea necesaria la protección de la salud e integridad física y la seguridad personal o jurídica de las personas. La necesaria reserva de ley y el cumplimiento del principio de la proporcionalidad en la exigencia de colegiación son también coherentes con lo establecido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Sin duda alguna, la fuerte intervención del anteproyecto sobre las funciones de los Colegios así como sobre el entramado colegial institucional están en el origen del fracaso de la iniciativa reformadora. El anteproyecto vino a reforzar y precisar las reformas operadas por la Ley 25/2009, lo que fue entendido por las organizaciones colegiales como un recorte a su autonomía. Igualmente, procedió a determinar un amplio marco normativo de reformas, entre las que podemos destacar las relacionadas con la profesión de Abogado y Procurador.

Así se estableció el necesario régimen transitorio derivado de la modificación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, modificándose dicha Ley para establecer un único título profesional de abogado y procurador que habilite para el ejercicio de ambas profesiones. También se modificó la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para eliminar como requisito de creación de estas sociedades la exigencia de colegiación obligatoria en la actividad profesional que constituya su objeto social, así como para permitir expresamente a las sociedades

profesionales multidisciplinares el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura.

4. El Consejo de Estado ante el caso de las profesiones jurídicas reguladas

El único documento verdaderamente esclarecedor, por su profundidad y conclusiones, del que podemos disponer para hacer un análisis de criterios, ventajas e inconvenientes para una auténtica liberalización de profesiones jurídicas, resulta ser el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto que acabamos de analizar²²⁶. Allí vamos a encontrar buena parte de las razones jurídicas que se emplearon para explicar los problemas legales y constitucionales que podrían darse en relación a las modificaciones del régimen colegial que afectaban, entre otros casos, a los abogados y procuradores. El papel de la Unión Europea ha sido prolijo en la regulación de esta temática²²⁷. El anteproyecto mantiene la colegiación obligatoria para las profesiones de abogado y procurador en su disposición adicional primera²²⁸. Ahora bien, modifica, sin embargo, el

²²⁶ De 27 de febrero de 2014, expediente 1434/2013 Economía y Competitividad.

²²⁷ La legislación europea sobre las profesiones jurídicas es muy extensa y ha dado como resultado un enorme cuerpo normativo cuya finalidad armonizadora es evidente, lo que ha facilitado el ejercicio de la profesión en el mercado interior. Vid. al respecto, Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad; Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2001 sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna; Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2003 sobre las disposiciones en materia de mercado y competencia para las profesiones liberales; Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas; Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título; Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

²²⁸ Vid. apartados n): “en un Colegio de Abogados para ejercer profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de Abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho en representación de un tercero con el que no tenga vínculo de naturaleza laboral” y ñ): “en un Colegio de

artículo 23.3 de la LEC, para establecer la compatibilidad del ejercicio de ambas profesiones, el artículo 242.4 de la LEC, variando el régimen del arancel de los procuradores, y el artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

La regulación de ambas profesiones, libres e independientes y basadas en la confianza²²⁹, extremo éste en el que hará hincapié varias veces el Consejo de Estado, se contiene principalmente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), cuyos artículos 542.1 y 543.1 establecen de forma respectiva que corresponde en exclusiva a los abogados ejercer profesionalmente “la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico” y que “corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa”, habiendo añadido para estos últimos el artículo 543.2 en su redacción por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que “podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice”; así como en los artículos 23 a 35 de la LEC, los cuales tratan “de la representación procesal y de la defensa técnica”, determinando – respecto a la primera – el artículo 23.3 que “el procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el Juez, Tribunal o Secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. Es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales²³⁰”. El acceso a ambas profesiones se regula, en fin, por la ya citada Ley 34/2006.

El Consejo estudió separadamente tres cuestiones en su dictamen: la supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador, la modificación del régimen arancelario de los procuradores (b) y la variación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a ambas profesiones (c).

procuradores para la intervención como procurador ante órganos judiciales, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

²²⁹ Vid. artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española [EGA] y artículo 1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España [EGP], aprobados por Reales Decretos 658/2001, de 26 de junio y 1281/2002, de 5 de diciembre.

²³⁰ Apartado añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

4.1. La supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador

El ejercicio de la compatibilidad de su ejercicio por parte del anteproyecto venía a determinar la cuestión de las llamadas actividades multidisciplinares, reguladas en el artículo 25.1 de la Directiva 2006/123/CE, transpuesto en términos casi idénticos en el artículo 25.1 de la Ley 17/2009²³¹. El Consejo estimó que no se trataba, pues, de una cuestión ni de reserva de actividad para un servicio profesional ni de colegiación obligatoria (al menos, no de forma directa), sino de la libertad ulterior en que consiste la posibilidad de ejercer simultánea o compatiblemente dos actividades profesionales; libertad que, no obstante, puede ser restringida en las profesiones reguladas “para garantizar su independencia e imparcialidad”, para “prevenir conflictos de intereses” y “para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión”. Para el Consejo, todo esto es lo que cabalmente ocurre en nuestro Derecho a día de hoy con las profesiones de abogado y procurador, dirigida la primera a las actividades de defensa técnica y la segunda a la representación procesal.

Se hacía necesario, no obstante, tener en cuenta dos factores. De un lado, la convicción de que el mantenimiento de la exclusividad para las distintas funciones que ambos profesionales desempeñan supone un freno a la competencia y un límite a la libertad de ejercicio profesional (muy en particular, por lo que hace a las funciones de representación de los procuradores); de otro, sin embargo, la reforma de la legislación procesal en el sentido de reforzar ampliamente las funciones de comunicación de estos últimos, convirtiéndolos en auténticos sustitutos del Secretario judicial para el desempeño de ciertas funciones en el seno de la Oficina

²³¹ Cfr. Art. 25.1, según el cual: “1. No se podrá obligar a los prestadores de servicios al ejercicio de una única actividad de forma exclusiva, bien sea a través de la imposición de requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una actividad específica, bien sea mediante la imposición de requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades. 2. No obstante, para garantizar su independencia e imparcialidad, así como prevenir conflictos de intereses, podrán verse sujetos por ley a los requisitos a que se refiere el apartado anterior: a) Las profesiones reguladas, en la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión, siempre que los mismos se justifiquen de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 5 de esta Ley. b) Los prestadores que realicen servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos”.

judicial (tendencia ya comenzada por la Ley Orgánica 19/2003 y Ley 13/2009, que modificaron los artículos 542.3 y 23.3 de la LEC, de forma respectiva).

En un dictamen anterior sobre el anteproyecto de modificación de la LEC²³², el Consejo ya tuvo ocasión de manifestarse sobre la cuestión. El debate de fondo se produce, por tanto, entre las posturas favorables a la compatibilidad entre el ejercicio de ambas profesiones, sobre la base de razones como las alegadas por la memoria del análisis de impacto normativo, que no sólo estima que redundará en menores cargas y ventajas para los usuarios de estos servicios, sino que toma especialmente en consideración los informes de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la materia (años 2009 y 2012) y toda una línea de evaluación emprendida por la Comisión Europea sobre la justificación del ejercicio simultáneo de ambas profesiones (lo que ha dado lugar a un “Eu Pilot”, observación anterior al procedimiento de infracción del artículo 258 TFUE); y, de otro, la posición en este punto del Ministerio de Justicia (y del CGPJ en su informe de fecha 31 de enero de 2014), los cuales ponen de relieve que la pretendida compatibilidad en ningún caso puede afectar a funciones realizadas por el procurador en ejercicio de funciones públicas (actos de comunicación procesales y actos de ejecución) y sí únicamente a funciones de representación técnica²³³.

²³² Vid. Dictamen de 30 de enero de 2014, expediente 1250/2013. Al comparar las redacciones del art. 23.3 LEC el Consejo dijo: “al tiempo que se refuerza la tendencia a ampliar las funciones del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, se mantiene la vigente redacción del artículo 23.3 LEC (la que finaliza, como se vio, disponiendo que “es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales”), pero se prevé una disposición adicional sexta del siguiente tenor: “La incompatibilidad entre el ejercicio de la representación procesal y la defensa técnica quedará supeditada a la futura normativa que, con carácter general, regule los servicios profesionales, quedando afectada por lo que se disponga en esta última. Dicha normativa establecerá la imposibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones de defensa técnica con las funciones relativas a la práctica de actos procesales de comunicación con capacidad de certificación, así como de cumplimiento de los embargos y demás actos de ejecución para los que se requiera la condición de agente de la autoridad”. En la nueva redacción, el art. 23.3 LEC estableció: “El procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el juez, tribunal o secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. El ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”.

²³³ Como bien pone de manifiesto el Consejo de Estado (apartado 5.IV): “aunque el

En su dictamen de 30 de enero de 2014, el Consejo ya tuvo ocasión de opinar en este punto clave que las funciones cuyo desempeño pretende atribuirse a los procuradores por la reforma proyectada de la LEC, en particular la ejecución de actos procesales, implican un evidente ejercicio de prerrogativas de poder público. Además, si la atribución por dicha reforma de actos procesales de ejecución a los procuradores suscita importantes objeciones²³⁴, suscita dudas de mucho mayor calado el que esas mismas funciones de colaboración con la Administración de Justicia fuesen desempeñadas por el abogado de una de las partes en el proceso. Lo que lleva al Consejo a entender que “el problema que aquí interesa, en definitiva, no es tanto el de la compatibilidad entre la profesión de procurador “tradicional” y la de abogado, sino el de la compatibilidad de esta última profesión con la que desempeñaría el nuevo procurador de los tribunales, que, además de sus clásicas funciones de representación, asumiría otras de ejecución y comunicación procesales en sustitución del Secretario Judicial”.

Pues bien, desde este punto de vista, y de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado en su dictamen 1.250/2013, se realizaron dos tipos de observaciones. En primer lugar, que la supresión de la incompatibilidad de ambas profesiones, requeriría una reforma paralela de los artículos 542.1 y 543.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (los cuales establecen la exclusividad de ambas funciones), que no llevaban a cabo aquel anteproyecto ni este; y, además, habría de completarse con toda una serie de reglas en la LEC dirigidas a ordenar tal compatibilidad, diferenciando claramente la actuación de unos y otros profesionales en cada momento procesal. En segundo lugar, que no es suficiente con que el proyectado artículo 23.3 LEC prevea en su último inciso que “el ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”. Pues, como

proceso de adaptación sería largo y costoso, a lo que no subviene de forma suficiente, en su opinión, lo previsto por la disposición transitoria cuarta del anteproyecto, que condiciona la efectividad de esta norma a la instalación, ubicación y adecuado funcionamiento por parte de los Colegios de abogados de los servicios de recepción de notificaciones y prevé que, entretanto, el Ministerio de Justicia acometerá las actuaciones necesarias que permitan el acceso efectivo a LexNet a todos los abogados”.

²³⁴ Cfr. Dictamen 30 de enero de 2014: pues, “lejos de constituir funciones meramente auxiliares o instrumentales, las referidas actuaciones de ejecución afectan al núcleo esencial de la actividad judicial [...]; [por lo que] su realización no debería quedar en manos de quien finalmente es un representante de la parte en el proceso, y ni el requisito de que su intervención haya de ser previamente autorizada por el Secretario judicial, ni el sometimiento a la dirección de éste parecen cautelas suficientes para salvar tales reparos”.

con detalle se razonó en el dictamen al anteproyecto de Ley de reforma de la LEC, “el desempeño por el abogado de una de las partes de las nuevas tareas que la proyectada reforma de la LEC atribuye al procurador resultaría incompatible con la independencia y apariencia de la misma que debe exigirse a quien como abogado actúe como colaborador de la Administración de Justicia.

La naturaleza radicalmente diferente de las funciones de abogado y procurador no podía ser ignorada por el Consejo: si en el caso de los segundos es posible aceptar la realización de actos de comunicación y, con precisiones y ciertas cautelas adicionales, la de algunos actos de ejecución, en el caso de los abogados el conflicto de intereses sería, en ambos supuestos, mucho más intenso y manifiesto”. De este modo, la salvedad mencionada únicamente sería admisible si claramente se estableciese que quedan excluidas de tal compatibilidad el ejercicio simultáneo de funciones de defensa jurídica, de actos de comunicación con capacidad de certificación, el cumplimiento del embargo y los demás actos para los que se requiera la condición de agente de la autoridad. Esto llevó al Consejo a manifestarse contra la reforma del art. 23.3 LEC por parte de la disposición final cuarta, apartado uno, del anteproyecto.

4.2. La supresión del arancel de los procuradores

Por lo que se refiere a la profesión de procurador y el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, el Consejo hizo una particular lectura respecto a su aplicación. El anteproyecto, en su disposición final cuarta del anteproyecto daba nueva redacción al artículo 242.4 LEC y establece lo siguiente: “Se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, y a los procuradores y profesionales en el ejercicio de sus funciones como agente de la autoridad, que a ellos estén sujetos. La remuneración del resto de funciones de los procuradores será pactada libremente por las partes”.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 42 del anteproyecto establece la prohibición de recomendaciones sobre honorarios, con la excepción de los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores que podrán “elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores”; y que su disposición transitoria tercera mantiene la validez de los derechos devengados por los procuradores con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, que se regirán por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de iniciarse el procedimiento.

En el vigente artículo 242 de la LEC, que ordena todo lo relativo a la “solicitud de tasación de costas”, se establece simplemente en su apartado 4 que “se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, procuradores y profesionales que a ellos estén sujetos”, de forma que lo rigurosamente nuevo son los dos incisos antes remarcados: uno, que la sujeción a arancel lo será sólo cuando se ejerzan funciones como agentes de la autoridad, es decir, inequívocamente públicas; dos, que en el resto la remuneración será pactada de forma libre por las partes.

Esta cuestión creó una divergencia de posturas de las autoridades de Competencia, del Ministerio de Justicia y del CGPJ. Competencia abogaba por la supresión de los aranceles de tipo fijo, el Ministerio entendía que el arancel compensa la asimetría informativa entre clientes y procuradores, en un servicio tan tecnificado como el jurídico, mientras que el CGPJ estimaba que, en cuanto supone el ejercicio de una profesión liberal, resultaba adecuado que se supriman los aranceles de los procuradores para la retribución de su actividad de representación procesal, de indiscutible carácter privado, aunque no en el caso en que el procurador desempeñe funciones como agente de la autoridad (es decir, ejecución de embargos), “al tratarse de una incuestionable actividad pública, ejercida por delegación del Secretario judicial y bajo su dirección”.

Para el Consejo de Estado, la cuestión cabría plantearla desde la óptica del cumplimiento de un requisito de la Directiva 2006/123/CE ya incorporado a nuestro ordenamiento, en este caso por el artículo 11.1.g) de la Ley 17/2009, el cual establece lo siguiente: “Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa 1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a: (...) g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos”.

Ahora bien, las nuevas funciones de los procuradores estarían excluidas de la Directiva 2006/123/CE en virtud de su artículo 2.2.l) o, mejor, de la aplicación de la Ley 17/2009 por su artículo 2.2.i), el cual excluye de su ámbito a “las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles”. Y también en el sentido de que las funciones que entrañen tal carácter no tienen una naturaleza económica que justifique sin más la aplicación de las normas de libre competencia, sino que pueden explicar un régimen de reserva de funciones y de control público de los precios.

Para el Consejo quedaba claro que el supuesto que la norma trata precisamente de regular – al suprimir el arancel de los procuradores – es aquel en el que éstos desempeñan las restantes funciones en las que no

actúan como agentes de la autoridad. Por ello, no entrañan tales funciones, eminentemente las de representación procesal, ejercicio de autoridad pública y pueden ser sometidas a un régimen de precios en libre competencia. Y ello, aun cuando dicha salvedad (la relativa a “las funciones que se ejerzan como agente de la autoridad”) pueda y deba delimitarse mejor.

Sin embargo, el Consejo añade dos tipos de consideraciones sobre lo que podría suponer la puesta en práctica de este sistema. En primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia normativa, afirma que carece de lógica que en el anteproyecto de reforma de la LEC se haya modificado su artículo 243.2, segundo párrafo, relativo a la práctica de la tasación de costas en un sentido, y que en el sometido a consulta posteriormente se modifique el artículo 242.4 LEC en el sentido de suprimir el arancel de los procuradores, sin una visión de conjunto. El anteproyecto de Ley de modificación de la LEC que se presentó en 2013 diseñaba un sistema mixto en el que la realización de los actos de colaboración con la Administración de Justicia corresponderá en unos casos al procurador de la parte (cuando así lo solicite ésta y, en el caso de los actos de ejecución, siempre que el Secretario judicial así lo autorice), pero en los restantes seguirá siendo competencia del Secretario judicial llevar a cabo las comunicaciones y ejecuciones.

De otro lado, parece claro que ni la decisión sobre este sistema ni la cuestión relativa al régimen de retribución de los procuradores pueden desconectarse de la del modelo aún más amplio de representación técnica y defensa procesal – en régimen de compatibilidad o no –, a la que antes se hizo referencia; y que debieran por ello plantearse con un enfoque integrado de política legislativa.

4.3. La modificación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a las profesiones de abogado y procurador

El anteproyecto de Ley, en su disposición final quinta modificaba los apartados 2, 3 y 4 del artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (si bien reproduce el precepto entero, incluido su apartado 1, por lo que debiera decir mejor que éste es “objeto de nueva redacción”, o bien reproducir sólo los apartados que se modifican), estableciendo disposiciones que tenían un hondo calado en distintos órdenes normativos, entre ellos el universitario.

El precepto señalaba a los abogados y procuradores de tribunales como

colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por la ley – decía el anteproyecto – sería necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente impusiese o facultase la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

La reforma determinaba que la obtención del título profesional de abogado habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice con la excepción de aquellas que requieran la condición de agente de la autoridad. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por la ley se considera necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.

La obtención del título profesional de procurador habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado. Finalmente, la norma determinaba que “la obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación [en los correspondientes colegios profesionales]. Para el ejercicio simultáneo de las funciones propias de la abogacía y de la procura en los casos en que sea compatible sólo será necesaria la incorporación a un Colegio profesional de abogados o de procuradores”.

Como no podía ser de otra manera, el Consejo advirtió que, en coherencia con la supresión del régimen de incompatibilidad entre ambas funciones, lo que el modificado precepto pretende es llevar al ámbito del acceso a las profesiones de abogado y procurador la misma simultaneidad de

actividades profesionales. El Consejo entendió que la técnica, sin embargo, era deficiente por la sencilla razón de que la regulación del acceso depende – como el propio precepto reconoce – de la obtención de un título superior (bien que sea el mismo: licenciado en Derecho), de una determinada capacitación profesional (desarrollada por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales) y de la obligatoria adscripción a un Colegio (si bien el apartado 4 aplica una especie de sistema de reconocimiento, para aquellos casos en que el ejercicio sea compatible, permitiendo que la incorporación a uno de los Colegios que ordenan ambas profesiones sea suficiente). En definitiva, se altera profundamente el sistema de acceso, en la misma medida y por las mismas razones que se hizo posible la compatibilidad de su ejercicio. Toda vez que a esta última alteración se hicieron reparos en el apartado a) anterior, los mismos resultan ahora oponibles.

Nótese, además, que ello tiene una lógica de fondo claramente perceptible y es la de que hay ciertas funciones de estas profesiones que no puedan desgajarse como tales o aislarse en un sistema puro, como pretenden los apartados 2 y 3: “(...) habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes”, “(...) habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en [los] procesos judiciales y extrajudiciales”, con independencia o abstracción hecha del sentido que imponen a dichas funciones, no sólo la tradición histórica ni la práctica forense, sino su vigente y completa regulación en la LOPJ, en la LEC y en sus respectivos Estatutos Generales. Desde luego que tal sistema puede ser modificado, pero del modo y con el alcance que pretendían ambos anteproyectos, el de reforma de la LEC y el de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicha modificación es incompleta, pues, como afirmó el dictamen 1.250/2013, “aun si se hicieran la procuradoría y la abogacía dos profesiones en general compatibles, permitiéndose su ejercicio conjunto por una misma persona, una parte de las funciones integrantes de la primera no estarían abiertas a la segunda, pues quien ejerza como abogado de una de las partes en un proceso (es decir, asuma su defensa técnica) no podría simultáneamente realizar los actos de comunicación y/o de ejecución que el Anteproyecto encomienda a los procuradores”, y ello por las exigencias de independencia e imparcialidad que ya antes fueron puestas de relieve.

El Consejo terminó concluyendo que hubiese resultado deseable en esta materia un enfoque mucho más sosegado de la cuestión relativa al ejercicio de ambas profesiones, el cual – sin renunciar a los objetivos que

el anteproyecto ahora sometido a consulta persigue – los incluya dentro de una tramitación armónica por parte de todos los Departamentos implicados que regule el acceso y el ejercicio de ambas profesiones, partiendo de una nítida diferenciación de funciones entre ambas (“teniendo en cuenta tanto la tradición histórica como la práctica forense, pues con ello se protegería mejor la concurrencia leal entre profesionales y también la seguridad del “usuario” de sus servicios”: dictamen 1.250/2013) y que, de modo coherente, contemple su regulación en los diversos niveles: representación y defensa técnica en el plano de la máxima norma jurisdiccional (LOPJ), funciones procesales en el sistema de la LEC (incluyendo el detalle último de la misión del procurador como colaborador de la Administración de Justicia y su modelo de retribución) y replanteamiento en paralelo de las exigencias de capacitación, titulación y colegiación para ambas profesiones (Ley 34/2006).

5. Los criterios del TJUE ante la profesión reglada de notario

La jurisprudencia del TJUE nos puede ayudar a realizar interpretaciones que aporten luz al problema que representa la liberalización de profesiones reguladas, especialmente en el caso de las profesiones jurídicas. Para ello, y aún a pesar de que la cuestión central planteada tiene que ver con la exigencia del requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión y al establecimiento de notarios en distintos Estados miembros, estimamos interesante analizar la jurisprudencia surgida en esta materia.

Brevemente, podemos centrarnos en una cuestión, que aun estando excluida de la Ley 17/2009, transpositora de la Directiva de Servicios, que dejaba fuera de su ámbito a las profesiones de notarios y registradores tiene relevancia como consecuencia de las disquisiciones hechas por el TJUE en torno al carácter público de la actividad notarial.

De este modo, partiendo de las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010, y pasando, a continuación, a las sentencias subsiguientes recaídas el 24 de mayo de 2011 en el marco de sendos recursos de incumplimiento en los asuntos C-47/08, Comisión vs. Bélgica, C-50/08, Comisión vs. Francia, C-51/08, Comisión vs. Luxemburgo, C-53/08, Comisión vs. Austria, C-54/08, Comisión vs. Alemania y C-61/08, Comisión vs. Grecia²³⁵,

²³⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, Rec. p. I-4105; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, C-50/08, Rec. p. I-4195; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, Rec. p. I-4231; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, C-52/08, Rec. p. I-4275; Sentencia de 24 de

comprobaremos que esta jurisprudencia ha tenido un hondo impacto sobre la configuración comunitaria del concepto de actividades públicas en el ámbito de la fe pública notarial. El fondo de los asuntos tratados versaba sobre el recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra los citados Estados en petición de declaración de infracción de los artículos 43 y 45.1 CE (actuales artículos 49 y 51.1 TFUE, respectivamente) al haberse reservado el acceso a la profesión de notario única y exclusivamente a sus nacionales. Esto implica, según el TJUE, que el artículo 43 CE (actual art. 49 TFUE) prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales²³⁶.

Para el TJUE el concepto de “ejercicio del poder público” en el sentido del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), párrafo primero, debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros²³⁷. La excepción ha de interpretarse restrictivamente, limitándose a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición²³⁸. En este sentido, la excepción del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE) debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público²³⁹.

mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, Rec. p. I-4309; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, Rec. p. I-4355; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Grecia, C-61/08, Rec. p. I-4399.

²³⁶ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 79.

²³⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 83; Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 82; Sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 50.

²³⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 84; Sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 7; Sentencia de 29 de octubre de 1988, Comisión/España, Rec. p. I-6717, apartado 34; Sentencia de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35; Sentencia de 22 de octubre de 1999, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 34.

²³⁹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 85; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 84; Sentencia Comisión/Austria, C-53/08, Rec. p. I-4309, apartado 84; Sentencia Reyners, cit., apartado 45; Sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8; Sentencia

En una jurisprudencia bastante consolidada, el TJUE declaró que no se encuentran comprendidas en la excepción determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público²⁴⁰, o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación de decisión de dichas autoridades²⁴¹, o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias, de poderes coercitivos, o de poderes de compulsión²⁴².

Analizada la naturaleza de las funciones que los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros demandados atribuyen a los notarios, el Tribunal de Justicia llega a toda una serie de interesantes conclusiones respecto del ejercicio del poder público que vienen a aportar un grado de precisión singular a la jurisprudencia ya existente sobre la materia. Para el TJUE la autenticación de los actos o contratos libremente celebrados por las partes no está, en sí misma, directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), incluso cuando dicha autenticación sea exigible legalmente, y en la medida en que los notarios no pueden modificar unilateralmente el documento que les es sometido a autenticación²⁴³. Garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre las partes en aras de un objetivo de interés general no basta para considerar por sí mismo que dicha actividad está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público²⁴⁴, pues son muchas las actividades realizadas en el marco de profesiones reguladas que velan también por objetivos de interés general sin que se consideren manifestación del poder público²⁴⁵.

Según el TJUE, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general – legalidad y seguridad jurídica de los actos entre particulares – constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del art. 43 CE (actual art. 49 TFUE) derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad

Comisión/España, cit., apartado 35; Sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, cit., apartado 46.

²⁴⁰ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

²⁴¹ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 85; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86.

²⁴² Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

²⁴³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 89 a 92; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 91.

²⁴⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 95 y 96.

²⁴⁵ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 96.

notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello²⁴⁶. El asesoramiento y la asistencia jurídica que el notario presta al autenticar actos y contratos no puede considerarse como una participación del poder público incluso cuando hay una obligación legal de prestar tal asesoramiento o asistencia²⁴⁷.

El valor probatorio de los documentos autenticados tampoco desvirtúa esta posición del Tribunal, puesto que las legislaciones civiles de los Estados miembros reconocen a los documentos privados el mismo valor probatorio que los documentos autenticados por notario²⁴⁸. Lo mismo puede afirmarse de la fuerza ejecutiva del documento autenticado, pues si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en el documento confiere a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato y de atribuirle tal fuerza ejecutiva²⁴⁹. Tampoco desvirtúa la anterior conclusión la obligación de que los notarios comprueben, antes de proceder a la autenticación de un acto o contrato, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para su realización y, en caso contrario, se nieguen a autenticarlos²⁵⁰.

Respecto de la ejecución de embargos de bienes inmuebles, el TJUE entiende que el notario carece de competencia por sí mismo para proceder al embargo, dependiendo en sus funciones de la tutela del juez competente en materia de ejecución forzosa, a quien el notario debe remitir las controversias que puedan surgir, siendo este juez, por otra parte, quien finalmente resuelve²⁵¹. No cabe considerar, por tanto, que esas funciones del notario estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público²⁵². Las mismas conclusiones son válidas

²⁴⁶ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 96; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 97.

²⁴⁷ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 99; Sentencia Reyners, Rec. p. 631, apartado 52.

²⁴⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 100; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 101.

²⁴⁹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 103; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 104.

²⁵⁰ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 93.

²⁵¹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 106 y 107; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 107.

²⁵² Sentencia Thijssen, Rec. p. I-4047, apartado 21; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Sentencia Comisión/Alemania, Rec. p. I-

para las funciones notariales que tienen atribuidas en el marco de la compraventa de inmuebles²⁵³.

Otras actividades del notario en materia de formación del inventario de sucesiones, de comunidades o de bienes en *pro indiviso*, o en relación con la colocación y levantamiento de precintos, están sometidas también a la autorización del juez competente²⁵⁴. En cuanto a la intervención del notario en materia de división judicial de bienes, o del procedimiento de prelación de créditos posterior a una venta pública, la sujeción de la misma a las directrices del juez competente, hace que estas actividades notariales no constituyan ejercicio de poder público²⁵⁵. El notario sólo interviene si las partes han convenido que la licitación se lleve a cabo ante él. En ese supuesto el notario tiene la función de elaborar el inventario, formar la masa de la partición y determinar la composición de los lotes. Incluso en estos casos, estas actividades no atribuyen al notario el ejercicio del poder público²⁵⁶. En todas aquellas actividades notariales, en suma, en las que las prestaciones profesionales del notario implican una colaboración, incluso obligatoria, con el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, no hay participación en el ejercicio del poder público²⁵⁷.

En relación con el hecho de que los documentos auténticos traslativos de derechos reales inmobiliarios sean objeto de inscripción en el registro de la propiedad, el Tribunal de Justicia entiende que esa inscripción corresponde al registrador de la propiedad, relacionándose con las formas de publicidad de dichos documentos y no significa por tanto un ejercicio directo y específico del poder público por parte del notario²⁵⁸.

Tampoco pueden considerarse actividades investidas de poder público, según el TJUE, en el sentido de la exclusión del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), la formalización mediante documento notarial de aquellos negocios jurídicos, como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho²⁵⁹. Las mismas consideraciones son aplicables a los actos de constitución de sociedades, asociaciones y fundaciones que deben

4355, apartados 42 y 43; Sentencia Comisión/Portugal, Rec. p. I-4275, apartados 37 y 41.

²⁵³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 108; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 109.

²⁵⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 109.

²⁵⁵ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 110.

²⁵⁶ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 111.

²⁵⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, cit., apartado 112; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 112.

²⁵⁸ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 113.

²⁵⁹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 113.

formalizarse en documento autenticado²⁶⁰. Las funciones de recaudación de impuestos que asume el notario en el momento de percibir los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y constitución de derechos reales que correspondan, tampoco pueden considerarse ejercicio de poder público, pues tal recaudación no difiere sustancialmente de la que procede en el caso del impuesto sobre el valor añadido que puede realizar cualquier sujeto privado²⁶¹.

Respecto del papel que pueda jugar el estatuto específico del notario en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, hay que decir que es la naturaleza de las actividades en cuestión y no el propio estatuto el que determina la aplicación de la excepción contemplada en el art. 45 CE²⁶² (actual art. 51 TFUE). Tiene en cuenta el Tribunal de Justicia que los notarios, tal y como expone el Abogado General Cruz Villalón en el punto 18 de sus conclusiones, actúan en régimen de competencia, dentro de sus circunscripciones territoriales, lo cual no es propio del ejercicio del poder público²⁶³, y, además, responden directa y personalmente frente a sus clientes de los daños que puedan derivarse de cualquier falta cometida en el ejercicio de sus actividades²⁶⁴.

En definitiva, y aquí se encuentra la conclusión principal a la que puede llegarse tras el análisis de esta jurisprudencia, una vez desposeída de su carácter inmutable el ejercicio de funciones de poder público por parte del notario, en la mayor parte de sus actividades profesionales, solo cabe pensar que el TJUE ha abierto las puertas para que la liberalización de servicios profesionales, no solo de profesiones jurídicas, sino de todas aquellas que hayan requerido tradicionalmente de colegiación, sea una realidad en el medio plazo. Las reticencias nacionales solo podrán retrasar, pero no impedir, una realidad económica que es imparable.

²⁶⁰ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 114.

²⁶¹ Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 98; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 115; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 114.

²⁶² Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 96; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 116; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 115.

²⁶³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 117; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 116.

²⁶⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 118.

6. Bibliografía

- Dictamen Consejo de Estado, de 27 de febrero de 2014, expediente 1434/2013 Economía y Competitividad.
- Gómez Muñoz, J.M., “Contratos en prácticas y régimen comunitario en materia de reconocimiento de títulos profesionales”, *Revista Temas Laborales*, n. 37, 1995.
- Gómez Muñoz, J.M., “A propósito del requisito de nacionalidad para la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los notarios en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 45, 2013.
- Libro Verde la Comisión Europea de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final, sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.
- Mason, P., *Postcapitalismo, Hacia un nuevo futuro*, Paidós, Barcelona, 2016.
- Míguez Macho, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, n. 175, Madrid, 2008.
- Rallo, J.R., *Los errores de la vieja economía: Una refutación de la Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero de J.M.Keynes*, Unidad Editorial, Madrid, 2011.
- Ruiz Escudero, C., “Los Servicios Públicos en la Unión Europea”, en AA.VV., *La privatización de los servicios públicos en España*, ATTAC, mayo, 2012.

La construcción del relato preventivo en España durante el Siglo XX

Agustín GALÁN GARCÍA*
Mónica ORTEGA MORENO**

RESUMEN: El discurso relativo a la seguridad e higiene en el trabajo en España a lo largo del Siglo XX, más allá de los cambios nominales que ha conocido, apenas si ha llamado la atención de los historiadores. En el corto plazo sí ha recibido el interés de ingenieros, juristas y muy especialmente de los médicos. Justo los que han protagonizado su desarrollo durante buena parte del periodo analizado. Proponemos en este artículo aproximarnos a la evolución que ha conocido este discurso a lo largo de todo el siglo pasado. Para ello distinguiremos cuatro momentos, a nuestro juicio, bien diferenciados. El primer tercio del siglo, el periodo fundacional y donde nos encontraremos la mayor parte de los principios que van a inspirar este relato durante toda la centuria. El Franquismo hasta la década de los ochenta, en el que se va a producir cierta regeneración de algunos planteamientos pretéritos y, por último, de la segunda mitad de los Noventa en adelante, más concretamente a partir de la promulgación de la Ley de Prevención de riesgos Laborales de 1995, donde se consolidará el discurso que hoy conocemos. En cada uno de aquellos momentos iremos destacando entre consideraciones de carácter general y meramente retórico, lo oficial versus lo privado, lo novedoso y lo recurrente por repetitivo. El recorrido que proponemos nos permitirá apreciar cuánto de nuevo hay en el discurso actual y cuántos aspectos, por más repetitivos que hayan sido, no se han abordado aún. Le proponemos también al lector que preste especial atención a la fortísima contradicción que se va a dar entre lo que a todas luces parecerá evidente y lo que en cada momento resultará ser lo verdaderamente prioritario.

Palabras clave: Discurso preventivo Siglo XX, Prevención de riesgos laborales, Accidentes de trabajo, Salud y Seguridad en el trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Discurso preventivo en el primer tercio del Siglo XX. 2.1. Consideraciones teóricas. 2.2. Medios preventivos. 3. El Discurso preventivo durante el Franquismo. 4. Los años Ochenta. 5. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: el discurso de la cultura preventiva. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Departamento de Economía. Universidad Huelva.

** Departamento de Economía. Universidad Huelva.

The construction of the preventive story in Spain during the 20th century

ABSTRACT: The discourse on occupational safety and health in Spain throughout the 20th century, beyond the nominal changes that have known, has hardly caught the attention of historians. In short term, it has received the interest of engineers, lawyers and especially doctors. Just those who have played a leading role in its development during a good part of the analyzed period. In this article we propose to take a closer look at the evolution of this discourse throughout the last century. To this end, we will distinguish four clearly differentiated moments. The first third of the century, the foundational period and where we will find most of the principles that will inspire this story throughout the century. Franquism until the eighties, when there will be a certain regeneration of some past approaches and finally, from the second half of the nineties onwards, more specifically, since the enactment of the Prevention of Occupational Hazards Law of 1995, which will consolidate the discourse we know today.

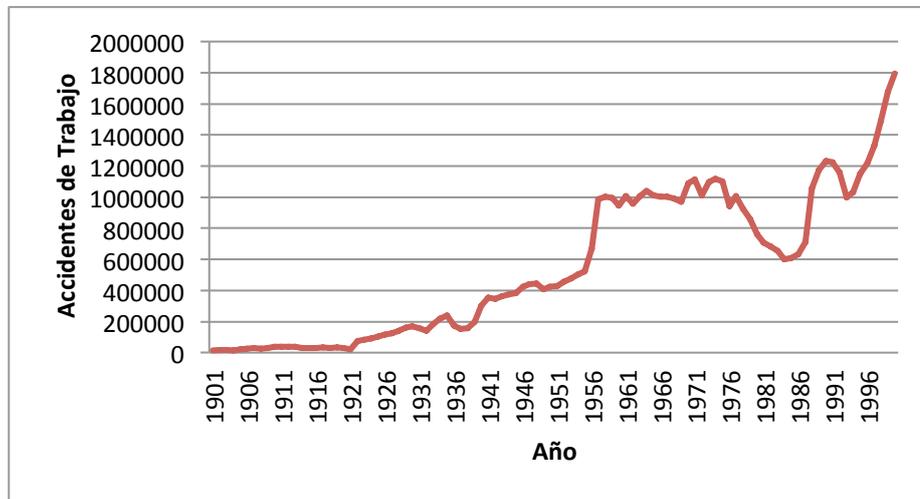
In each one of those moments we will be emphasizing between general and purely rhetorical considerations, the official versus the private, the novelty and recurrence as repetitive, the route we propose will allow us to appreciate how much there is again in the current discourse and how many aspects, however repetitive, have not yet been addressed. We also propose that the reader pay special attention to the very strong contradiction that will arise between what will clearly appear evident and what will prove to be the real priority at every moment.

Key Words: 20th century Preventive Speech, Occupational Risk Prevention, Workplace Accidents, Occupational Health and Safety.

1. Introducción

Como telón de fondo de las páginas que siguen proponemos al lector que tenga presente la evolución que conoció la siniestralidad laboral en nuestro país a lo largo del período que nos ocupa.

El número total de accidentes de trabajo anuales a lo largo del siglo XX (figura 1) presenta una tendencia creciente y un aumento de variabilidad en las observaciones con intervenciones transitorias y permanentes provocadas por cambios metodológicos, institucionales, periodos de crisis, etc.



En 1901, el número de accidentes laborales registrados es 15075. Partiendo de este dato y observando la representación gráfica de la siniestralidad laboral a lo largo del siglo XX hemos de distinguir un primer tramo, correspondiente a los inicios del siglo, donde destaca un crecimiento moderado del número de accidentes. Este aumento viene a coincidir, por un lado, con la Real Orden de 31 de diciembre de 1904, por la que se establece la obligación de notificar mensualmente los accidentes ocurridos, y, por otro, con los cambios que se introducen a principios de los años 20 en lo que se refiere a la elaboración de las estadísticas. La Real Orden de 4 de agosto de 1920 vendrá a disponer que a partir de 1922 la elaboración de la estadística de accidentes de trabajo las asumiera la Sección 1ª de Estadísticas permanente de la Producción y el Trabajo, en detrimento de la Dirección General del Trabajo e Inspección. Los datos debían de ser remitidos por las oficinas provinciales de trabajo, colaborando también en estos fines el Instituto Geográfico y Estadístico.

La otra gran novedad, que incrementará sin duda el número de registros, vendrá representada por la Ley de 10 de enero de 1922 que fijaba la obligatoriedad de asegurar a los trabajadores ante el riesgo de incapacidad permanente o de muerte.

A partir de aquel momento, superada la barrera de los 100.000 registros en 1925, y hasta 1955, la tendencia creciente del número de accidentes presenta una pendiente mayor y fluctuaciones destacables a finales de los años treinta motivadas por la Guerra Civil española; la finalización de esta y el reinicio de la actividad económica afectará también al número de accidentes de trabajo, como se detecta en el repunte de 1940 con 301.295 registros.

Justamente a mediados de la década de los Cincuenta se va a producir un cambio de tendencia realmente significativo. Para explicarlo debemos mirar en dos direcciones. Por un lado, a lo que pudo suponer la incipiente recuperación económica, cuyo alcance real no estamos aún en condiciones de poder medir con exactitud, y, por otro, la ley del 22 de diciembre de 1955 que venía a unificar la legislación de accidentes de trabajo. Tres aportaciones hemos de destacar: una mejora en la cobertura del seguro de accidentes, que ampliaba los beneficios con que contaban los trabajadores industriales a los trabajadores agrícolas y del mar. Además, establecía el seguro obligatorio para toda clase de riesgos. Se actualizaba también el régimen sancionador, no solo por el incumplimiento de las medidas preventivas sino también por las faltas en la comunicación de los accidentes. Por último, y tal como ocurrió en el periodo anterior, se introdujeron cambios de envergadura en la elaboración de la estadística, insistiendo en los plazos para su comunicación tanto para los empresarios como para las entidades aseguradoras. Sea como fuere, la cuestión es que los datos van a hablar por sí mismos. De los 500.805 registros que se van a comunicar en 1954 pasaremos a los 522.350 al año siguiente para alcanzar por primera vez el millón de siniestros comunicados el año 1958²⁶⁵.

El hito siguiente nos lleva a finales de la década de los Ochenta. De nuevo una serie de cambios institucionales introducidos por la Orden de 16 de diciembre de 1987 van a tener una clara repercusión en la estadística. La implantación de los nuevos modelos de notificaciones, con instrucciones para su cumplimiento y tramitación, van a provocar una ruptura con la serie histórica y la superación del millón de accidentes de trabajo

²⁶⁵ Ortega-Moreno, M. y Galán-García, A., “Análisis univariante de la serie de accidentes de trabajo en España. 1900-2000”, *Revista de Historia Industrial*, 2016, 62, Año XXV, pp. 45-71.

registrados. Este cambio permitirá explicar el comportamiento futuro de la serie, poniéndola en relación con un buen número de indicadores económicos. Y es que, es precisamente en el último tramo del siglo XX, donde hemos de resaltar un aumento considerable en la variabilidad de los datos, combinando periodos de crecimiento con decrecimiento pero con una siniestralidad media desde 1995 hasta finales de siglo superior a un millón y medio de casos y un máximo de 1.793.911 de registros en el año 2000.

2. Discurso preventivo en el primer tercio del siglo XX

Para entender el origen de este discurso, debemos reparar, al menos, en las siguientes cuestiones: el crecimiento económico que va a conocer nuestro país especialmente en los veinte y treinta, la difusión que está alcanzando, principalmente desde el punto de vista teórico, la Organización Científica del Trabajo y la propagación que conocen entre los especialistas patrios las publicaciones extranjeras referidas a la importancia del factor humano en el mundo del trabajo. Distinguiremos, por un lado, las consideraciones generales, las causas, los mecanismos de prevención, la acción estatal y, por último, algunas medidas particulares que se van a llevar a cabo en la empresa.

2.1. Consideraciones “retóricas” o generales

Incluimos aquí una serie de cuestiones que irán apareciendo a lo largo de este primer tercio del siglo, algunas de las cuales se mantendrán hasta finales de la centuria, otras serán matizadas y unas terceras quedarán superadas.

El accidente es inherente a la propia actividad y empiezan a producirse “de verdad” con el desarrollo del maquinismo y la industrialización; es por lo tanto, un fenómeno industrial, apenas presente en la agricultura. Esto ya suponía un avance importante porque, aunque hoy nos pueda parecer una paradoja, durante largo tiempo se creyó que la evolución de la técnica industrial conduciría a una simplificación extrema del trabajo haciendo las tareas cada vez más simples y fragmentarias. Y esto, a su vez, provocaría una disminución del número de accidentes. Sin embargo, la evolución técnica va a crear nuevas formas de actividad siendo unas más complejas y otras más rudimentarias, pero exigiendo todas ellas condiciones

psicofisiológicas apropiadas para el trabajo²⁶⁶.

Por otro lado, el trabajador es considerado como el culpable de la mayor parte de los accidentes que se producen. Los estudios extranjeros lo afirmaban con rotundidad; Marbe, en 1911, ya señaló la excepcional importancia del factor hombre en el trabajo y, consecuentemente, en los accidentes que en el mismo se producen. Experimentos posteriores llegaron a la conclusión de que el 80% de los accidentes eran causados por fallos humanos²⁶⁷. Investigaciones llevadas a cabo en Inglaterra y Francia ampliaban aquellas cifras a un 75 e incluso a un 80 %. Lipman lo hace oscilar entre un 68 y un 90 %²⁶⁸.

La Comisión Internacional de la Organización del Trabajo lo lleva hasta el 70 %²⁶⁹. Si esto era así, parecía evidente que la respuesta tenía que venir de la mano de la Psicotecnia; más concretamente, de la difusión de procesos de orientación y selección del trabajador para tratar de incorporar a cada puesto el más adecuado. Esto vendrá a coincidir en el tiempo con los primeros intentos por introducir la Organización Científica del Trabajo en nuestro país. Hay que decir que en las décadas de los Veinte y Treinta esto se hizo de una manera más teórica que real.

En este sentido y, a modo de ejemplo, recogemos la propuesta que hacía De Andrés Bueno para finales de los años treinta, a la hora de analizar las causas de los accidentes en el ferrocarril:

²⁶⁶ Villar, M., “La psicotecnia en la prevención de los accidentes del trabajo”, en *Conferencias sobre prevención de accidentes del trabajo*, Barcelona, 1942, p. 53.

²⁶⁷ En la I Guerra mundial se llevaron a cabo algunos experimentos que lo pusieron de manifiesto. Se observó que el número de accidentes de aviación, no obstante, el gran perfeccionamiento técnico que se había alcanzado, era muy superior al que se podía esperar. Psicólogos como Peiron, Gemelli, Forester, Galiotto, etc. llegaron a la conclusión de que en 100 accidentes el 18 % era debido a los aparatos, el 2% a los observadores y el 80 % a los pilotos.

²⁶⁸ En los mismos términos se pronuncia Aguirre, Á., “Accidentes de Trabajo”, *Revista de Obras Públicas*, 1932, T. 1, pp. 42-44.

²⁶⁹ Palancar, M. y Pérez Botija, E., *La prevención de los accidentes de trabajo por los modernos métodos psicológicos, gráficos y mecánicos; eficacia comparativa de unos y otros desde los puntos de vista humanitario y económico*, Madrid, 1933, p. 7.

Tabla 1. Distribución de las causas de los accidentes (%)	
Imputables al obrero:	
Por descuido imprudencia, negligencia, etc.	48
Por falta de rapidez del obrero	2
Por no haber utilizado aparatos detectores	14
Imputables a causas ajenas al obrero:	
Por causas ajenas al obrero u otras desconocidas	36
Distribución de las causas de los accidentes mortales (%)	
Son debido a imprudencia del obrero o de algún compañero	85
Debido a causas fortuitas	15

Fuente: La prevención de accidentes del trabajo en los ferrocarriles españoles. Madrid, 1940; 16.

A su vez, la frecuencia en el número de los accidentes, habían convertido este fenómeno en un problema de índole humanitario. Serán frecuentes las declaraciones que vengan a reafirmar la vida humana como un hecho que no se puede someter a apreciaciones de ningún tipo. “Debe protegerse y prevenirse de los accidentes de trabajo, no por ser un bien económico, sino por ser humana. Es necesario evitar los sufrimientos y privaciones que el accidente lleva consigo; dolencias, incapacidades, pérdida de seres queridos, etc.”²⁷⁰.

En los mismos términos, que los accidentes de trabajo se habían convertido en un problema realmente grave era aceptado ya de manera general. Tanto es así, “que cada dos minutos tiene lugar un accidente y que todos los días mueren tres trabajadores víctimas de accidentes del trabajo y resultan otros tres con su capacidad de trabajo disminuida en mayor o menor grado, pero en todo caso con carácter definitivo”²⁷¹. Ésta será, además, una manera muy recurrente de insistir en la gravedad del asunto a lo largo de todo el siglo.

Pero, además de humanitario, se empezaba a aceptar la variable económica del mismo: El mencionado Martos de Castro, en la obra mencionada, lo sintetizaba de la siguiente manera: “La prevención interesa a todos desde muy distintos puntos de vista. A los obreros, porque les evitará sufrimientos físicos y mermas en sus ingresos. Interesa a las compañías, pues disminuyendo los accidentes y sus consecuencias, el coste de las obligaciones a cumplir será menor. Interesa a la producción, a la economía del país por la carga que representan los accidentes del

²⁷⁰ Palancar y Pérez Botija, *op. cit.*, n. 7, p. 56.

²⁷¹ Martos de Castro, F., “Los accidentes de trabajo y su prevención”, en *Conferencias sobre prevención de accidentes del trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1942, 45.

trabajo”²⁷². Hemos de tener en cuenta aquí que, Heimrich, ya empieza a hablar de costes directos e indirectos²⁷³.

Por último, los accidentes de trabajo y en el peor de los casos la propia muerte del trabajador, forman parte del tributo que hay que pagar por el progreso y así parece haberse interiorizado ya en este tiempo. “La marcha pacífica de las naciones produce sus víctimas en inmolación incesante. Este mismo curso de suceder los hechos no llega a impresionarnos lo suficiente, aunque sus cifras totales adquieran carácter de tragedia. Nos hemos acostumbrado a enterarnos del número de accidentes del trabajo de una manera gradual y cotidiana. Todos los días la prensa da cuenta de los que ocurren en las horas en que alcanza la información. Conocidas así las cifras han llegado de tal manera a habituarnos que constituyen la obligada concomitancia del trabajo sin que llegáramos a saber en un momento dado, la cantidad de víctimas sacrificadas en la marcha de la humanidad. Las noticias de las grandes catástrofes que ocasionan víctimas innumerables, sobrecogen el ánimo y lo llevan a pedir la adopción de las medidas necesarias para evitarla. Pero las pequeñas catástrofes diarias que se suceden en el trabajo, éstas no llegan a perturbar más que el estrecho círculo de los afectados”²⁷⁴.

2.2. Medios preventivos

En este apartado se pueden distinguir con claridad cuatro aspectos bien diferenciados. Por un lado los medios técnicos o mecánicos, por otro, los medios psicológicos, entre los que va a jugar un papel especial la enseñanza; en tercer lugar, la manera de abordar la acción preventiva y, por último, cómo se debe entender la iniciativa oficial y la privada. Vayamos al detalle.

a. Medios técnicos/mecánicos: Nos referimos aquí a todos aquellos que obran sobre las instalaciones, maquinaria, instrumentos laborales, procesos de fabricación o procedimientos de trabajo, equipos de protección individual, etc. Tanta importancia se le va a dar a este aspecto que ya desde la ley de accidentes de 1900 se va a contemplar la construcción de museos y gabinetes donde exponer los mecanismos preventivos. Los ejemplos los vamos a encontrar en Múnich, Ámsterdam,

²⁷² Martos de Castro, *op. cit.*, p. 49.

²⁷³ Heinrich, H.W., “*Industrial accident prevention; a scientific approach*”, *New York: McGraw-Hill*, 1931.

²⁷⁴ Figueredo, C.A. y Moneo, M.A., “Los accidentes del trabajo y su prevención”, *Revista Clínica de Bilbao*, agosto 1933, pp. 3-4.

París, Viena, Milán y Zúrich. En nuestro país solo se llegó a levantar el de Barcelona²⁷⁵.

También en este apartado se observó una evolución significativa. En principio las máquinas se fabricaban sin mecanismos de protección; en un segundo momento ya se construían con ellos, formando parte intrínseca de la propia maquinaria, e impidiendo que los obreros las quitaran a su voluntad, no dejaré de señalar la resistencia que, tanto los industriales como los mismos obreros, ponen en el empleo de los dispositivos de protección. Y en un tercer momento, cuando los medios técnicos y mecánicos se demuestran insuficientes, es necesario acudir al factor humano²⁷⁶ (Villar, 1942, 52).

b. Medios psicológicos. Se incluyen aquí todos aquellos que actúan sobre el factor hombre/trabajador y que comprenden: selección y orientación profesional, carteles, avisos y señales indicadoras, campañas de seguridad, recompensas y concursos de seguridad, publicaciones diversas, etc.

Esto traerá al primer plano, insistimos, más desde el punto de vista científico y teórico que real, a la psicotecnia, que en función de lo que acabamos de decir se va a centrar principalmente en la orientación y la selección profesional. Tanta importancia le daba a esta cuestión el propio Villar que llegaría a afirmar que “El día que se realice la orientación profesional de una manera total y continuada, se habrá resuelto uno de los problemas de más importancia para la humanidad y la industria, y por tanto, para la economía nacional”. Es decir, la labor preventiva desde esta área de conocimiento va a consistir en localizar al mejor trabajador para cada puesto y en analizarle para comprobar si demuestra o no tendencia a sufrir accidentes. En otros términos, el binomio desde el que se pretenderá explicar este fenómeno será el formado por el individuo y el puesto de trabajo²⁷⁷.

J. Mallart lo formuló del modo siguiente: “las condiciones psicofisiológicas de los individuos son las que deciden principalmente la suerte del trabajador ante los peligros del trabajo”²⁷⁸.

Se analizarán variables como el sexo, estado civil, edad, categoría, antigüedad en el ejercicio de la profesión, aptitudes individuales y

²⁷⁵ Y que vendrán a apoyar el trabajo preventivo desde la psicología. Entre otros, los citados Palancar y Pérez Botija, Edición facsímil, Estudio introductorio, Galán-García, A., Fundación Mapfre y Junta de Andalucía, Sevilla, 2010. También Mercx, F., *La prevención de los Accidentes por los métodos psicológicos*, 1934, Vitoria, etc.

²⁷⁶ Villar, M., *op. cit.*, n. 7, p. 52.

²⁷⁷ Villar, M., *op. cit.*, n. 7, p. 53.

²⁷⁸ Mallart, J., *Orientación profesional y prevención de accidentes del trabajo*, Memorias del Instituto de Reeducación Profesional de Inválidos del Trabajo, 1926, 3.

familiares, cultura, estado de salud, hábitos en la vida fuera del trabajo, alimentación, abusos de bebidas alcohólicas, tabaco, vivienda, preocupaciones y disgustos familiares, ambición, falta de armonía, trabajo a disgusto, etc. Afecciones internas en el aparato circulatorio, afecciones óseas o musculares, vértigos, neuropatías, etc. Falta de robustez, insuficiencia muscular, imperfecciones en los sentidos, falta de adaptación al trabajo, falsa evaluación del peligro, ignorancia de las medidas preventivas, errores en el manejo de dispositivos de seguridad, defectos de aprendizaje; escaso nivel mental, falta de atención, sostenida, concentrada o distribuida, falta de adaptabilidad motriz, fatiga precoz, falta de memoria, de voluntad, de presencia de espíritu, etc.

Estas preocupaciones y su orientación hacia la mejora de la productividad ya las puso de manifiesto Martínez Pérez²⁷⁹. El casi coetáneo Villa alude a esta misma cuestión y apunta otra variante no menos atractiva, y es que “en las escasas empresas en las que se aplicará la OCT y solo se hace con vistas generalmente más a poner de manifiesto las aptitudes que tienden a un aumento del rendimiento. Una selección así efectuada solo representa un progreso desde el punto de vista del rendimiento, y claro es que algo influye en la disminución de los accidentes. Pero esto es insuficiente, no basta que un obrero sea apto para realizar una tarea determinada, ya que nosotros no podemos tener la seguridad de que esa aptitud o capacidad le inmunice para los accidentes. Es decir, se alcanza un mayor nivel técnico pero los accidentes aumentan”²⁸⁰.

Entre estos medios se incluyen los denominados “medios especiales”, a saber: programa de radio, cine, museos, dibujos animados. En este sentido, y a modo de ejemplo, debió alcanzar cierto predicamento un nuevo tipo de film que por esos años creó la Asociación Profesional del pequeño comercio de Berlín. Por medio de un curioso procedimiento se hace aparecer en cada escena un personaje cómico, en forma de dibujo animado introducido en las vías naturales. Este personaje interviene en todos los casos de accidentes y demuestra las medidas preventivas al resto de personajes. En la versión actual, el personaje principal, Napo, y sus compañeros también se expresan sin palabras. Sus historias tienen un valor educativo. Provocan preguntas y estimulan el debate en torno a aspectos específicos de la seguridad en el trabajo. A veces ofrecen soluciones prácticas o ayudan a encontrarlas²⁸¹.

El cartel va a ser el otro gran medio de prevención del momento. Las

²⁷⁹ Martínez Pérez, J., “La Organización Científica del Trabajo y las estrategias médicas de seguridad laboral en España (1922-1936)”, *Dynamis*, 1994, vol. 14, pp. 131-158.

²⁸⁰ Villar, *op. cit.*, n. 7, p. 54.

²⁸¹ Disponible en <https://www.napofilm.net/es/napos-films/films> (15.11.2015).

abundantes publicaciones sobre la cuestión nos advierten de su difusión y de su permanencia²⁸².

Pero de todos los medios preventivos, el argumento más repetido, podríamos decir, más inútilmente repetido, a lo largo de todo el siglo va a ser el de la necesidad de introducir la prevención de riesgos en el trabajo en los distintos niveles educativos.

Los ya citados Palancar y Pérez Botija lo reflejan del modo siguiente: “La enseñanza de la seguridad en las escuelas primarias juega hoy día un gran papel en la labor de prevenir los accidentes del trabajo, puesto que contribuye de una manera general y abstracta a enseñar los métodos de seguridad. Con ello se tiende no solo a preservar la vida del niño, sino también a inculcarles hábitos de prudencia que conservarán en el momento de entrar en el trabajo industrial, permitiendo reducir el número de accidentes. No se trata de enseñar los dispositivos técnicos de prevención, sino de crear un estado psicológico adecuado para que las nociones de esta naturaleza puedan influir en su conducta diaria”²⁸³. ¿No estará ya formulando la necesidad de generar y desarrollar lo que luego, ya casi a finales del siglo, llamaremos “cultura preventiva”?

Abundando en este discurso no nos resistimos a recoger la opinión de la que se hace eco De Andrés Bueno “(...) la enseñanza de la buena administración y de la conducta prudente en los talleres de trabajo, es muy lenta; tanto por lo que se refiere a los trabajadores como en el caso de las autoridades administrativas, los resultados no quedarán con carácter de permanencia, sino mediante la continuación ininterrumpida y sostenida de la educación de los antiguos empleados; la entrada en juego de nuevos obreros significa, en gran parte, la vuelta al comienzo del lento procedimiento de la educación”²⁸⁴. Este planteamiento, por un lado, pone en valor las palabras de Palancar y Pérez Botija recogidas más arriba, y, por otro, va a poner de manifiesto el coste que conlleva el centrarse solo en la educación/formación de los empleados.

c. La labor preventiva debe ser una acción integral. También esta cuestión se vio clara desde los comienzos. La obra completa de la prevención pone en juego medios tan diversos que, en su realización, no puede vincularse exclusivamente en el terreno profesional a una determinada institución,

²⁸² Entre otros, Gandásegui Larrauri, J.M., *El cartel como medio preventivo de accidentes de trabajo*, Conferencia leída en la Escuela Social de Madrid el día 7 de mayo de 1947. Habría que añadir los ya citados Palancar y Pérez Botija, Mercx, De Andrés Bueno, etc.

²⁸³ Palancar, M. y Pérez Botija, E., *op. cit.*, n.7, p. 64.

²⁸⁴ De Andrés Bueno, V., *Prevención de Accidentes de trabajo*, Madrid, 1934, p. 189. De especial interés Rius Sintés, I., “Organización industrial”, *Cuadernos de Estudios Económicos y Sociales*, Barcelona, Bosch, 1940, pp. 88-89.

centro o entidad.

La acción integral se entiende, por un lado, desde el punto de vista profesional y, por otro, desde el lado institucional. En el primero de los casos, los obreros son los que más eficazmente pueden y deben contribuir a la disminución de los accidentes. El patrono tendrá que poner en marcha cuantos medios sean necesarios y darles la publicidad necesaria para perseguir su efectividad. El médico es el adecuado para introducir las medidas higiénicas y porque puede contribuir muy eficazmente a evitar accidentes por medio de la selección de trabajadores y la orientación profesional. Además serán los encargados de remediar los males causados y de reeducarles para posibilitar la reanudación de su vida de trabajo. Los sociólogos y legisladores porque con sus estudios y disposiciones son los encargados de velar por la vida e integridad de todos los trabajadores. Y, finalmente, los inspectores de trabajo han de velar por el exacto cumplimiento de las leyes. Todos ellos deberán estar subordinados a los ingenieros; por su íntima relación con las obras y los trabajos, fábricas y talleres, son los que mejor pueden apreciar los peligros y determinar las precauciones que es preciso adoptar y los medios de defensa que han de aplicarse²⁸⁵.

Por el lado institucional, junto a los organismos del Estado y sus servicios técnicos, institutos y oficinas de psicotecnia, escuelas profesionales en sus diversos grados y sindicatos, debe figurar la acción privada representada por las entidades aseguradoras, las asociaciones técnicas dedicadas a la prevención y por las propias empresas particulares.

d. Desde el punto de vista de la acción estatal, se entiende que al Estado le corresponde la acción normativa e inspectora y la creación de cuantas instituciones, organismos, servicios, etc. se consideren necesarios para el desarrollo de labores de estudio, divulgación, propaganda, etc. de todo cuanto guarde relación con este asunto.

Por su parte, la acción privada debe orientar su papel en una doble dirección. Primero hacia el interior, bien creando servicios o comités de seguridad o, incluso, conviviendo ambos, asumiendo la función de seguridad como una más de la propia empresa. Y, segundo, hacia el exterior, colaborando en la organización de museos y exposiciones permanentes. Especial alusión se hace a las entidades aseguradoras y a las labores de propaganda y divulgación que deben asumir²⁸⁶.

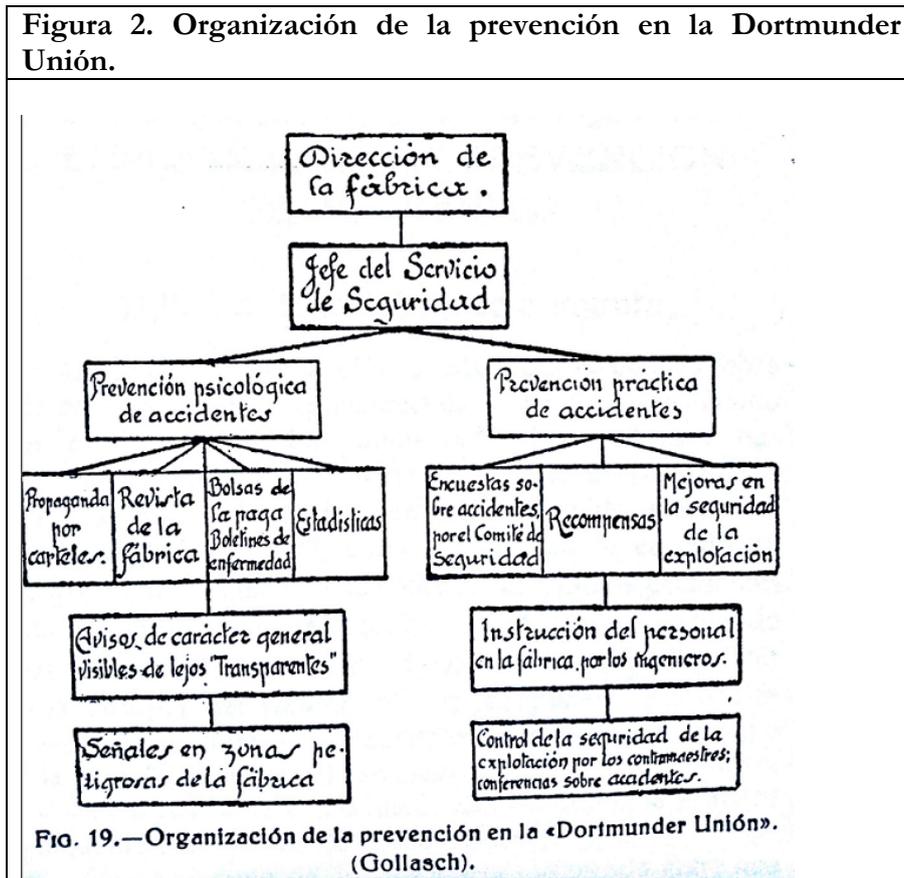
La creación de los comités de seguridad mereció especial atención,

²⁸⁵ Fernández, Á., "La Prevención de accidentes", *Revista de Obras Públicas*, 1932, T. 1, p. 44.

²⁸⁶ Castro, *op. cit.*, n. 9, p. 31.

especialmente entre médicos de empresa e ingenieros. En el primero de los casos, el ya mencionado De Andrés Bueno, viene a insistir en la necesidad de subordinar la organización del trabajo a la seguridad y en las ventajas que ofrece la creación de aquellos. En el trabajo citado recoge varios modelos de organización correspondientes a distintas empresas europeas.

Figura 2. Organización de la prevención en la Dortmunder Unión.



Fuente: De Andrés Bueno, Vicente. Prevención de Accidentes de trabajo. Madrid; 1934.

También los ingenieros insistían en esta misma línea. Por la difusión que alcanzó su obra merece la pena destacar al francés P. Razous. El mismo nos ofrece los resultados alcanzados en varias empresas donde se pusieron en marcha los comités de seguridad. En la Compañía Aceros de Pompey, por ejemplo, se redujeron en un 50 % las horas perdidas por causa de los

accidentes tan solo a los seis meses de ponerse en marcha el comité²⁸⁷.

3. El Discurso durante el Franquismo

Somos conscientes de que este periodo puede parecer excesivamente prolongado y que desde el punto de vista económico se sucedieron distintos momentos muy diferentes entre sí. De la posguerra de los Cuarenta a la década de transición de los cincuenta y al crecimiento espectacular de los sesenta y comienzos de los setenta²⁸⁸.

Para reconstruir el discurso que nos viene ocupando durante este período vamos a recurrir, fundamentalmente, a tres documentos que a nuestro juicio marcan tres hitos importantes en el desarrollo que nos ocupa. El asesoramiento norteamericano en esta materia, apenas valorado hasta este momento; la primera Campaña de Seguridad en el Trabajo que se llevará a cabo en nuestro país en el año 1961 y el Primer Plan de Nacional de Seguridad e Higiene de 1971.

Será precisamente la situación de posguerra, la necesidad de incrementar la productividad a toda costa y la alineación de todas las instituciones del Estado para tratar de resolver el problema de la escasez de productos de todo tipo, lo que marque las líneas maestras del discurso del momento. La gravedad del problema que representan los accidentes del trabajo, desde el punto de vista humanitario, social, económico, etc. se afrontaba ahora en términos de “cruzada”. Cruzada que, coincidiendo con el inicio del nuevo Régimen, se quiere presentar también como el comienzo franco de este empeño: “es precisamente ahora cuando empezamos a atacar en serio esta cuestión, de acuerdo con la importancia que la misma reviste”²⁸⁹.

Apenas podemos decir nada de los años Cuarenta, no obstante que se celebraron el I y II Congresos Nacionales de Medicina y Seguridad en el Trabajo en los años 1943 y 1947 y que no sea referirnos a los planteamientos que hemos esbozado para el primer tercio del siglo.

Diez años después la Comisión Nacional de Productividad Industrial, en el contexto del programa de Ayuda Técnica Norteamericana organiza una misión de estudios sobre Seguridad e Higiene a Estados Unidos. Como no

²⁸⁷ *Curso de prevención de accidentes del trabajo*, Madrid, Reus, 1933, p. 26. Fue profesor de la asignatura Prevención de accidentes del trabajo en la Escuela de Trabajos Públicos de París.

²⁸⁸ Un análisis más detallado en el trabajo ya citado de Ortega Moreno, M. y Galán García, A., y en la tesis doctoral inédita de este último, *La siniestralidad laboral en España. 1900-2000. Un relato entre lo evidente y lo prioritario*, Huelva, Febrero 2016.

²⁸⁹ Martos de Castro, *op. cit.*, n. 7, p. 4.

podía ser de otra manera, la empresa será el centro de atracción. El discurso no era nuevo del todo: el que la prevención es una cuestión de todos, que debe entenderse como una función más de la empresa, que la enseñanza es la clave, etc. Ni siquiera la insistencia en la creación de los comités de seguridad llegaba a ser una novedad completa. Ya hemos visto que desde los años treinta se venía insistiendo en esta opción. Sin embargo, si resultaba novedoso el mensaje de accidentes cero, la prevención puede ser rentable, la necesidad de administrar una formación “cabal” a los trabajadores al empezar a trabajar o al cambiar de puesto; el que la siniestralidad puede perjudicar a la imagen de la Compañía; la Gerencia debe asumir la responsabilidad en esta cuestión y, muy especialmente, el que es necesario introducir principios para una organización efectiva de la prevención.

El hito siguiente será la primera Campaña Nacional contra los accidentes del trabajo de 1961. Con la propia puesta en marcha de la campaña, los medios psicológicos apuntados en los años 30 alcanzan ahora su plena realización.

Desde el punto de vista discursivo tiene dos novedades que es necesario destacar. En primer lugar, la ampliación del foco preventivo desde la empresa al conjunto de la nación; precedente remoto que no encontrará su concreción hasta la Ley de Prevención de riesgos Laborales de 1995. En segundo término, se avanza también en la complejidad del objeto de estudio. Si en el periodo anterior nos referimos al binomio formado por el trabajador y su puesto, tenemos que referirnos ahora al ambiente de trabajo, sus condiciones de vida y su entorno social. Sin duda alguna, un cambio realmente significativo. Como ya hemos apuntado, otras cosas fueron las realizaciones alcanzadas.

Entre los métodos preventivos, se apuntan dos grupos de actuaciones:

- Grupo 1: Incluye tres procedimientos que deben emplearse de manera conjunta. Por un lado el estudio higiénico-preventivo de la empresa (inicial y periódico) y el análisis de los puestos de trabajo. En segundo término el estudio de los accidentes de Trabajo acaecidos (investigación y análisis de causas) y, por último, la vigilancia del trabajo (Inspección permanente).

- Grupo 2: Aquí se incluyen cuatro medidas: la formación preventiva general del personal directivo, técnico y obrero; la planificación, la elaboración y transmisión de las instrucciones apropiadas y la vigilancia de las tareas realizadas. Tercero, el desarrollo del sentido de la responsabilidad del personal y, por último, el reconocimiento psicofísico de los trabajadores ya fueran empleados o directivos.

Al menos en el discurso la atención se va focalizando hacia lo organizativo

y lo personal en detrimento de lo técnico o mecánico²⁹⁰. Se avanza de la formación al adiestramiento, se insinúa ya la necesidad de planificar la seguridad y mantener una vigilancia constante, etc. pero lo que no se especifica aún, entre otras cosas, es la manera de incentivar a los trabajadores para que asuman su responsabilidad.

Por su parte, el I Plan Nacional de Seguridad e Higiene (171), vino, otra vez, a insistir en conceptos ya conocidos:

- Necesidad de generar una conciencia colectiva del problema de los riesgos profesionales y de las posibilidades de lucha contra los mismos que conduzca a escala nacional a una decidida voluntad de colaboración libremente aceptada.

- Una participación social activa de todos los estamentos del mundo del trabajo que convierta la acción preventiva en tarea comunitaria.

- Una descentralización de funciones que permita un acertado equilibrio entre una fijación de objetivos y metas y una programación genérica, necesariamente centralizadas, y una acción directa realizada a nivel provincial.

- Una tecnificación progresiva entendida en su triple vertiente de análisis científico del problema, racionalización de métodos y normalización de medios.

- Sensibilización en la empresa. Por ser el lugar donde se producen los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es allí donde hay que evitarlos, se promoverá la adecuada formación e información en Seguridad e Higiene del trabajo a directores de empresa, técnicos, mandos intermedios y trabajadores. Insiste en la necesidad de sensibilizar muy especialmente a los titulados superiores de la empresa y a los mandos intermedios.

- Enseñanza. Una vez más “en todos los niveles educativos, adecuada a la edad y modalidad, desde el preescolar hasta la universidad, pasando por el Bachillerato y la formación profesional”. Esta será la única ocasión en que se haga alusión a la necesidad de impartir formación preventiva en Bachillerato.

Una de las novedades que aportó fue la de insistir en la necesidad de formación que requerían los especialistas en Medicina, Higiene y Seguridad. Novedad que no se vería resuelta hasta la ya citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995. La otra va a venir de la necesidad de establecer una “Programación anticipada”; que, al adecuar las

²⁹⁰ *Los riesgos profesionales en España*, Campaña Nacional de Prevención de Accidentes, Ministerio de Trabajo, Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, Los Madrid, 1966, p. 18.

sucesivas etapas de la acción preventiva a las previsible necesidades futuras, evite improvisaciones y se adelante a la problemática variable de los riesgos profesionales de nuestro país. Es esta la primera vez que se habla de organizar los recursos de cara al futuro.

Y para terminar con la Década de la Transición, hemos de referirnos una vez más a los carteles como medio preventivo. En estos momentos, su uso, era todavía una de las estrellas de los programas de prevención: “debidamente estudiados, previenen al obrero de los riesgos que se presentan en el trabajo (...). Nada más práctico, por ejemplo, que la representación gráfica, de inmediata asimilación, para llamar la atención al obrero y despertar en él el deseo de lucha contra el peligro que le acecha, teniendo la ventaja sobre los restantes métodos – folletos, instrucciones escritas, etc. – que no exige al obrero un estudio detenido para llegar al conocimiento de lo que se trata de evitar, sino que lo ve al pasar, le recuerda el peligro y le pone en guardia contra el mismo (...). Han de dirigirse, por tanto, a las facultades emotivas y han de influir de una manera profunda y duradera en el ánimo del obrero, incitándole a ser prudente y preparándole para que sus reacciones psicomotrices sean rápidas y estén perfectamente adaptadas a las circunstancias de cada momento”. El propio autor introduce un matiz que no debemos dejar escapar: “Hay otros medios de propaganda: películas, charlas, folletos, instrucciones escritas, etc. que tienen el inconveniente de precisar un trabajo mental por parte del obrero, o por lo menos, de retención al no trabajar sobre él de una manera automática como el cartel, si bien tienen la ventaja de poder ser más amplios en cuanto a instrucciones”²⁹¹.

4. Los años Ochenta

En este período será la empresa la que venga a enriquecer notablemente el discurso. En este caso nos haremos eco de algunas de las cuestiones que debatió la Comisión de Seguridad de la Industria Siderometalúrgica a finales de los Setenta y a lo largo de los Ochenta. Apuntamos en primer lugar las novedades y recogemos luego los mensajes ya conocidos²⁹².

- Los cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo requieren que la higiene industrial disponga de una organización unitaria e interdisciplinaria a nivel empresarial y estatal. Incluso se plantea ya la

²⁹¹ De Lucas Ortueta, R., *Métodos y organización industrial*, Index, Madrid-Barcelona, 1970, p. 34.

²⁹² Acta 17 Asamblea de la Comisión de Seguridad Industrial y Siderúrgica, 21 y 22 de Mayo 1979. Archivo Histórico Navantía. Factoría Matagorda. Puerto Real. Caja 2452.

necesidad de estudiar y adecuar nuestras normas a las establecidas internacionalmente en este ámbito (nivel de ruido, contaminantes, etc.).

- El debate sobre el uso de lo que hoy conocemos como equipos de protección individual (epis) se va superando. Aunque se reconoce en la práctica, el uso de los elementos de protección personal está parcialmente liberalizados, la opinión general es que su utilización debe ser obligatoria, previa formación e información al usuario.

- Los trabajos tóxicos, penosos y peligrosos deben tender a eliminarse, previo estudio del coste que supone el plus que representan y la inversión que supondría la modificación de las instalaciones.

- Desde el punto de vista del factor humano un avance importante: diferentes investigaciones descartaban la existencia de personas predispuestas a sufrir accidentes en términos generales. En cambio, sí parece real el que determinados individuos, debido a sus condiciones personales, se puedan accidentar más que otros. Son los denominados “repetidores”²⁹³.

- Se reconocen las serias dificultades para evaluar la eficacia de las acciones que se desarrollan en seguridad con predominio del factor humano. Son necesarias nuevas propuestas técnicas. Esto es más grave aún, una vez que se ha demostrado que los índices de seguridad e higiene que tiene cada empresa no mejoran si nos centramos fundamentalmente en los aspectos técnicos. Se ha demostrado la conveniencia de otorgar no la primacía, pero sí el lugar que le corresponde, al factor humano en los programas de seguridad.

Lo anterior viene a decir, una vez más, que la tarea de la Prevención es una labor multiprofesional en el cual los especialistas en Ciencias de la Conducta (Psicólogos, sociólogos, etc.) tienen una importante tarea que realizar, pero que no serán los únicos. Y también aquí se constata la transformación que estamos sufriendo. A la Medicina del Trabajo, ya más que consolidada, se van a sumar la Psicosociología y la Ergonomía. Y, al mismo tiempo, va adquiriendo total naturalidad la relación con otras disciplinas no consideradas “prevencionistas”. Además de la Ingeniería, necesita también el auxilio de las Ciencias Empresariales, ya sea por lo que tiene que ver con el coste real de los accidentes, los planteamientos coste-beneficios y por los problemas prácticos organizativos de la gestión empresarial. En auxiliar indispensable se ha constituido el Derecho en todas sus ramas y especialidades desde el derecho Penal, en relación con las responsabilidades, el derecho Administrativo, el Civil, el Mercantil, el

²⁹³ Las Heras Esteban, J.M., *Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Formación Profesional, Segundo Grado Primer Curso. Editorial Donostiarra, San Sebastián, 1982.

Actuarial, etc. Y la última incorporación va a venir de la mano de la ética, “las implicaciones éticas de la Seguridad son las que justifican su razón de ser. Los valores humanos – retomamos aquí el problema humano que representa a la siniestralidad – son improntas culturales que imponen respeto que no podemos ni debemos saltarnos. Sin este respeto ético a la persona humana, la Seguridad degeneraría en una inhumanidad científicamente controlada, pero más agresiva que las lesiones que intenta controlar. La Seguridad es Ética, es decir, es Humana, o no es Seguridad”²⁹⁴.

- Se amplía en profundidad el análisis de los riesgos que origina la moderna seguridad técnica. El concepto moderno de seguridad técnica se identifica con el *Control Total de Pérdidas*. A su vez, aquella ampliación lleva a planteamientos globales que van a superar los enfoques a corto plazo sobre las causas últimas más evidentes de los riesgos y de los accidentes. La ampliación al diseño lleva a la Seguridad integral técnica intrínseca dentro del proceso laboral como una Seguridad de concepción. Y en este contexto de necesaria planificación se repite con insistencia:

1. Toda acción de seguridad que no arranque del proyecto es, en principio, más costosa, difícilmente será óptima y la mayor parte de las veces será consecuencia de un accidente que no tenía que haberse producido.
2. La Seguridad desde el Proyecto solo será posible allí donde esté establecida una política de seguridad clara, concreta, honesta, donde las responsabilidades objetivos y medios estén definidos.
3. Seguridad en el proyecto significa concebir el sistema de instalación del trabajador en conjunto, previendo desde el anteproyecto el desarrollo óptimo de los procesos industria, laboral y social²⁹⁵.

Otro avance significativo vendrá de la necesidad de profesionalizar la prevención, de formar a técnicos especialistas en la cuestión. Ya se había planteado años atrás pero ahora se irá terminando de perfilar su figura:

- Se hace necesario el reconocimiento por parte de la Administración del experto en seguridad y también de la descripción total de las funciones que le corresponden. Esto viene a significar tanto como confeccionar una reglamentación para los servicios de seguridad e higiene en el trabajo. Se propone que en el futuro se denominen *Servicios de prevención de accidentes y enfermedades profesionales*. Además, estos servicios deberán considerarse

²⁹⁴ Baselga Montes, M., Cortés Cecilia, J.M. y Domínguez Comeche, S., *Seguridad en el trabajo. Plan de estudios del Técnico de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Madrid, 1984.

²⁹⁵ Acta 17 Asamblea de la Comisión Seguridad de la Industria Siderúrgica, 21 y 22 de Mayo 1979, Archivo Histórico Navantía, Factoría Matagorda, Puerto Real, Caja 2452.

siempre como staff²⁹⁶.

- Algo más tarde se planteó la conveniencia de que el futuro prevencionista tuviera una formación académica y profesional en la universidad, en Escuelas Especiales y en organismos laborales, homologaciones de títulos y diploma, etc.²⁹⁷ Las referencias estaban claras. Se trataba del HumbertCollege en Readxle, Canadá²⁹⁸.

- El paso siguiente tenía que ser la elaboración del *Estatuto del prevencionista* que viniera a regular su situación en la empresa y que ya había recomendado el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de enero de 1976.

Por lo demás, y para concluir con este período, se seguía insistiendo en que los programas de seguridad debían de responder a una concepción integral de la organización: es decir, conseguir la participación de todos los interesados en su formación, con especial atención al apoyo expreso de la dirección, si es que realmente se quería alcanzar el éxito duradero en este ámbito. De no conseguirlo, la empresa no llegaría más allá de la realización de una serie de parches más o menos conectados entre sí. De la misma manera, las medidas colectivas e individuales contra el riesgo ambiental competen a todo el ámbito de la empresa (dirección, mandos y operarios).

5. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El discurso de la “cultura preventiva”

Con la Constitución española de 1978 y el Estatuto de los Trabajadores de 1980 de fondo, los cambios sociales y económicos que se produjeron durante los Ochenta y Noventa y, muy especialmente, nuestra incorporación a la Unión Europea, tenemos dibujado el escenario en el que se va a desarrollar el discurso, especialmente prevencionista, que va a imperar durante la última década del siglo que nos ocupa. Este relato encontrará un magnífico altavoz en los organismos que se irán creando en

²⁹⁶ Acta XXII Asamblea General de la Comisión Seguridad de la Industria Siderúrgica. Avilés, 25 de mayo de 1984 en los locales de Ensidesa. Archivo Histórico de Navantia. Factoría Matagorda. Puerto Real, Caja 2451.

²⁹⁷ El 20 de septiembre de 1982. Carta del Presidente de la Comisión de Industrias Siderometalúrgicas. XXII Asamblea General de la Comisión de Seguridad de la Industria Siderúrgica. Archivo Histórico de Navantia. Factoría Matagorda. Puerto Real, Caja 2451.

²⁹⁸ Documento presentado en el 10º Congreso Mundial sobre Prevención de Accidentes y Enfermedades profesionales el 11 de mayo de 1983 en Ottawa, Canadá. Sr. Stemp, Instructor Principal para el Programa Tecnológico de Ingeniería en Seguridad en el Colegio Humber, en Rexdale, Canadá. <http://www.humber.ca/>.

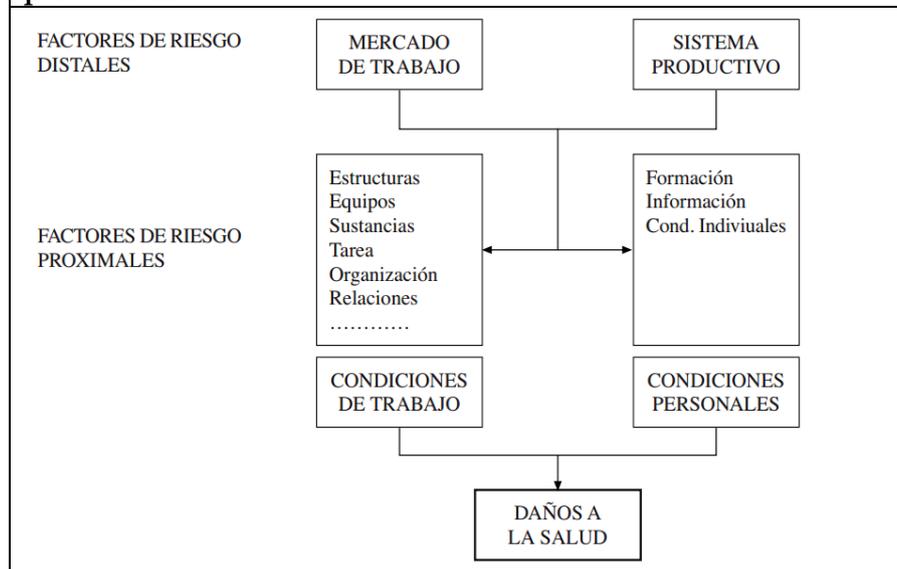
las diferentes comunidades autónomas, una vez concluidos sus respectivos procesos de transferencia de las competencias correspondientes.

Desde el punto de vista de las causas queda absolutamente aceptado ya que los accidentes se producen como resultado de la interacción de las condiciones de trabajo y de las condiciones personales del trabajador. Y se entienden aquellas como “cualquier característica [del trabajo] que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”²⁹⁹. Se incluirán también las características de los locales e instalaciones, equipos, productos y “la naturaleza de los agentes químicos, físicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia”. E incluso, “los procedimientos para la utilización de los agentes mencionados anteriormente que influyen en la generación de los riesgos comentados” y “todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relacionadas con su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a los que esté expuesto el trabajador”. A estas condiciones, a las que podemos llamar locales o proximales, están a su vez influenciadas por otros factores de alcance más amplio, o distales, que viene a ser el funcionamiento del mercado de trabajo (contratación, despido, temporalidad, precariedad, etc.) y la organización del sistema productivo (subcontratación, etc.) que influyen de manera sustancial tanto en las condiciones de trabajo como en las condiciones personales de los trabajadores³⁰⁰.

Los autores mencionados lo representan del modo siguiente:

²⁹⁹ Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 4.7e.

³⁰⁰ Castejón, E. y Crespán, X., “Accidentes de trabajo: [casi] todos los porqués”, Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 25, núm. 1, 2007.p. 17.

Figura 3. Interacción entre los factores de riesgo distales y proximales

Fuente: Castejón, Emilio y Crespán, Xavier. Accidentes de trabajo: [casi] todos los porqués. Cuadernos de Relaciones Laborales. 2007, Vol. 25, núm. 1, 2007, p. 18.

Desde el punto de vista preventivo, será la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, en su exposición de motivos, la encargada de darle forma al discurso³⁰¹. Las principales novedades van a ser:

- Es necesario abordar este fenómeno desde un punto de vista de país y a través de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales.
- Su alcance se entiende universal, afecta a todos los trabajadores, excepción hecha de determinados colectivos que por la especificidad de su propio trabajo requieren de regulación diferenciada³⁰².
- Su carácter integrador y universalista se entiende también hacia todas las administraciones, empresarios y trabajadores, claro está, a través sus organizaciones representativas.
- La empresa debe proteger al trabajador frente a los riesgos laborales y esto exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas.

³⁰¹ 31/1995 de 8 de Noviembre (B.O.E. de 10 de Noviembre de 1995).

³⁰² Policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil, cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley.

- Velar por la efectividad de las medidas que se adopten en cada momento es otro de los mensajes en los que se insiste.
- La tan anunciada y deseada participación de los trabajadores en la prevención hacia el interior de su propia empresa, se va a concretar por fin. Se va a entender que para alcanzarlo es necesario que estén informados y formados; de esta manera será más fácil prevenirlos y evitarlos. Del mismo modo, otro modo de involucrarles en el objetivo común tendrá que ver con la necesidad de consultarles y de que participen en relación con las cuestiones que afectan a la seguridad y salud en el trabajo. De la voluntariedad se pasa ahora a la obligatoriedad pero por parte del empresario.
- La visión integradora se concreta en la necesidad de fomentar una auténtica cultura preventiva, mediante la promoción de la mejora de la educación en dicha materia en todos los niveles educativos e involucrar a la sociedad en su conjunto³⁰³. Es decir, no solo se orienta a prevenir los riesgos hoy sino también hacia el futuro.
- Aquella visión integral e integradora se va a hacer extensible también a los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo que tendrán que ofrecer determinados niveles de seguridad para los usuarios. El discurso va ahora mucho más allá del propio ámbito laboral.
- Desde el punto de vista práctico, se vuelve a insistir en el diseño integral del que se venía hablando en los años Ochenta. La planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica a medida que se alteren las circunstancias.

³⁰³ Esta parte del discurso se sigue repitiendo de la misma manera hasta nuestros días. Véase a modo de ejemplo la *Estrategia Española Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020*, Ministerio de Trabajo. Una vez más se vuelve a insistir en que “la integración de la formación en prevención de riesgos laborales en el sistema educativo, en la formación infantil, primaria, secundaria, (sistemáticamente se olvida el Bachillerato- formación profesional reglada y la formación universitaria, que requieren un apoyo y una asistencia especial, a fin de conseguir profesionales cuya formación, además de garantizar la calidad de su trabajo, les permita realizarlo con las máximas garantías de seguridad”. En el mismo documento se vuelve a plantear como objetivo: Consolidar la integración de la formación en prevención de riesgos laborales en las diferentes etapas del sistema educativo e incorporar la asignatura de prevención, como asignatura transversal, en aquellos grados universitarios cuyos profesionales asumen, por la naturaleza del grado, competencias propias en materia de prevención de riesgos laborales. El papel lo aguanta todo y mientras tanto en las aulas, en términos generales, se sigue sin hablar de prevención de riesgos laborales.

6. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, la visión a largo plazo, nos permite poner en sus justos términos el significado de las aportaciones que se van produciendo a lo largo del tiempo. Hemos mencionado cuestiones que una vez planteadas se van superando, otras que se van incorporando y asimilando debido al propio desarrollo técnico, social, normativo, etc., pero también hemos visto otras que han permanecido invariablemente, casi formuladas del mismo modo, a lo largo de los años y sobre las que no se ha tomado ninguna determinación. Nos referimos, especialmente, a la integración de la prevención de riesgos en todos los niveles del sistema educativo. Tarea pendiente que hemos venido suspendiendo de manera sistemática a lo largo de todo el siglo.

Constatamos, por otro lado, que al igual que la serie de accidentes de trabajo del siglo que nos ocupa, los cambios en el discurso no van a coincidir de manera sistemática con los cambios en los ciclos económicos. Este hecho requiere de más análisis del fenómeno desde el largo plazo.

El discurso se va formulando con las aportaciones de la empresa, los especialistas y la propia administración. En este sentido nos parece especialmente revelador el recuperar a los autores de la etapa fundacional. El propio fenómeno va ganando en complejidad justo en la medida en la que van a ir evolucionando las disciplinas que lo han estudiado. Del trabajador y su puesto hemos pasado al trabajador como individuo inmerso en una organización al que pueden afectar causas que tienen su origen lejos o muy lejos del lugar de trabajo. Y, por otro lado, del lugar de trabajo como objeto de atención hemos pasado al conjunto del país como objetivo preventivo último.

El largo plazo permite vislumbrar el tiempo que tardan en incorporarse a la realidad laboral las cuestiones consideradas en su momento como evidentes pero que no encontraron la confluencia de voluntades necesarias como para convertirse en realidad. Este es un beneficio destacable de este tipo de enfoques. La realidad frente al discurso, la acción frente a la palabra, los hechos frente a la retórica. Al final, nos parece un magnífico procedimiento para poner de manifiesto lo que ha venido resultando evidente y lo que fue realmente prioritario.

7. Bibliografía

- Castejón E. y Crespán X., “Accidentes de trabajo: [casi] todos los porqués”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 25, n. 1, 2007.
- De Andrés Bueno, V., *La prevención accidentes del trabajo en los ferrocarriles españoles*, Madrid, 1940.
- De Andrés Bueno, V., *Prevención de Accidentes de trabajo*, Valladolid, 1934.
- De Lucas Ortueta, R., *Métodos y organización industrial*, Index, Madrid-Barcelona, 1973.
- Fernández, A., “La Prevención de accidentes”, *Revista de Obras Públicas*, 1932, T. 1, p. 44.
- Gandásegui Larrauri, J.M., *El cartel como medio preventivo de accidentes de trabajo*, Conferencia leída en la Escuela Social de Madrid el día 7 de mayo de 1947.
- Heinrich, H.W., *Industrial accident prevention; a scientific approach*, New York, McGraw-Hill, 1931.
- Iradier, G., *Organización y control industriales*, Bruger, Barcelona, 1942.
- Las Heras Esteban, J.M., *Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Formación Profesional, Segundo Grado Primer Curso. Editorial Donostiarra, San Sebastián, 1982.
- Mallart, J., “Orientación profesional y prevención de accidentes del trabajo”, *Memorias del Instituto de Reeducación Profesional de Inválidos del Trabajo*, 3, Madrid, 1926.
- Martos de Castro, F., “Los accidentes de trabajo y su prevención”, en *Conferencias sobre prevención de accidentes del trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1942.
- Mercx, F., *La prevención de accidentes por los métodos psicológicos*, Vitoria, 1934.
- Ministerio de Trabajo, *Riesgos profesionales en España, Los. Campaña Nacional de Prevención de Accidentes*, Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, Madrid, 1966.
- Ortega Moreno, M. y Galán García, A., “Análisis univariante de la serie de accidentes de trabajo en España 1900-2000”, *Revista de Historia Industrial*, n. 62, XXV, 2016, pp. 45-71.
- Palancar, M. y Perez Botija, E. *La prevención de los accidentes del trabajo por los modernos métodos psicológicos, gráficos y mecánicos; eficacia comparativa de unos y otros desde los puntos de vista humanitarios y económico*, Madrid, 1934.
- Razous, P., *Curso de Prevención de accidentes del trabajo*, San Sebastián, 1934.
- Villar, M., “La psicotecnia en la prevención de los accidentes del trabajo”, en *Conferencias sobre prevención de accidentes del trabajo*, Barcelona, 1942, p. 53.

**La responsabilidad indemnizatoria
del trabajador durante la vigencia
del contrato de trabajo,
por Lourdes Mella Méndez**
Una reseña

La obra comentada es una monografía elaborada por Lourdes Mella Méndez, Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela. Esta monografía analiza un tema clásico y tradicional del Derecho Civil como lo es la responsabilidad indemnizatoria de los daños causados por una parte del contrato. Sin embargo, la nota distintiva de la misma es que analiza las implicaciones de este tipo de responsabilidad civil para el Derecho del Trabajo. Mientras la mayor parte de los estudios en la materia se han concentrado en la responsabilidad indemnizatoria del empresario frente al trabajador, por ser estos los más habituales en la práctica, en este caso, el objeto de la investigación se limita al supuesto de la responsabilidad indemnizatoria del trabajador frente al empresario durante la vigencia o desarrollo del contrato de trabajo. La elección de este ámbito de estudio se explica en razón del mayor desconocimiento de la materia, pues ha sido objeto de una atención menor por parte de la doctrina científica. Ahora bien, el número de reclamaciones judiciales por este motivo no es infrecuente y, en los casos en los que se producen, se plantean diversos problemas de interés en la práctica, como demuestran los pronunciamientos judiciales sobre la cuestión que la autora se encarga de analizar de manera pormenorizada en la obra. Esto explica que el estudio detallado de esta materia en la forma de una monografía como la comentada resulte muy oportuno y necesario.

En general, el Derecho del Trabajo no prevé expresamente el deber del trabajador de indemnizar al empresario por los posibles daños que le haya podido causar. Por ello, en los casos en los que no exista una norma

específica en el ámbito laboral, será necesario acudir de manera supletoria al régimen general de la responsabilidad civil regulado en los arts. 1.101 a 1.108 del Código Civil.

El volumen se divide en cinco capítulos. Los dos primeros tienen un carácter más general y de sistema mientras que en los sucesivos la autora realiza un análisis de carácter más práctico.

El primero de ellos aborda una reconstrucción de las principales características de la responsabilidad civil contractual del trabajador. Para ello, este primer capítulo se divide en cuatro apartados que agotan los aspectos principales de la responsabilidad civil. El primer apartado aborda la necesidad de que exista de manera previa una obligación entre las partes, que en este caso sería la obligación de trabajar, nota característica de este tipo de responsabilidad del trabajador, que la diferencia de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. A continuación, la autora se concentra de manera particular en la manera en la que hay que entender la existencia de una conducta incumplidora dañosa del trabajador, lo que va a depender de la existencia de culpa (o negligencia) o dolo. El tercer apartado se dedica a la configuración y delimitación del daño indemnizable al empresario (tanto patrimonial como extrapatrimonial), mientras que el cuarto analiza la concurrencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento contractual y el daño.

El segundo capítulo se ocupa de la evolución histórica de la responsabilidad disciplinaria y de la responsabilidad indemnizatoria y, en particular, de la relación de ambas y de las teorías acerca de su acumulación o alternancia, haciendo referencia también a los aspectos de derecho comparado. En particular, se indaga si la indemnización es compatible con la responsabilidad disciplinaria exigida al trabajador por el incumplimiento contractual producido. La autora llega a la conclusión de que la preeminencia del poder disciplinario solo permite la acumulación de la responsabilidad civil contractual para los supuestos más graves, es decir, cuando concurra dolo o culpa grave en la figura del trabajador.

Los capítulos tercero y cuarto realizan un análisis práctico de la responsabilidad civil del trabajador.

El capítulo tercero se centra en algunos de los daños más comunes que el trabajador puede provocar al empresario: 1) daños derivados de la inasistencia al trabajo; 2) daños en los bienes materiales de la empresa, especialmente aquellos derivados de siniestros en los vehículos o en la maquinaria; 3) daños por multas derivadas de infracciones administrativas; 4) daños por uso indebido, por extemporáneo, de los bienes de la empresa; y 5) otros supuestos variopintos. En particular, en el caso del incumplimiento del deber principal de prestar la propia actividad, este

supuesto encuentra regulación también en los convenios colectivos que ya prevén cláusulas de reparación directa que adoptan la forma de descuentos salariales, por lo que en este caso no sería necesario acudir a la reclamación indemnizatoria por la vía judicial.

Por su parte, el capítulo cuarto analiza uno de los aspectos que generan un mayor interés y que es de gran relevancia para las nuevas relaciones laborales que surgen a raíz de la gran transformación que está experimentando el mercado de trabajo, esto es, la indemnización de los daños derivados del incumplimiento de la obligación de no concurrencia laboral, entendida en sentido amplio. El capítulo se inicia con la presentación de las características de la violación del deber legal de no concurrencia desleal. En segundo lugar, analiza las consecuencias del incumplimiento de los diferentes pactos que pueden estipularse entre el trabajador y el empresario: 1) pacto de no concurrencia, exclusividad o plena dedicación; 2) pacto de no competencia postcontractual; 3) pacto de permanencia y competencia laboral. Ante la ausencia de un precepto laboral concreto, para el estudio de estos pactos resulta fundamental el examen detallado de las sentencias de los tribunales laborales en la materia, puesto que sus posiciones no siempre son coincidentes.

Por último, el capítulo quinto se focaliza en las cuestiones procesales de interés, en particular, en la jurisdicción competente, en la prescripción y en la carga de la prueba, así como en la posibilidad de compensación de deudas entre las partes. Este capítulo culmina con un apartado dedicado a la determinación judicial de la indemnización, aspecto que constituye uno de los puntos más conflictivos en la materia objeto de estudio en razón de la dificultad de cuantificación de la indemnización.

Después de realizar un estudio en profundidad de la responsabilidad civil del trabajador, la conclusión a la que llega la autora es que sería aconsejable que el legislador introdujese una normativa que contuviese unas reglas acerca de la aplicación general del régimen jurídico de las indemnizaciones derivadas del incumplimiento contractual por parte del trabajador. La opinión de la autora de esta monografía puede ser plenamente compartida, puesto que la intervención del legislador en esta materia evitaría que se produjesen criterios contradictorios entre los diferentes tribunales, ya sean civiles o laborales y contribuiría a aumentar la seguridad jurídica en una materia clave para la evolución de las nuevas relaciones laborales.

En conclusión, el aporte de la monografía analizada al debate científico es notable por diversos motivos. En primer lugar, por el esfuerzo realizado por la autora para sistematizar una materia como lo es la responsabilidad civil contractual del trabajador que no ha sido objeto de estudio en

profundidad por parte de la doctrina científica. En segundo lugar, por tratarse de una temática en la que se interrelacionan dos ámbitos diferentes del ordenamiento jurídico como lo son el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, circunstancia que añade un elemento adicional de dificultad a la labor realizada. El resultado es una obra completa en la que se presentan de manera clara y ordenada los principales aspectos teóricos y prácticos de la responsabilidad indemnizatoria contractual del trabajador por los daños causados al empresario durante la vigencia del contrato de trabajo.

Silvia Fernández Martínez*

* Escuela de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo, Universidad de Bérgamo - ADAPT.

El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género, por M^a José Cervilla Garzón

Una reseña

La obra reseñada se trata de una monografía elaborada por María José Cervilla Garzón, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz. Esta obra analiza las modificaciones normativas realizadas para limitar el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género en las relaciones de pareja. Además de exponer una de las manifestaciones más dañinas de desigualdad y discriminación de la mujer en la sociedad actual como es la violencia de género, esta obra reflexiona en profundidad sobre las repercusiones económicas que supone la existencia de violencia de género en el seno de la pareja tanto para la víctima como el agresor. La existencia de dicha violencia va a condicionar el nacimiento del derecho a ser beneficiario de una pensión de viudedad cuando se produzca el fallecimiento del cónyuge, ex cónyuge o pareja de hecho. Éste se trata de un tema de máxima actualidad, dado que la violencia de género, cuyos fundamentos ideológicos se vinculan al desequilibrio de poder y a los roles sociales asociados a hombres y mujeres, constituye una de las mayores lacras sociales de la sociedad actual que exige nuevas políticas de actuación.

El volumen se divide en tres capítulos. El primero tiene un carácter introductorio, mientras que los dos siguientes ahondan en el análisis práctico de la cuestión y se subdividen en varios epígrafes.

En el primer capítulo, la autora realiza una introducción acerca del concepto de violencia de género introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género (en adelante, LMPVG) y su impacto a la hora de determinar quiénes van a ser los sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad. Si

bien de acuerdo con la citada ley, el concepto de violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica que parte de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se concentra en el análisis de aquellos casos en los que las mujeres, por su condición de cónyuge, ex cónyuge o pareja de hecho del agresor, pueden ser sujetos beneficiarios del derecho a la pensión de viudedad. Asimismo, plantea la evolución normativa de la materia y el avance que ha supuesto, fundamentalmente, la aprobación de la LMPVG a fin de oficializar la intervención del Estado en la prevención de los hechos violentos, así como la asistencia a las víctimas y sanción al agresor cuando se producen situaciones de violencia de género acreditables, o dicho de otro modo, en los casos de delito de homicidio o de lesiones, en cualquiera de sus formas, y siempre que no medie reconciliación entre la pareja.

En este sentido, existe una regulación diferente en función de quién sea el sujeto receptor de la pensión de viudedad cuando se acredita una situación de violencia de género en el seno de la pareja. Por un lado, cuando el sujeto beneficiario es la víctima, se le reconoce el derecho a la pensión de viudedad, independientemente de que fuera o no acreedora de la pensión compensatoria con anterioridad a la fecha del hecho causante y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o constituido una nueva pareja de hecho. Por otro lado, cuando el sujeto beneficiario es el agresor, se produce la pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, siempre que la violencia haya sido probada y dicho sujeto sea condenado por sentencia firme. Ahora bien, a pesar de los avances normativos llevados a cabo en esta materia, la autora reconoce el limitado alcance del marco regulatorio aplicable, puesto que las numerosas cuestiones ambiguas que suscita dicha problemática no se han abordado con la extensión necesaria, ni con la claridad que hubiera sido deseable. Ejemplo de ello es el escaso alcance de las situaciones de violencia de género de pareja a las cuales les resultan de aplicación los efectos previstos en la LMPVG y la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) para las pensiones de viudedad. Según reconoce la propia autora, sería recomendable incrementar los efectos preventivos y castigadores de la ley aplicable. Así, considera oportuno que se suprima la conexión inmediata entre las condenas penales y el concepto de violencia establecido en la ley, o bien, se amplíen los delitos comprendidos en el concepto de violencia, según lo previsto en el Código Penal.

El segundo capítulo profundiza en los diferentes condicionantes previstos de carácter subjetivo y objetivo que resultan de aplicación para la posible restricción del derecho a pensión del sujeto activo (o agresor) así como los efectos anteriores y posteriores a la condena por sentencia firme que

produce la violencia de género sobre la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, siempre y cuando no medie reconciliación entre las partes en los casos de separación matrimonial acreditada notarial o judicialmente. En este sentido, según la opinión de la autora, no solo deben concebirse como violencia de género aquellos supuestos que alcancen el grado de delito penal y en los que existan sentencias condenatorias, sino que debería ser extensible a aquellos supuestos en los que se constaten indicios de violencia doméstica a través de los diferentes medios de prueba admitidos en derecho. Además, destaca la importancia de la suspensión cautelar del abono de la pensión de viudedad con anterioridad a la sentencia firme.

Por su parte, el capítulo tercero analiza los condicionantes subjetivos, objetivos, materiales e instrumentales del derecho a la pensión de viudedad a las víctimas de violencia de género y sus efectos sobre la condición de sujeto beneficiario. En este supuesto, con el objetivo de otorgar una mayor tutela a las víctimas, el concepto y el alcance de las agresiones que pueden ser calificadas como violencia de género resulta mucho más extenso.

En relación al elemento subjetivo, la autora reconoce que la violencia de género y la norma en la que se encuadra se dirige exclusivamente a las mujeres, que sufren esta situación de forma mayoritaria. Si bien en su opinión esta condición no supone una diferencia de trato contraria al artículo 14 CE, sí es cierto que aquellos varones víctimas de violencia en las relaciones de pareja, que no sean acreedores de una pensión compensatoria no podrán ser beneficiarios de pensión de viudedad, lo cual supone un perjuicio desproporcionado.

En definitiva, la autora realiza un profundo estudio acerca del derecho o no a percibir pensión de viudedad cuando se produce violencia de género en el seno de la pareja y, para un mayor entendimiento de la cuestión, plantea un extenso elenco de posibles situaciones que se pueden presentar en dicho contexto, en el que existe un importante vacío normativo y criterios dispares por parte de los Tribunales a la hora de pronunciarse al respecto, presentando asimismo sus propuestas de mejora. Entre ellas, destacan las propuestas encaminadas a dar una interpretación flexible y más humana de los preceptos que rigen la actuación de los Tribunales, de modo que brinden la mayor tutela posible a las víctimas en aquellos supuestos en los que puedan quedar desprotegidas. Por ejemplo, las lagunas legales existentes pueden tener un efecto perverso en aquellos casos en los que el agresor provoque baja en el Sistema de Seguridad Social como consecuencia de las sanciones o condenas recibidas, puesto que en dichos supuestos no concurrirían los requisitos de alta en el

Sistema exigibles al sujeto causante que permiten a la beneficiaria percibir la pensión. De manera análoga, el artículo 220.1, párrafo tercero, LGSS, no menciona la nulidad matrimonial como una de las posibles exenciones del requisito de acreditar la pensión compensatoria para ser beneficiaria de pensión de viudedad, lo cual supone un vacío normativo injustificable. Por este motivo, su inclusión en el precepto sería deseable para evitar la disparidad de criterios en los pronunciamientos judiciales dictados por los Tribunales.

Por tanto, el resultado obtenido en este volumen es una síntesis que resuelve las dudas en torno a las posibles casuísticas que pueden presentarse en torno a la violencia de género en las relaciones de pareja, lo cual demuestra la gran labor de investigación realizada por la autora en una materia que debería ser regulada más en profundidad para evitar la desprotección de las víctimas de violencia de género. Una cuestión privada que ha pasado a ser considerada un problema social debido a su trascendencia y al incremento en el número de casos registrados que, por consiguiente, requiere ser prevenido y erradicado.

Adriana Durán Domínguez*

* Becaria en ADAPT.

**El emprendimiento para
fomentar y promover la inclusión
social y laboral de la juventud,
por Djamil Tony Kahale Carrillo**
Una reseña

Se ha publicado por el Centro de Estudios Fiscales una obra de particular interés para el análisis y estudio del desempleo juvenil en nuestro país, un problema estructural que se ha visto acentuado por la crisis y del que se desprenden consecuencias graves para la situación de los jóvenes, tanto presente como futura y frente al cual se han llevado a cabo diversas líneas de actuación.

La obra acomete el estudio del emprendimiento juvenil desde diferentes perspectivas (Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales y Psicología del Trabajo) para facilitar y promover la inclusión social y laboral de este colectivo. Se recurre al análisis de la normativa tanto nacional como autonómica relativa al emprendimiento juvenil, así como al abordaje de la problemática existente en torno a la actividad emprendedora de los inmigrantes y colectivos como los discapacitados y mujeres.

Las altas cifras de desempleo alcanzadas en el año 2014 reflejaron un 53,2% para los jóvenes de 15 a 24 años, viéndose reducida levemente esta cifra en 2015 para situarse en un 49,21%. En el ámbito de los jóvenes empresarios las cifras también resultan desoladoras pues el número de empresarios entre 15 y 39 años mostró una caída entre 2007 y 2012 del 30%.

A la vista del contexto analizado destacan varias circunstancias que dibujan un conjunto de debilidades estructurales que muestran su reflejo en las altas cifras de desempleo:

- La elevada temporalidad y parcialidad en la contratación.
- Las dificultades en el acceso al mercado laboral de grupos en riesgo de

exclusión social.

- La conveniencia de incrementar el nivel de autoempleo así como las iniciativas empresariales de los jóvenes.
- La alta tasa de abandono escolar que dobla los porcentajes de la UE y que incide en una menor cualificación para el acceso al empleo.
- La polarización en el mercado de trabajo marcada por los extremos y que enfrenta a jóvenes que dejan sus estudios con una escasa cualificación frente a otros, altamente cualificados que se encuentran subempleados.
- El limitado peso relativo de la formación profesional de grado medio.
- La baja empleabilidad de los jóvenes y la repercusión del escaso nivel de conocimiento de idiomas.
- La perspectiva de análisis ante una situación tan compleja se ha visto enriquecida por su abordaje desde una estrategia multidisciplinar, surgiendo diversas preguntas retóricas que aguardan respuesta. Entre ellas se plantea ¿cuál es la horquilla de edad más precisa para identificar a la juventud? ¿Qué efectos negativos puede representar para la viabilidad del sistema de pensiones la reducción mantenida de cuotas a la Seguridad Social por este colectivo? ¿La juventud tiene acceso informativo a todas las estrategias y medias dispuestas para acometer el emprendimiento? El estudio que se contiene en la obra contribuye a despejar éstas y otras incógnitas de alcance, centrándose en el emprendimiento como política para el fomento y promoción de la inclusión social y laboral de los jóvenes.

La obra comienza con la introducción realizada por el profesor Eduardo Bueno Campos quien analiza los términos cruciales «*emprendedor*» y «*emprendimiento*», valorando el papel innovador de la juventud española a cuyos efectos se analizan los resultados del *Global Entrepreneurship Monitor* (Proyecto GEM) España. Se mantiene que para ser sostenible y competitivo resulta necesario reforzar el capital intelectual de las organizaciones.

El capítulo primero, confeccionado por el profesor Pedro Aceituno Aceituno «*Global Entrepreneurship Monitor (GEM): Una perspectiva desde la población joven*» analiza los resultados de este informe correspondiente al año 2015 en España, destacando los datos más relevantes del emprendimiento en jóvenes españoles.

El segundo capítulo: «*Las medidas de apoyo al joven emprendedor y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil*» realizado Djamil Tony Kahale Carrillo analiza las diversas medidas de apoyo al joven emprendedor tales como reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social para personas con discapacidad, víctimas de terrorismo o de violencia de género o el pago único de la prestación de desempleo por cese de actividad de trabajo

autónomo.

El profesor Diego Merino Fernández es autor del tercer capítulo *«Previsiones legales sobre el emprendimiento juvenil en España»* en el que se contempla el papel activo de las Comunidades Autónomas, mostrando si los poderes públicos autonómicos ofrecen una atención adecuada a las personas jóvenes.

El cuarto capítulo titulado *«La actividad emprendedora de la inmigración juvenil»* ha sido confeccionado por el autor Juan Pablo Maldonado Montoya quien afronta el estudio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, norma que vislumbra la necesidad de modificar la política de apoyo a los jóvenes extranjeros emprendedores.

La profesora Aranzazu Roldán Martínez afronta la realización del quinto capítulo *«El emprendimiento como alternativa profesional para el colectivo de las personas con discapacidad y capacidades diferentes»* destacando las medidas de acción positivas llevadas a cabo para favorecer la integración de este colectivo, mostrando una particular perspectiva de la mujer discapacitada.

La profesora Teresa Velasco Portero analiza en el sexto capítulo *«Perspectiva de género en el emprendimiento juvenil»* la necesidad de ofrecer garantías de que las diferencias entre hombres y mujeres no van a traducirse en un factor de discriminación, incidiendo en la necesidad de provocar cambios que se consoliden en la sociedad, transformando el papel de las familias así como la organización del trabajo.

En el séptimo capítulo la profesora Arina Gruia estudia cómo *«Implementar programas de desarrollo de competencias para fomentar la cultura emprendedora»*, destacándose el papel de la cultura emprendedora como catalizador del emprendimiento de éxito.

El octavo capítulo es abordado por el profesor Richar Mababu Mukiur y contempla la *«Formación en el emprendimiento: Claves para el desarrollo estratégico de las competencias emprendedoras de los jóvenes»* destacando la necesidad de adquirir competencias para facilitar la puesta en marcha de los proyectos emprendedores.

Y por último, el capítulo de cierre lo lleva a cabo el profesor Gerardo Ravassa Escobar «*Influencia y tendencias de las nuevas tecnologías en el emprendimiento de la generación millenials*» incidiéndose en la revisión de los modelos tradicionales de trabajo que propician la búsqueda de entornos laborales altamente colaborativos y la posibilidad de introducir trabajos que incentiven la creatividad y la flexibilidad laboral.

José Sánchez Pérez*

* Profesor acreditado Contratado/Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada).

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