

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:

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Escuela Universitaria
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

ÍNDICE

Fernando Ballester Laguna, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **1**

Artículos

Fernando Ballester Laguna, *Los contratos laborales del personal investigador en España. Especial referencia al sector público* **8**

Nancy Sirvent Hernández, *La diversidad de estatutos jurídicos del personal investigador contratado laboralmente. Análisis desde el punto de vista del principio de igualdad*..... **27**

Rosario Carmona Paredes, *La regulación convencional del contrato de interinidad en la Universidad: El profesorado sustituto*..... **53**

Juan Ramón Rivera Sánchez, *La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española*..... **77**

Eduardo Enrique Taléns Visconti, *La implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España*..... **103**

Jaime Alemañ Cano, *El peligro actual de la descendente acción y actividad sindicales*..... **135**

Guillermo Ferriol Molina, *Necesidad de un nuevo modelo de relaciones laborales. Algunas consideraciones* **155**

Fabiola Silvaggi y José Sánchez Pérez, *La prevención de los riesgos psicosociales: una perspectiva comparada (Italia-España)*..... **173**

Ángel Luis de Val Tena, *La compatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente y el trabajo u otras actividades lucrativas en el ordenamiento jurídico español*..... **192**

Juan Rosa Moreno, *El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para el control judicial de los actos administrativos de naturaleza laboral*..... **222**

Comentarios

M. Carmen Aguilar Martín, *El papel de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud laboral. Una visión más amplia de la prevención* **246**

Reseñas Bibliográficas

Francisco Alberto Ruay Sáez, *El poder disciplinario del empleador*, por Raúl Fernández Toledo. Una reseña..... **264**

Sara Mijares García, *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición*, por José Sánchez Pérez. Una reseña..... **270**

David Gutiérrez Colominas, *Gender Equality in Law*, por Barbara Havelkova. Una reseña..... **274**

Introducción al número por parte del Coordinador

El nuevo número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 5, núm. 3, julio-septiembre de 2017, recoge un total de catorce aportaciones correspondientes a las secciones de artículos (diez), comentarios (uno) y reseñas (tres). Los asuntos tratados son muy variados, si bien se presentarán por bloques temáticos más o menos homogéneos.

El número se abre con tres artículos que tienen como denominador común el estudio de los recursos humanos dedicados a la investigación en España, especialmente en el sector público (universidades públicas y organismos públicos de investigación).

Así, el trabajo del profesor Fernando Ballester Laguna (Universidad de Alicante), titulado *Los contratos laborales del personal investigador en España. Especial referencia al sector público*, recoge las principales conclusiones críticas alcanzadas por un nutrido grupo de investigadores – coordinados por el profesor Ballester Laguna – en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). En los últimos años se han materializado en España algunas modificaciones normativas de relieve que han supuesto una clara apuesta por la contratación en régimen laboral en el ámbito de la investigación, en detrimento de la política de becas y de los contratos sujetos al derecho administrativo, dando carta de naturaleza también a la contratación por tiempo indefinido. Cuando se realiza un análisis global de esta realidad se detectan algunas deficiencias importantes que deben ser corregidas: señaladamente, la falta de uniformidad y la precariedad como defectos más sobresalientes de la regulación de los recursos humanos dedicados a la investigación. Aunque las conclusiones se centran en el personal investigador del sector público, se efectúan también algunas reflexiones en relación con el ámbito privado de la investigación.

Ahondando en una de las principales deficiencias detectadas en la

regulación jurídica de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación en España, más concretamente la que se refiere a la falta de uniformidad en dicha regulación, la profesora Nancy Sirvent Hernández (Universidad de Alicante) analiza la diversidad de estatutos jurídicos existente desde el punto de vista del principio de igualdad. A juicio de la autora, las circunstancias en las que se ha hecho descansar esta diversidad de estatutos jurídicos entre el personal investigador no resultan en la mayoría de los casos de suficiente entidad, quedando así cuestionados principios constitucionales de primer orden, como los de igualdad o justicia material. Así, concluye la profesora Nancy Sirvent, que “La distinta naturaleza (pública o privada) del organismo empleador, el origen de la financiación, o la concreta modalidad de contrato de trabajo celebrado (más aún cuando exista identidad de objeto y finalidad entre ellos) no resultan criterios capaces de justificar por sí mismos dicha diferencia de trato jurídico”.

Aunque las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores son absolutamente residuales en el ámbito de la regulación de los recursos humanos dedicados a la investigación en el sector público, lo que se explica por el absoluto protagonismo de las modalidades contractuales propias y específicas recogidas en la Ley Orgánica de Universidades y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, esta afirmación debe ser matizada en la actualidad en relación con el contrato de interinidad por sustitución, el cual ha suscitado el interés de los procesos de negociación colectiva que se están desarrollando en las universidades públicas, en parte, como una fórmula alternativa o subsidiaria a la utilización de otras figuras jurídicas, como la del profesor asociado. Sin embargo, la singularidad del personal al que se sustituye – que es docente e investigador, y que puede ser laboral o funcionario – plantea una serie de interrogantes sobre la adecuación del contrato de interinidad regulado en el Estatuto de los Trabajadores y las adaptaciones que se requieren en este especial ámbito. A su estudio se dedica el artículo de la profesora Rosario Carmona Paredes (Universidad Miguel Hernández), quien ha analizado numerosos convenios colectivos del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas españolas, dando cuenta de su regulación y señalando las deficiencias más importantes que se detectan. También se presentan en este número dos destacadas aportaciones relacionadas con temas de empleo.

En el artículo del profesor Juan Ramón Rivera Sánchez (Universidad de Alicante) se aborda la cuestión de *La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española*. Son conocidas la excesiva tasa de temporalidad y las “interinidades indefinidas” que caracterizan el empleo

público en España para puestos de trabajo que, paradójicamente, tienen una naturaleza estructural o permanente. Esta precariedad en el empleo ha dado pie a diferencias injustificadas en materia de antigüedad, en el régimen jurídico de la extinción y en otras tantas cuestiones respecto del personal permanente. Por ello, la normativa de la Unión Europea y, especialmente, la Jurisprudencia Comunitaria han supuesto un toque de atención para el legislador español. Una vez más, se apuesta por un amplio plan de estabilización de puestos de trabajo en el empleo público mediante la aprobación de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado. En este sentido, esta legislación, adopta una serie de actuaciones orientadas a reducir el empleo temporal hasta un máximo del 8 por ciento durante el trienio 2017-2019. A tal fin, en este estudio se plantea el análisis de algunas de estas acciones: por un lado, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los principales sectores de las Administraciones Públicas; por otro lado, el análisis de un novedoso régimen jurídico que persigue restringir el uso del empleo temporal pro futuro en el conjunto del sector público.

En el artículo del profesor Eduardo Enrique Taléns Visconti (Universidad Internacional de la Rioja) se analiza *La implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España*. Partiendo de la calamitosa situación de paro juvenil en España (que dobla la media de la Unión Europea), y asumiendo la Recomendación del Consejo Europeo de 22 de abril de 2013 para el establecimiento de una Garantía Juvenil, el autor realiza un estudio exhaustivo de los principales hitos normativos habidos en España con el objetivo de implementar diversas medidas para reducir el desempleo dentro de este colectivo: señaladamente, a través de la Ley 18/2014, de 15 de octubre y, mucho más recientemente, del Real Decreto-Ley 6/2016, de 23 de diciembre, por el que se introdujeron algunas mejoras tendentes a dar al sistema un renovado impulso. El estudio aborda el régimen jurídico de la Garantía Juvenil en España (requisitos de acceso, procedimiento de inscripción, batería de medidas arbitradas...), al tiempo que realiza una valoración crítica en la que se exponen sus principales logros y deficiencias, sin desconocer que la mejora de la ocupación juvenil en España exige acometer cambios estructurales en los sistemas educativo y de formación profesional, así como en los servicios públicos de empleo. Relativos a las transformaciones que están experimentando – sufriendo – las relaciones laborales al socaire de la crisis económica se han presentado dos interesantes artículos.

El sugerente artículo, titulado *El peligro actual de la descendente acción y actividad sindicales*. En este artículo, el profesor Jaime Alemañ Cano

(Universidad de Alicante) analiza el declive de la “acción” y la “actividad” sindicales en el contexto de la mundialización de la economía, y de la crisis económica y financiera que venimos padeciendo en los últimos años. Tras distinguir estas dos alocuciones o conceptos (la actividad sindical es la “aptitud universal para emprender sucesos de relevancia sindical”, mientras que la acción sindical “se desenvuelve en aspectos específicos por existir, en los sujetos obrantes, una especial tarea para dirigir su obrar de manera singular en cuestiones sindicales” – nos dirá el autor –), en el estudio se analizan las variadas y complejas causas que determinan que la acción y la actividad sindicales se encuentren en franco retroceso en la actualidad. Globalización y crisis, con el consiguiente cambio de modelo económico, la ruptura de la tradicional lucha reivindicativa, la soledad – y el egoísmo – del trabajador, y la pérdida de protagonismo de los sujetos colectivos, son circunstancias que, convenientemente aderezadas, coadyuvan a la realidad actual del sindicalismo. Y todo ello en un contexto en el que se considera que el Estado es el responsable último de esta penosa situación.

Por su parte, el trabajo presentado por Guillermo Ferriol Molina (Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y de Seguridad Social, y Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas) constituye una aguda reflexión sobre la *Necesidad de un nuevo modelo de relaciones laborales* en el contexto de los cambios económicos y sociales que se vienen sucediendo en los últimos tiempos. Asumiendo como punto de partida el carácter imprescindible de nuestra disciplina (el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), así como la irrenunciabilidad de sus principios inspiradores (señaladamente, su carácter tuitivo o protector), el autor identifica los que, a su juicio, son los principales retos a los que se tiene que enfrentar el derecho laboral en la actualidad, entre los cuales destacan los relativos a la proliferación del trabajo informal o atípico.

Asimismo, contamos con dos aportaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

Así, el artículo titulado *La prevención de los riesgos psicosociales: una perspectiva comparada (Italia-España)*, de los profesores Fabiola Silvaggi (Doctoranda de investigación de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la persona y mercado de trabajo, de la Universidad de Bérgamo) y José Sánchez Pérez (Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Granada), se adentra en el estudio de la prevención de los riesgos psicosociales en los ordenamientos italiano y español. Un asunto que, pese a su importancia teórico-práctica (no se olvide que su salvaguarda conecta con derechos fundamentales de la persona, tales como la integridad física y

moral), sin embargo, viene ocupando un lugar claramente secundario en la agenda de los distintos sujetos implicados en la prevención de riesgos laborales. Con especial referencia al estrés laboral, el artículo repasa las principales medidas legislativas, convencionales, empresariales y judiciales, adoptadas en Italia y España, apreciándose enfoques diferentes en el tratamiento de la cuestión, los cuales confluyen sin embargo en una vertiente predominantemente sancionadora a la hora de abordar la solución de los problemas. Aun reconociendo los avances habidos en post de una visión más preventiva, los autores son conscientes de que todavía queda mucho por hacer, dejando abierta la vía a futuras reflexiones que contribuyan a que la prevención de los riesgos psicosociales en las empresas alcance el grado de madurez necesario.

También centrado en la problemática relativa a la prevención de riesgos laborales, el comentario de la profesora M. Carmen Aguilar Martín (profesora contratada doctora de la Universidad de Zaragoza) analiza *El papel de la negociación colectiva en materia de Seguridad y Salud Laboral. Una visión más amplia de la prevención*. En primer lugar, la autora realiza un somero repaso a la tipología de normas contenida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española desde la perspectiva de la capacidad de incidencia que tiene la negociación colectiva sobre el particular, identificando las materias concretas que pueden ser abordadas por los convenios colectivos. Cuestión esta que también es analizada a la luz de las previsiones contenidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, que recoge una serie de medidas relativas a la prevención de riesgos laborales que pueden ser implementadas a través de la negociación colectiva. En el trabajo se identifican las innovaciones que se han introducido a través de la negociación colectiva en los últimos años, sin perjuicio de reconocerse, también, la necesidad de seguir perseverando en la prevención de riesgos laborales desde una óptica proactiva que aúne los esfuerzos de empresarios y trabajadores.

Las dos aportaciones que queda por presentar versan sobre temas relativos a la Seguridad Social y a la impugnación de actos administrativos en material laboral y de seguridad social.

El trabajo del profesor Ángel Luis de Val Tena (Universidad de Zaragoza) lleva por título *La compatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente y el trabajo u otras actividades lucrativas en el ordenamiento jurídico español*. Refleja fielmente el objeto del estudio, que parte del régimen jurídico de las prestaciones ante la contingencia de incapacidad permanente; más concretamente, analiza, de entrada, el concepto legal, así como, fundamentalmente, la delimitación de los distintos grados de incapacidad permanente (parcial o total para la profesión habitual,

absoluta para todo tipo de trabajo y gran invalidez), puesto que de esa delimitación se puede deducir la compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia. El autor pone de manifiesto la diferenciación entre la definición legal vigente de cada uno de los grados de incapacidad permanente y la nueva, ya incorporada al articulado del texto normativo, pero pendiente de entrar en vigor, al mismo tiempo que destaca las disfunciones que ello supone al desarrollar *ex lege* el régimen de compatibilidades. Se detecta esa deficiencia normativa por desaparecer las referencias a la “profesión habitual” y “a todo tipo de trabajo”, cuando se adjetiva la incapacidad, en la legislación proyectada, menciones que, sin duda y al margen de su difícil determinación en algunos supuestos, condicionan notablemente las posibilidades de compatibilizar o no otra actividad o trabajo con el percibo de la pensión. En las reglas expresas –en vigor y, por tanto, consolidadas– sobre este particular, se parte del principio general de compatibilidad, lo que contradice la delimitación legal de alguno de los grados, sobre todo en la incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo y en la gran invalidez. El valor añadido de este estudio doctrinal es que, valorando la doctrina jurisprudencial, aporta una interpretación sistemática y finalista que armoniza el marco jurídico de referencia, al mismo tiempo que aporta seguridad jurídica a los beneficiarios de estas prestaciones públicas de Seguridad Social que pretenden ocuparse en la misma o en otra actividad.

El profesor Juan Rosa Moreno (Universidad de Alicante) aborda en su estudio el análisis de una de las reformas que trajo consigo la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC): la supresión de las reclamaciones administrativas previas o, mejor apuntado, su fuerte retranqueo. Esta reforma normativa ha sido el foco de una controversia y preocupación doctrinal debido, esencialmente, a una posible doble interpretación que pone encima de la mesa la vigente literalidad del artículo 69 LRJS, al establecer, ahora con carácter general, que para poder demandar a las Administraciones públicas ante la jurisdicción social es requisito necesario haber agotado la vía administrativa. El artículo lleva por título *El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para el control judicial de los actos administrativos de naturaleza laboral*, y se centra principalmente en clarificar si el agotamiento de la vía administrativa se exige con carácter general como sustitutivo de la reclamación previa suprimida o, por el contrario, ha de operar exclusivamente cuando concurren los presupuestos para su exigibilidad, pudiendo demandar a las Administraciones públicas directamente, sin necesidad de cumplimentar requisito administrativo previo alguno. Además, en el artículo se analizan

otras cuestiones de importancia sobre la revisión judicial de los actos administrativos por parte de la jurisdicción social; cuestiones que también han sido modificadas y que conducen, en definitiva, a un nuevo perfil de los presupuestos procesales exigibles para el enjuiciamiento de los actos administrativos, incluyendo los actos administrativos de naturaleza laboral. El número de la Revista se cierra con tres reseñas.

La primera, realizada por el abogado y ayudante de Derecho del Trabajo de la Universidad de Chile, Francisco Alberto Ruay Sáez, sobre la monografía del profesor Raúl Fernández Toledo, titulada *El poder disciplinario del empleador*.

Sara Mijares García (becaria de ADAPT) es la autora de la segunda reseña sobre la monografía titulada *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición*, obra de José Sánchez Pérez.

Finalmente, destaca la reseña titulada *Gender Equality in Law*, realizada por David Gutiérrez Colominas sobre la monografía de Bárbara Havelkova, en la que se analiza la realidad jurídica de la República Checa en materia de igualdad de oportunidades entre sexos.

Fernando Ballester Laguna

Catedrático de Escuela Universitaria
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

Los contratos laborales del personal investigador en España. Especial referencia al sector público*

Fernando BALLESTER LAGUNA**

RESUMEN: En los últimos años se han materializado en España algunas modificaciones normativas que han supuesto una clara apuesta por la contratación en régimen laboral en el ámbito de la investigación, en detrimento de la política de becas y de los contratos de naturaleza administrativa, dando carta de naturaleza también a la contratación por tiempo indefinido. Cuando se realiza un análisis global de esta realidad se detectan algunas deficiencias importantes que deben ser corregidas: básicamente, la falta de uniformidad y la precariedad como características más sobresalientes de la regulación de los recursos humanos dedicados a la investigación. Aunque el análisis se centra en el personal investigador del sector público, también se efectúan algunas reflexiones en relación con el ámbito privado de la investigación.

Palabras clave: Personal investigador, científico o técnico, contratos temporales, contratos indefinidos, becas, organismos públicos de investigación, universidades, precariedad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los contratos de trabajo puestos al servicio de la investigación en España. 3. Análisis crítico del régimen de contratación de los investigadores. 3.1. La falta de uniformidad como característica de la regulación de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación. 3.2. La precariedad como defecto no corregido de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación. 4. Algunas reflexiones sobre el papel del contrato de trabajo indefinido en el ámbito de la investigación de los OPI y de las universidades públicas. 5. Bibliografía.

* Este artículo recoge las principales conclusiones a las que se ha llegado en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Instituto Nacional de Administración Pública (España). Proyecto n° 91/2015. El artículo también ha sido publicado en Italia (Ballester Laguna, F., “I contratti di lavoro dei ricercatori in Spagna con particolare riferimento al settore pubblico”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2017, pp. 582 y ss.

** Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

Work contracts for research staff in Spain. A special focus on the public sector

ABSTRACT: In recent years, some regulatory changes have taken place in Spain, which have led to a clear preference for the work contract (temporary or permanent) for staff in the field of research, instead of scholarship grants or administrative agreements. When an overall analysis of this reality is made, some important deficiencies are detected that must be corrected: basically, precariousness and a lack of uniformity being the most notable characteristics of the regulation of human resources dedicated to research. Although the analysis focuses on public sector research staff, some reflections are also made on the private field of research.

Key Words: Research staff, temporary and permanent work contracts, scholarship grants, public sector, universities, precariousness.

1. Introducción

En los últimos años estamos asistiendo en España a la irrupción del contrato de trabajo en la regulación del régimen de prestación de servicios del personal investigador, científico o técnico en el sector público, la cual se inició básicamente con la aprobación de la Ley Orgánica de Universidades de 2001¹ y se ha visto intensificada a partir de la entrada en vigor de la Ley de la Ciencia de 2011². Este proceso de laboralización, que se manifiesta en la posibilidad de suscribir un amplio abanico de contratos de trabajo, no solo temporales, sino también indefinidos, está siendo posible porque se ha asentado la idea de que la Constitución española de 1978 no condiciona un determinado modelo de los recursos humanos dedicados a la investigación en el sector público, que puede ser tanto funcional como laboral o mixto, considerándose que se trata de una opción eminentemente política. Tal posición se refuerza en la legislación ordinaria. Así, la principal ley española que regula el estatuto profesional de los empleados públicos³ únicamente encomienda en exclusividad a los funcionarios el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el desempeño de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las administraciones públicas (artículo 9). Por su parte, nuestra actual Ley de la Ciencia asume plenamente esta idea cuando reconoce que el personal investigador, científico o técnico puede estar vinculado con la universidad pública o con el organismo público de investigación (OPI) en el que preste servicios mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo o temporal, sin decantarse explícitamente por ninguna de las fórmulas posibles (artículo 13.2). En parecidos términos se expresa también la Ley Orgánica de Universidades, aunque esta norma introduce algunas limitaciones al respecto (artículos 47 y 48): la primera, que el personal laboral no podrá superar el 49% del total del personal docente e investigador de la universidad; y la segunda, que el porcentaje de contratos de trabajo de naturaleza temporal no podrá superar el 40% de la plantilla docente. De este modo, se posibilita en las universidades públicas una

¹ Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-24515>.

² Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. <http://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-9617&p=20150910&tn=2&lang=eu>.

³ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>.

situación de cuasi equilibrio cuantitativo entre funcionarios y laborales, permitiéndose a su vez una tasa de temporalidad realmente alta.

Ciertamente, en la actualidad existe un mayor número de personal administrativo que de personal laboral al servicio de los OPI y de las universidades públicas, lo cual es mucho más evidente si realizamos la comparación entre relaciones jurídicas estables: funcionarios de carrera y contratos de trabajo de carácter indefinido⁴. Sin embargo, esta realidad podría cambiar en el futuro, lo que nos obligará a reflexionar sobre las ventajas e inconvenientes de los distintos modelos que se pueden implementar en la práctica.

Partiendo, sin embargo, de un objetivo más modesto es posible centrarse en la realidad actual de los recursos humanos dedicados a la investigación y realizar un estudio exhaustivo y coordinado de las distintas figuras contractuales de naturaleza laboral que puede suscribir el personal investigador en España, con especial referencia al sector público: OPI y universidades públicas. Y ello con la pretensión de efectuar una valoración de conjunto de su ordenación normativa que permita detectar los principales problemas existentes, así como proponer las soluciones más adecuadas. Este es el reto que un grupo interdisciplinar e interuniversitario de profesores españoles nos propusimos abordar en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Instituto Nacional de Administración Pública, cuyas principales conclusiones se presentan ahora de forma sintética en esta prestigiosa Revista de ámbito internacional. Para un estudio completo de los resultados del proyecto me remito a la monografía publicada en España en septiembre de 2016⁵.

En cuanto a la estructura de este artículo, se identifican a continuación los distintos contratos de trabajo que puede suscribir el personal investigador

⁴ En la Memoria del Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) correspondiente al año 2015 se aprecia que el personal científico de este relevante OPI español posee la siguiente distribución de efectivos: 1) 2.815 funcionarios de carrera; 2) 14 laborales indefinidos; y 636 laborales contratados temporalmente. Si ponemos el acento en el personal técnico y de apoyo, se observa que el colectivo de funcionarios ya no posee un peso tan relevante: 1) 1.720 funcionarios; 2) 844 laborales indefinidos; y 3) 3.259 laborales contratados temporalmente. Pueden consultarse los datos en <http://www.csic.es/memorias digitales>.

⁵ AA.VV, *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Colección Innap Investiga, Madrid, 2016, 403 páginas.

Quisiera aprovechar también estas líneas para reconocer públicamente la valía de todos los miembros del grupo de investigación al que he tenido el privilegio de poder coordinar en el estudio que sirve de base para estas conclusiones. Por orden alfabético, los profesores Jaime Alemañ Cano, Rosario Carmona Paredes, Juan Ramón Rivera Sánchez, Juan Rosa Moreno, M^a Mercedes Sánchez Castillo y Nancy Sirvent Hernández.

en España para, a continuación, señalar las principales disfunciones que se producen y que, sin duda, deben ser corregidas, poniendo el acento para ello tanto en los contratos temporales como en los indefinidos. Aunque el análisis se centra en el personal investigador que presta sus servicios en el sector público, se efectúan también algunas reflexiones sobre el personal investigador del sector privado, especialmente, de las universidades privadas y de la iglesia católica, así como de ciertas entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación.

2. Los contratos de trabajo puestos al servicio de la investigación en España

La aparición de la contratación laboral de los investigadores que desarrollan su actividad en el sector público (OPI y universidades públicas) se ha ido produciendo paso a paso, en parte, como una fórmula de superación de los contratos administrativos y del sistema de becas como vías tradicionales de vinculación temporal del personal investigador, con una clara vocación de establecer un marco jurídico más garantista a favor de este colectivo. Aunque, como se ha apuntado, la laboralización del personal investigador ha ido más allá del empleo temporal, permitiéndose también la celebración de contratos de trabajo de carácter indefinido, cuya oportunidad debe ser también valorada.

El primer y principal hito en este proceso de laboralización se produjo en el ámbito universitario público, con la aprobación de la Ley Orgánica de Universidades de 2001, posteriormente reformada en el año 2007 con incidencia en la cuestión que nos ocupa. Centrando el análisis tan solo en aquellas figuras contractuales entre cuyos cometidos se encuentra la investigación, esta ley supuso la reconversión de los anteriores contratos administrativos con vinculación no permanente en contratos laborales de carácter temporal. Lo que se consideró en su momento un avance en el terreno de la protección jurídica de los investigadores no funcionarios, al suponer un salto de una lógica administrativa, en la que imperaba el interés público, a una lógica laboral, que ponía el acento en la tutela del trabajador. Se trata del contrato de ayudante, que se puede concertar por quienes hayan sido admitidos – o estén en condiciones de serlo – en los estudios de doctorado y cuyo objeto primordial consiste en realizar la tesis doctoral (artículo 49); el contrato de ayudante doctor, que se puede realizar con aquellos doctores que hayan obtenido la previa evaluación positiva por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o del correspondiente órgano de la comunidad

autónoma, al objeto de desarrollar tareas docentes e investigadoras (artículo 50); y el contrato de profesor visitante, que se puede celebrar con profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades o centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, con la finalidad de realizar tareas docentes o investigadoras a través de las cuales se aporten los conocimientos y la experiencia docente o investigadora de aquellos a la universidad contratante (artículo 54). Esto por lo que se refiere a los contratos temporales. Como modalidad contractual por tiempo indefinido, destaca la figura del profesor contratado doctor, para desarrollar con plena capacidad docente e investigadora tareas de docencia e investigación o, prioritariamente, de investigación, por doctores que reciban la evaluación positiva por parte de la ANECA o del órgano de evaluación externo que la ley de la comunidad autónoma determine (artículo 52). Es importante destacar que todos estos contratos enunciados son figuras propias y exclusivas del ámbito universitario público, no pudiendo ser utilizadas por ningún otro organismo – público o privado – de investigación.

En el ámbito de los OPI, la aportación más relevante a la laboralización del personal investigador vino de la mano de la Ley de la Ciencia de 2011. En un intento de emular el modelo de contratación laboral de las universidades públicas, dicha ley recoge un elenco de contratos temporales e indefinidos. Así, el contrato predoctoral constituye una figura completamente nueva, que ha empezado a andar en el año 2012, como un contrato de duración determinada cuyo objeto consiste en la realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, señaladamente, la tesis doctoral (artículos 20 y 21). Por su parte, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación (en adelante, CASECTI), cuya regulación originaria se remonta a la Ley de la Ciencia de 1986, es también un contrato de duración determinada, el cual puede concertarse por quienes estén en posesión del título de doctor o equivalente con el objeto primordial de llevar a cabo tareas de investigación orientadas a la obtención de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional que conduzca a la consolidación de su experiencia profesional, pudiendo prestar también colaboraciones complementarias en tareas docentes hasta un máximo de 80 horas anuales (artículos 20 y 22). En cuanto al contrato de investigador distinguido, se trata también de una figura creada *ex novo* por la Ley de la Ciencia de 2011, pudiéndose concertar este contrato con investigadores españoles o extranjeros de reconocido prestigio en el ámbito científico y técnico que se encuentren en posesión del título de doctor o equivalente, con el objeto de realizar

actividades de investigación o dirigir equipos humanos, centros de investigación, instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares en el ámbito del conocimiento del que se trate (artículos 20 y 23). Por último, la Ley de la Ciencia de 2011 también realiza, de manera escueta, una llamada al contrato de trabajo por tiempo indefinido en el ámbito de la investigación, pero sin diseñar una modalidad específica de contrato ni prever un mínimo régimen jurídico para este (artículo 23). Aunque todos estos contratos tienen como principales destinatarios los investigadores de los OPI dependientes de la administración general del Estado, conviene tener presente que también pueden recurrir a los mismos otros organismos o centros de investigación, tales como las universidades públicas, las universidades privadas y de la iglesia católica, así como otras entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación, bajo ciertas condiciones. Básicamente se les exige que cuenten con una financiación *ad hoc* o específica de los contratos que suscriban. Además, las entidades privadas sin ánimo de lucro no pueden suscribir el contrato de investigador distinguido.

Por último, conviene referirse a las posibilidades de contratación laboral de los investigadores a través de las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores⁶. Posibilidad que es realmente residual en la investigación que se lleva a cabo en el sector público, dada la enorme variedad de contratos específicamente previstos en dicho ámbito, a los que se acaba de hacer referencia. La única excepción al respecto viene representada por el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación, que es un contrato temporal profusamente utilizado en el sector público, cuya regulación cuenta además con una amplia tradición⁷. Esto sentado, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la contratación laboral del personal investigador que presta sus servicios en el sector privado se desarrolla primordialmente a través de las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores, dado que este colectivo está generalmente excluido del ámbito de aplicación de las modalidades específicas de contratación laboral recogidas en la Ley Orgánica de Universidades y en la Ley de la Ciencia: no puede recurrir en absoluto a los contratos propios y exclusivos de las

⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

⁷ Su regulación se remonta al año 1986 y tanto la Ley Orgánica de Universidades como la Ley de la Ciencia actualmente vigentes se refieren a este contrato, remitiendo sin embargo al Estatuto de los Trabajadores los aspectos fundamentales de su régimen jurídico.

universidades públicas, y solo algunas entidades privadas, bajo ciertas condiciones, pueden hacer uso de las modalidades contractuales específicas de la Ley de la Ciencia. De ahí que los contratos de obra o servicio determinado, eventualidad por circunstancias de la producción, interinidad o prácticas, entre otros, sean figuras frecuentes en el ámbito privado de la investigación.

3. Análisis crítico del régimen de contratación de los investigadores

Como puede apreciarse existe todo un elenco de modalidades contractuales, temporales e indefinidas, específicamente diseñadas para la investigación. Así, con fines eminentemente formativos se han previsto el contrato de ayudante (en el ámbito universitario público) y el contrato predoctoral (en los OPI y, también, en las universidades públicas y privadas, así como en entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación). Para la investigación postdoctoral existe el contrato de ayudante doctor (en las universidades públicas) y el CASECTI (en los OPI, pero también en las universidades públicas y privadas, así como en entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación). Para la atracción del talento, el contrato de profesor visitante (en las universidades públicas) y el contrato de investigador distinguido (para OPI, universidades públicas y universidades privadas). Y como modalidad contractual específica de carácter indefinido existe la figura del profesor contratado doctor (en el ámbito universitario público). Todos estos tipos contractuales permiten cubrir la mayoría de las necesidades que se presentan en el campo de la investigación de los OPI y de las universidades públicas (estas últimas multiplican incluso la tipología de contratos específicos posibles, al sumar los contratos propios y exclusivos regulados en la Ley Orgánica de Universidades y las modalidades específicas recogidas en la Ley de la Ciencia), eclipsando el juego real de las modalidades del Estatuto de los Trabajadores, con la excepción del contrato para obra o servicio determinado para la realización de proyectos de investigación, el cual sí se utiliza profusamente. En relación con los OPI también se recurre con cierta frecuencia al contrato indefinido ordinario regulado en el Estatuto de los Trabajadores (al no haberse previsto una modalidad específica de contrato indefinido para ellos) o, inclusive, al novedoso contrato de investigador distinguido concertado por tiempo indefinido.

Cuando se ponen en común todos estos contratos y se realiza un análisis

global de los mismos se detectan algunas deficiencias importantes que hay que corregir y que, seguramente, son el resultado de una regulación aluvional o en cascada y carente de una visión de conjunto. Tales problemas, que afectan tanto a los contratos temporales como a los contratos indefinidos, se pueden reconducir a dos: la falta de uniformidad y la precariedad como características más sobresalientes de la regulación de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación en España. A su análisis se dedican las páginas que siguen.

3.1. La falta de uniformidad como característica de la regulación de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación

Una de las principales deficiencias que se han detectado en el estudio realizado guarda relación con el elevado grado de heterogeneidad existente en la regulación de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación en España, apreciándose diferencias significativas de régimen jurídico atendiendo a circunstancias tales como el lugar de la prestación de servicios (OPI, universidades públicas, empresas privadas y universidades privadas y de la iglesia católica), el tipo de contrato suscrito (contrato de ayudante o contrato predoctoral, por ejemplo) o el origen de la financiación (pública o privada). Huelga decir que estas diferencias suponen auténticos agravios comparativos, sea cual sea el juicio que merezcan desde el punto de vista del principio de igualdad, juicio que en algunos casos concretos ni siquiera se supera. Veamos algunos ejemplos de estas disparidades que son difíciles de asumir.

La primera disfunción a resaltar tiene que ver con la existencia de contratos que tienen prácticamente el mismo objeto pero que difieren en su régimen jurídico en aspectos en los que no deberían diferir. Así, por ejemplo, si ponemos el acento en los contratos de ayudante (Ley Orgánica de Universidades) y predoctoral (Ley de la Ciencia), se constata que ambos tienen por objeto primordial la realización de la tesis doctoral. Sin embargo, y sorprendentemente, las retribuciones mínimas del contrato predoctoral están muy por debajo de las retribuciones de los ayudantes, las cuales sirven incluso de término de comparación para fijar aquellas a la baja⁸. Junto a la disparidad de tratamiento retributivo que se acaba de

⁸ Así, el artículo 21, letra d, de la Ley de la Ciencia dispone que “(...) la retribución de este contrato [el predoctoral] no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por cien durante el tercer año y al 75 por cien durante el

señalar, existen otras diferencias que tampoco se entienden bien, tales como la distinta duración máxima posible del contrato de ayudante (5 años) y predoctoral (4 años con carácter general y 6 años para discapacitados); o la evaluación anual de la actividad investigadora y sus posibles repercusiones en relación con la continuidad del contrato predoctoral y la inexistencia de previsiones específicas similares en relación con el contrato de ayudante. Y esta disparidad de tratamiento jurídico se hace todavía más cuestionable si cabe en el ámbito de las universidades públicas, donde se pueden celebrar tanto contratos de ayudante como contratos predoctorales, y donde nos podemos encontrar en un mismo espacio físico con dos investigadores realizando la tesis doctoral y que son retribuidos de modo distinto por el mero hecho de haber suscrito un tipo de contrato u otro, que también pueden diferir en sus respectivas duraciones y en los mecanismos de control de la actividad investigadora realizada.

Otro aspecto de la regulación que tampoco se entiende bien es la razón por la cual las modalidades contractuales específicas de la Ley de la Ciencia (contrato predoctoral, CASECTI y contrato de investigador distinguido) e, inclusive, las modalidades contractuales propias y exclusivas de las universidades públicas (contratos de ayudante, ayudante doctor, profesor visitante y profesor contratado doctor) no se extienden sin más al ámbito privado de la investigación: empresas privadas, aún con ánimo de lucro, y universidades privadas y de la iglesia católica. Como ya se ha indicado, los contratos de ayudante, ayudante doctor, profesor visitante y profesor contratado doctor son modalidades contractuales que se desenvuelven únicamente en el ámbito de las universidades públicas, estando al margen de los mismos las universidades privadas. Solo excepcionalmente, las universidades privadas, y ciertas entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación, pueden recurrir a las modalidades contractuales específicas reguladas en la Ley de la Ciencia (contrato predoctoral, CASECTI y contrato de investigador distinguido), cuando aquellas cuenten con una financiación externa – y, en algunos casos, necesariamente pública – de los contratos en cuestión⁹. Posibilidad

cuarto año”.

⁹ Así, en relación con las universidades públicas el artículo 20.2, letra b) de la Ley de la Ciencia establece que “Las Universidades públicas, únicamente [podrán utilizar los contratos de la Ley de la Ciencia, entre ellos el predoctoral] cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i”. Sin embargo, en relación con las universidades privadas y de la iglesia católica, “(...) únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador”. Y por lo que se refiere a las

que, si bien supone un avance respecto de la situación precedente, se trata de una medida notoriamente insuficiente. Si lo que se pretende es el fomento de la investigación, provenga de donde provenga, así como posibilitar una mayor permeabilidad entre el sector público y el privado, y si todas estas figuras contractuales se han considerado idóneas como mecanismos de inserción y consolidación profesional de los investigadores, resulta criticable esta opción del legislador que excluye de la posibilidad de concertar estos contratos al grueso de las empresas y de otras entidades privadas dedicadas a la investigación. Resulta objetable, en suma, la enorme disparidad de régimen jurídico laboral aplicable al personal investigador en atención al carácter público o privado de la entidad empleadora: en el primer caso (OPI y universidades públicas), disponiendo de todo un elenco de modalidades contractuales específicas en el ámbito de la investigación; en el segundo caso (universidades privadas, empresas y otras entidades privadas), debiendo recurrir a las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores para satisfacer el grueso de las necesidades de contratación del personal investigador.

Por último, resulta cuestionable también el espacio que queda para las becas de investigación en España, cuyo mantenimiento o no – ahora mucho más residual – se hace depender de factores eminentemente formales, tales como la naturaleza pública o privada de la entidad empleadora, unido al origen público o privado de las ayudas concedidas. Como se ha apuntado con anterioridad, la penetración del contrato de trabajo en el ámbito de la investigación guarda relación, al menos en parte, con la superación del sistema de becas como fórmula ordinaria de vinculación jurídica del personal investigador, no solo durante la etapa predoctoral, sino también en relación con los doctores. En su origen, las desventajas provenientes del sistema de becas en relación con los investigadores eran notables, sin derechos laborales, sindicales ni de seguridad social. Aunque esta situación fue cambiando con el tiempo, destacando tres hitos fundamentales en este proceso que culmina con la conversión de las becas de investigación en un fenómeno mucho más residual. Sin poderme detener ahora en esta evolución, hay que reconocer que la última y más incisiva aportación a la laboralización del personal investigador en formación ha venido de la mano de la actual Ley de la

entidades privadas sin ánimo de lucro, las modalidades contractuales permitidas – entre las que no se encuentra el contrato de investigador distinguido – “(...) sólo les podrán ser de aplicación cuando sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas que tengan como objeto la contratación de personal investigador mediante la utilización del contrato a que se refiera cada artículo, concedidas en el marco de la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología o de la Estrategia Española de Innovación”.

Ciencia de 2011, con la introducción del contrato predoctoral, el cual se ha convertido en la fórmula jurídica comúnmente utilizable a partir del 2 de junio de 2012 en sustitución del anterior modelo conocido como el 2 + 2 (esto es, 2 años de beca seguidos de 2 años de contrato de trabajo en prácticas). Es posible afirmar así que el terreno de las becas en el ámbito de la investigación experimenta un importante retroceso, propiciando la inclusión de la mayoría de los investigadores dentro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, el derecho sindical y la seguridad social¹⁰. Supone la consideración de la actividad investigadora como un trabajo productivo, inclusive desde su etapa formativa inicial, culminándose así una reivindicación constante de los investigadores, especialmente de los más jóvenes. Lo que a su vez está en consonancia con las Recomendaciones de la Comisión Europea incluidas en la Carta Europea del Investigador y en el Código de Conducta de la Contratación de Investigadores, ambos documentos del año 2005¹¹. Sin embargo, la laboralización del personal investigador en formación no ha sido plena. Dejando de lado las reglas de derecho transitorio establecidas sobre el particular, el sistema de becas todavía puede seguir utilizándose en el futuro en relación con la investigación predoctoral en las siguientes situaciones: 1) en relación con los OPI, las universidades públicas y privadas, así como las empresas privadas sin ánimo de lucro cuando la investigación en cuestión esté financiada con fondos externos de naturaleza privada; 2) en relación con las empresas privadas con ánimo de lucro dedicadas a la investigación con independencia del origen de la financiación (propia o externa, pública o privada). Sin embargo, el importante proceso de laboralización experimentado en relación con los recursos humanos dedicados a la investigación hace cada vez más inexplicable el recurso a las becas de investigación allí donde todavía subsiste la posibilidad de utilizarlas. Máxime cuando el carácter laboral o no del vínculo que une al investigador novel con el centro en el que presta sus servicios ha pasado a depender de un dato meramente formal, cual es el origen público o privado de las ayudas concedidas, junto al carácter público o privado de la entidad para la que presta sus servicios el investigador.

¹⁰ En la práctica, sin embargo, es frecuente observar que los investigadores vinculados por los contratos de la Ley de la Ciencia, al igual que los contratados por obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación, aparecen excluidos del ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

¹¹ Estos documentos pueden consultarse en http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/brochure_rights/eur_21620_es-en.pdf.

3.2. La precariedad como defecto no corregido de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación

Pese al desiderátum expresado en la exposición de motivos de la Ley de la Ciencia de 2011, donde se afirma que su puesta en marcha “Implica un considerable avance en la supresión de la temporalidad del personal investigador (...)”, lo cierto es que la precariedad de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación en España constituye una realidad patente que, lejos de corregirse, se ha visto incluso intensificada en los últimos años¹².

Las universidades públicas representan un buen paradigma para reflexionar sobre esta problemática, dado que los cambios normativos acaecidos han propiciado que aquellas puedan hacer uso de un amplio elenco de contratos temporales de trabajo puestos al servicio de la investigación; recuérdese que junto a las modalidades contractuales propias y exclusivas de las universidades públicas, recogidas en la Ley Orgánica de Universidades, las mismas también pueden recurrir a las modalidades contractuales específicas introducidas por la Ley de la Ciencia e, inclusive, a las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores. Toda esta diversidad contractual, que no tiene parangón en ningún otro organismo público o privado de investigación, puede constituir un caldo de cultivo para la precariedad si no se introducen los mecanismos de corrección adecuados.

De entrada, existe el riesgo de que se imponga en la práctica una concepción en la que los contratos temporales del personal docente e investigador de la Ley Orgánica de Universidades sean los “llamados” o considerados idóneos para una futura estabilización, mientras que sus homólogos, los contratos temporales del personal investigador regulados en la Ley de la Ciencia operen al margen de esa vocación estabilizadora, convirtiéndose en figuras contractuales absolutamente precarias desde la perspectiva de su futura promoción profesional. Dicho gráficamente, existe el riesgo de que haya contratos predoctorales de primera (los contratos de ayudante de la Ley Orgánica de Universidades) y de segunda (los contratos predoctorales de la Ley de la Ciencia); del mismo modo que podría haber doctores de primera (los ayudantes doctores de la Ley

¹² Un análisis reciente sobre esta problemática se contiene también en Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas”, *Lan Harremanac*/36 (2017-I), pp. 131 a 134.

Orgánica de Universidades) y de segunda (los CASECTI de la Ley de la Ciencia). Esta concepción dual de unos contratos y otros podría verse alimentada por circunstancias tales como la mayor tradición universitaria de la figuras contractuales de la Ley Orgánica de Universidades, frente a la novedad relativa en el ámbito universitario de los contratos de la Ley de la Ciencia; por razón de las distintas fuentes de financiación de unos y otros contratos, los recursos ordinarios de las universidades, en el caso de los contratos de la Ley Orgánica de Universidades, y las fuentes de financiación externas y finalistas de los contratos de la Ley de la Ciencia cuando los mismos son utilizados por las universidades; o su distinto régimen jurídico, normalmente más gravoso en los contratos de la Ley Orgánica de Universidades que en los contratos de la Ley de la Ciencia (piénsese, por ejemplo, en la materia retributiva en relación con los contratos de ayudante y predoctoral, a la que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior desde otra perspectiva). Naturalmente, no todos los investigadores que prestan sus servicios en las universidades podrán consolidarse como personal estable de las mismas. Pero lo que sí debe garantizarse es que quienes efectivamente se consoliden sean los mejores, en igualdad de condiciones, al margen de que hubieren suscrito un contrato de la Ley Orgánica de Universidades o un contrato de la Ley de la Ciencia. Y para conseguirlo lo cierto es que la disparidad de regímenes jurídico no ayuda.

Otro factor que puede contribuir a la precariedad del personal investigador contratado temporalmente por las universidades públicas está directamente relacionado con la inexistencia de previsiones específicas que eviten que un mismo investigador pueda suscribir sucesivamente los contratos de la Ley Orgánica de Universidades y los contratos de la Ley de la Ciencia, acumulando largos periodos de prestación de servicios con vinculación temporal. Como es sabido, la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que incorpora el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada¹³, se propone como uno de sus objetivos el establecimiento de medidas para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusulas 1 y 5). En aplicación de esta Directiva, el Estatuto de los Trabajadores establece una regla general que prohíbe el encadenamiento contractual, impidiendo que un mismo trabajador esté vinculado con dos o más contratos de duración determinada, con o sin solución de continuidad entre ellos, por un periodo superior a veinticuatro

¹³ Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:175:0043:0048:es:PDF>.

meses dentro de un arco temporal de treinta meses, so pena de adquirir la condición de trabajador fijo de la empresa (artículo 15.5). Esta regla general prohibitiva tiene sus excepciones, entre ellas, y por lo que ahora interesa, en relación con las modalidades contractuales específicas de la Ley Orgánica de Universidades y de la Ley de la Ciencia, a partir de la reforma operada en la materia en el año 2010, en la disposición adicional 15ª ET, permitiendo así que a un contrato de ayudante (de hasta 5 años de duración) le pueda seguir un contrato de ayudante doctor (de hasta 5 años de duración)¹⁴; o que a un contrato predoctoral (de hasta 4 años de duración; 6 años para discapacitados), le pueda seguir un CASECTI (de hasta 5 años de duración). Pues bien, ambas excepciones tienen su explicación y se ajustan a la Directiva comunitaria. Pero lo que no se justifica en modo alguno es que no se hayan establecido mecanismos que impidan que las universidades públicas puedan hacer uso de todos esos contratos en relación con un mismo investigador. En efecto, no se ha previsto que un investigador que haya agotado por completo un contrato de ayudante no pueda concertar después un contrato predoctoral si todavía no ha culminado la tesis doctoral, o que una vez agotado el contrato de ayudante doctor no se pueda recurrir al CASECTI. Se trata de una importante disfunción que debe ser corregida, pues, de lo contrario, se puede agravar la precariedad del personal investigador hasta límites intolerables (hasta diecisiete o diecinueve años, según los casos). Debería ser incompatible que un mismo investigador pudiera suscribir sucesivamente todos estos contratos temporales si no se quiere poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco¹⁵.

Más grave todavía es la situación del contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos de investigación, excluido de la prohibición de encadenamiento por mor de las disposiciones adicionales 15ª del Estatuto de los Trabajadores y 23ª de la Ley de la Ciencia de 2011 en el ámbito de los OPI y de las universidades públicas, y afectado por esa misma prohibición contenida en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito del empleo privado; de nuevo

¹⁴ En cualquier caso, existe la limitación de que el tiempo total de duración conjunta de ambas modalidades contractuales – ayudante y ayudante doctor – no podrá exceder de ocho años, en la misma o en distinta universidad (artículo 50 Ley Orgánica Universidades).

¹⁵ La única duda al respecto viene representada por el par contrato de ayudante y contrato predoctoral, cuya utilización sucesiva cuando no se hubiere culminado la realización de la tesis doctoral podría encontrar justificación en la naturaleza formativa de sendos contratos de duración determinada, cuyo encadenamiento podría quedar extramuros de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE, de conformidad con su Cláusula 2.

emerge aquí esa falta de uniformidad que se ha denunciado en la regulación de los recursos humanos de naturaleza laboral dedicados a la investigación, en esta ocasión atendiendo exclusivamente al carácter público o privado de la entidad empleadora. Con la particularidad de que existen razones de peso para considerar que el contrato de obra o servicio determinado para la realización de un proyecto específico de investigación debe quedar afectado por la prohibición de encadenamiento en todo caso, tanto si se desenvuelve en el sector privado (como de hecho ocurre) como si lo hace en el ámbito del empleo público (excluido en la actualidad de la prohibición de encadenamiento). Hay que reconocer que el ordenamiento jurídico español ha introducido un “privilegio” en este punto totalmente injustificado a favor de las administraciones públicas. Se impone, pues, una modificación de nuestro derecho interno que garantice que el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos de investigación quede afectado por la prohibición de encadenamiento contractual, haciendo abstracción de la naturaleza privada o pública del empleador. Debe tenerse en cuenta, además, que se trata de un contrato profusamente utilizado en la práctica, con lo que se ahonda en la precariedad en el empleo del personal investigador. Máxime si se considera que esta modalidad contractual del Estatuto de los Trabajadores se puede alternar con las restantes figuras contractuales introducidas por la Ley Orgánica de Universidades y por la Ley de la Ciencia.

Un último factor que coadyuva a la precariedad del contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación en el sector público consiste en la no afectación de aquel por el límite temporal máximo de tres años de duración (o cuatro años, cuando lo permite el convenio colectivo), introducido con carácter general en el año 2010 en relación con el contrato de obra o servicio determinado de derecho común; limitación temporal que, sin embargo, sí resulta de aplicación al contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación en el seno de las universidades y entidades privadas¹⁶.

¹⁶ Véase al respecto el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, así como las disposiciones adicionales 15ª del Estatuto de los Trabajadores y 23ª de la Ley de la Ciencia.

4. Algunas reflexiones sobre el papel del contrato de trabajo indefinido en el ámbito de la investigación de los OPI y de las universidades públicas

Como se ha puesto de manifiesto, la irrupción de la contratación laboral de los investigadores en el sector público obedece, en una gran medida, a la superación de la contratación en régimen administrativo y del sistema de becas como vías tradicionales de vinculación temporal de aquellos a los OPI y a las universidades públicas, con la loable pretensión de establecer un marco normativo más garantista para este colectivo. Aunque, como también se ha analizado, no todo ha sido positivo en este cambio, pudiéndose apreciar importantes disfunciones en el desenvolvimiento de la contratación temporal cuando se la somete a un análisis global (falta de uniformidad en la regulación y precariedad), las cuales sin duda deben ser corregidas.

Esto sentado, lo que se quiere resaltar en este momento es que el proceso de laboralización no solo se ha materializado a través de la contratación temporal, pues el mismo ha venido acompañado de la introducción de la contratación por tiempo indefinido (recuérdese, el profesor contratado doctor en el ámbito universitario público y el contrato indefinido ordinario en el seno de los OPI). Lo que nos sitúa en la tesitura de tener que valorar esta opción del legislador, que permite la convivencia de los funcionarios de carrera y del personal laboral indefinido en el ámbito de la investigación que se lleva a cabo en el sector público. Básicamente, se han realizado dos lecturas sobre el particular: una, que considera que la introducción de la contratación por tiempo indefinido responde a un modelo de carrera profesional paralelo al funcional, y otra, que considera que se trata de un mero paso previo a la funcionarización. En la práctica, sin embargo, se ha impuesto la segunda realidad (la contratación laboral, incluyendo el contrato indefinido, como paso previo a la adquisición de la condición de funcionario). Ello ha supuesto la introducción de mayores dosis de precariedad, que se materializa no solo mediante la suscripción de contratos temporales, sino también a través de la contratación por tiempo indefinido, que no es un fin en sí mismo en este ámbito, al no lograrse la plena estabilidad hasta la adquisición de la condición de funcionario. Un nuevo elemento de distorsión del sistema difícilmente solventable como no sea mediante la supresión de la contratación por tiempo indefinido en el ámbito de la investigación en el sector público. Y es que, si bien se mira, las posibilidades de introducir un modelo de carrera profesional paralela, funcional y laboral, a modo de compartimentos estancos, son bastante remotas. Para empezar, una

empresa tal requeriría que se garantizase que funcionarios y personal laboral fijo tuvieran los mismos derechos y obligaciones en cuestiones fundamentales. En esta línea se han hecho avances importantes (por ejemplo, en materia de participación en los órganos de gobierno de las universidades o en la evaluación de méritos), aunque subsisten todavía diferencias palmarias que no favorecen la posibilidad de instaurar un modelo de carrera profesional paralela (por ejemplo, la Ley de la Ciencia, en su artículo 23.3 dispone que al personal laboral fijo no le será de aplicación el modelo retributivo establecido para el personal investigador funcionario). Y a la postre, no conviene perder de vista que los funcionarios públicos siguen ostentando un status que no se puede considerar equiparable al del personal laboral, y que tiene que ver con su mayor estabilidad en el empleo; brecha que se ha visto incluso acrecentada con las últimas reformas laborales producto de la crisis económica, que han traído un derecho del trabajo menos tuitivo o garantista de los derechos de los trabajadores (no hay más que fijarse en cómo se han llevado a cabo en las administraciones públicas los ajustes de personal, a las cuales se les ha permitido recurrir incluso a la figura del despido colectivo). De ahí que resulte prácticamente imposible impedir las legítimas aspiraciones de los investigadores, incluso de los que disfrutaban de un contrato por tiempo indefinido, de acceder a un puesto de funcionario. Algo por lo demás garantizado en la normativa actual (artículo 32.3 de la Ley de la Ciencia) que ha renunciado al establecimiento de un compartimento estanco laboral, incomunicado del funcional. Al menos por el momento.

5. Bibliografía

- Ballester Laguna, F. (coord.), Alemañ Cano, J., Carmona Paredes, R., Rivera Sánchez, J.R., Rosa Moreno, J., Sánchez Castillo, M^a.M. y Sirvent Hernández, N., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Colección Innap Investiga, Madrid, 2016. Me remito también a la extensa bibliografía citada en este libro.
- Ballester Laguna, F., “I contratti di lavoro dei ricercatori in Spagna con particolare riferimento al settore pubblico”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2017.
- Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas”, *Lan Harremanac*/36 (2017-I).

Web sites

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-24515>

<http://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-9617&p=20150910&tn=2&lang=eu>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>

<http://www.csic.es/memorias.digitales>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/brochure_rights/eur_21620_es-en.pdf

[\[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:175:0043:0048:es:PDF\]\(http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:175:0043:0048:es:PDF\)](http://eur-</p></div><div data-bbox=)

La diversidad de estatutos jurídicos del personal investigador contratado laboralmente. Análisis desde el punto de vista del principio de igualdad

Nancy SIRVENT HERNÁNDEZ*

RESUMEN: En España existe una amplia gama de contratos laborales dirigidos al personal investigador. La regulación de estos contratos se encuentra en tres normas jurídicas: Ley de la Ciencia, Tecnología e Innovación; Ley Orgánica de Universidades (modificada en 2007); y Estatuto de los Trabajadores donde se recogen los tipos de contratos de trabajo generales, de aplicación también al personal investigador (en especial, el de obra o servicio determinado para realizar proyectos específicos de investigación científica y técnica). Tal diversidad de normas reguladoras y de contratos da lugar a la aparición de disfunciones en el sistema de contratación laboral de este colectivo, destacando las diferencias de régimen jurídico en contratos que comparten el mismo objeto y finalidad. Pero las circunstancias sobre las que descansa la diversidad de regímenes jurídicos resultan muy cuestionables desde el punto de vista constitucional, poniendo en entredicho el principio de igualdad y justicia material.

Palabras clave: Personal investigador, contratos laborales, igualdad.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Heterogeneidad en la regulación de los Recursos Humanos de naturaleza laboral en el ámbito de la investigación. 2.1. Diferencias de régimen jurídico en base al ente empleador o al lugar de prestación de los servicios. 2.2. Diferencias de régimen jurídico en atención al tipo de contrato de trabajo suscrito. 2.3. Diferencias de régimen jurídico motivadas por el origen de la financiación de los contratos. 3. Las diferencias de régimen jurídico del personal investigador y su adecuación al principio de igualdad. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

The diversity of legal status of investigative workforce. Analysis from the point of view of the principle of equality

ABSTRACT: In Spain there is a wide range of employment contracts for research staff. The regulation of these contracts is in three legal norms: Law of Science, Technology and Innovation; Organic Law of Universities (modified in 2007); And Workers' Statute, which includes the different types of employment contracts, also applicable to research staff (especially the work or service determined to carry out specific scientific and technical research projects). This diversity of regulations and contracts leads to the appearance of dysfunctions in the system of labor recruitment of this group, highlighting the differences of legal regime in contracts that share the same object and finality. However, the circumstances on which the diversity of legal systems rests are very questionable from the constitutional point of view, putting in question the principle of equality and material justice.

Key Words: Research staff, labour contracts, equality.

1. Planteamiento

Un rasgo característico en el estatuto profesional del personal investigador es la falta de homogeneidad en el régimen jurídico que afecta a este colectivo, circunstancia que tiene su origen en la diversidad de vínculos jurídicos posibles (de naturaleza administrativa, funcionarial, laboral, o incluso a través de becas) y en la amplia gama de modalidades contractuales de naturaleza laboral previstos por el ordenamiento jurídico. Las reformas legales que han tenido lugar en este ámbito han ido en la línea de “laboralizar” al personal investigador, dejando atrás la política de becas (muy habitual durante los primeros años de la carrera profesional de los investigadores) y el recurso a los contratos de naturaleza administrativa (principalmente, en el ámbito de las Universidades públicas), y dando paso a nuevas figuras contractuales de carácter eminentemente laboral contemplando, asimismo, la posibilidad de celebrar contratos indefinidos¹⁷.

Con este cambio de signo en la regulación de los recursos humanos dedicados a la investigación se ha pretendido dar un nuevo enfoque y poner en el punto de mira al trabajador (investigador), reforzando así la tutela del mismo de conformidad con la lógica “tuitiva” inherente a las normas laborales. Se supera así el sistema precedente de becas que encubría en muchas ocasiones genuinos puestos de trabajo (exigiendo a veces obligaciones que no se correspondían con la condición de becario) aunque sin reconocimiento de derechos laborales (protección social, promoción profesional...), y se da paso a un modelo sustentado en contratos laborales que ofrecen una mayor tutela jurídica a los trabajadores de la investigación.

Sin embargo, pese a las supuestas bondades que presenta la legislación laboral estas se ven empañadas en ocasiones por lo que respecta al personal investigador, principalmente, durante las primeras etapas de su andadura profesional para las que se prevén singulares modalidades de contrato de trabajo que presentan un elevado grado de precariedad. Es lo que sucede, por ejemplo, con el contrato predoctoral recogido en la LCIT particularmente por lo que respecta al régimen retributivo diseñado para el mismo (como se analizará más adelante, durante los dos primeros años de

¹⁷ En este orden de ideas se ha apuntado que “la actual Ley de la Ciencia, al tiempo que sigue manteniendo la tradicional carrera funcionarial, incorpora una carrera laboral, en la que tras pasarse por diferentes contratos laborales de carácter temporal, puede finalizar con la contratación laboral de carácter indefinido del investigador”. Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas”, *Lan Harremanak*, n. 36, 2017-I, p. 80.

contratación la retribución de estos trabajadores está sujeta a unos topes mínimos que rondan el 50% del salario de otro trabajador con similares funciones). Tal regulación da lugar a que este pueda ser considerado uno de los contratos laborales más precarios de todos los existentes actualmente, lo cual no se compeade bien con una política dirigida a la captación de nuevos investigadores¹⁸. Y es que no parece que el régimen retributivo de este contrato resulte muy atractivo a fin de “persuadir” o de “reclutar” nuevos investigadores.

El diseño legislativo de la contratación laboral del personal investigador se ha forjado principalmente en atención al lugar donde vaya a desarrollarse la prestación de servicios, de modo que no todos los investigadores tienen acceso a las mismas figuras contractuales, pudiendo acogerse únicamente a las modalidades previstas de forma específica para cada uno de los organismos que los contrate. Así, cabe partir de una triple distinción entre los contratos de trabajo propios y exclusivos del ámbito universitario (contratos de ayudante, ayudante doctor, profesor visitante y profesor contratado doctor), las modalidades contractuales específicas introducidas por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (contratos predoctoral, de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación – CASECTI –, y de investigador distinguido), y las figuras contractuales que contempla el Estatuto de los Trabajadores, siendo de especial relevancia en este ámbito el contrato de obra o servicio determinado para la realización de proyectos de investigación científica o técnica.

Esta maraña legal ha dado lugar a la aparición de ciertas disfunciones en el sistema de contratación laboral del personal investigador.

En este sentido se observa, como se ha anticipado, que algunos contratos únicamente pueden celebrarse con ciertos empleadores. Esto ocurre, principalmente, con los contratos que recoge la LCTI a los que no pueden acceder las empresas privadas.

Otra disfunción que se constata es la existencia de contratos laborales que, pese a compartir el mismo objeto y finalidad, difieren en el régimen jurídico. Es lo que ocurre, como se verá en las páginas que siguen, con el contrato de ayudante y el predoctoral.

Finalmente, otra fuente de problemas viene determinado por el hecho de

¹⁸ En este orden de consideraciones, resulta sumamente llamativo que respecto de otro contrato de trabajo afín, el de prácticas, los topes mínimos salariales previstos sean superiores a los fijados para el contrato predoctoral (el 56% del salario de un trabajador de categoría profesional equivalente durante los dos primeros años de contrato en el predoctoral, frente al 60% o 70% del contrato en prácticas, durante el primer y segundo año de contratación, respectivamente).

la pervivencia del modelo 2+2 previsto en el Estatuto Profesional del Personal Investigador en Formación aprobado en 2006 (EPIF), a cuyo través todavía se permite la vinculación del personal investigador en formación a través de “becas”, apartándoles pues de todos los beneficios que supone la aplicación de las normas laborales.

El resultado de todo ello es la existencia de un elevado grado de heterogeneidad en la regulación de los recursos humanos dedicados a la investigación, apreciándose diferencias notables de régimen jurídico en base a diversas circunstancias, en esencia, en atención al ente empleador o al lugar de la prestación de servicios (OPIs, universidad públicas, universidades privadas y de la Iglesia Católica, empresas privadas, Consorcios y Fundaciones Públicas, etc.); al tipo de contrato suscrito (contrato predoctoral versus contrato de ayudante, o CASECTI versus contrato de ayudante doctor); o al origen de la financiación.

La existencia de tal amplia gama de contratos laborales dirigidos al personal investigador, con las diferencias de regulación anunciadas, pone de manifiesto la falta de una visión de conjunto por parte del legislador en relación con la problemática de los recursos humanos dedicados a la investigación. Esta razón es ya por sí misma suficiente para justificar la necesidad de emprender una reforma dirigida a suprimir o simplificar la diversidad de estatutos jurídicos actualmente existente en relación con los trabajadores de la investigación, equiparando los derechos de los investigadores del sector público con los de las empresas privadas, y los de las universidades públicas con otros organismos de investigación, en aras, principalmente, a hacer efectivo el derecho a la estabilidad en el empleo.

Pero, más allá de ello, tal falta de uniformidad pone en entredicho (especialmente, en determinados supuestos) la adecuación de tal regulación jurídica con el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española (CE).

En las páginas que siguen se analizan todas estas diferencias y se reflexiona sobre si las mismas se ajustan al principio constitucional de igualdad y a la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional (TCO).

2. Heterogeneidad en la regulación de los Recursos Humanos de naturaleza laboral en el ámbito de la investigación

Como se acaba de indicar, una de las deficiencias que se desprende de la regulación actual de los Recursos Humanos de carácter laboral dedicados a la investigación es el elevado grado de heterogeneidad existente,

apreciándose diferencias notables de régimen jurídico en base a distintas circunstancias, tales como el ente empleador o el lugar de la prestación de servicios, el tipo de contrato suscrito, o el origen de la financiación de los contratos.

A continuación se analizan todas y cada una de estas circunstancias, así como las disfunciones que con arreglo a ello se producen en el régimen jurídico del personal investigador contratado laboralmente, poniendo el acento especialmente en aquellas diferencias de regulación que no encuentran una fácil justificación.

2.1. Diferencias de régimen jurídico en base al ente empleador o al lugar de prestación de los servicios

El régimen jurídico del personal investigador resulta diferente dependiendo de cuál sea el ente empleador, o lo que es igual, en función del lugar de la prestación de servicios. Esta circunstancia tiene lugar por cuanto, tanto los contratos contemplados en la LCTI como los previstos en la LOU quedan reservados a ciertos organismos, estando vetados, por ejemplo, los primeros a las empresas con ánimo lucrativo, y los segundos a las universidades privadas o a las universidades de la Iglesia Católica. Esta situación, unido al hecho de que cada modalidad contractual cuenta con su propio régimen jurídico, provoca una disparidad de estatutos jurídicos entre el colectivo profesional de los investigadores carente de toda lógica.

En efecto, la LCTI delimita cuáles son los organismos que pueden celebrar los contratos contemplados en la misma, entre las que no aparecen las entidades privadas con ánimo lucrativo. Se excluye, pues, *sensu contrario*, a estas últimas, por lo que las empresas privadas no pueden celebrar ninguna de las modalidades de contrato de trabajo que recoge la LCTI¹⁹.

¹⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 LCTI “Podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo específicas que se establecen en esta sección las siguientes entidades:

a) Los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de Investigación de otras Administraciones Públicas.

b) Las Universidades públicas, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i.

No obstante, la Disposición adicional primera de esta misma Ley extiende la posibilidad de celebrar estos contratos a otras entidades (sin incluir a las entidades privadas sin ánimo de lucro).

Por su parte, los contratos de trabajo que regula la LOU únicamente pueden celebrarse en el ámbito de las Universidades públicas, no estando prevista su extensión a las Universidades privadas laicas ni a las de la Iglesia Católica.

Así pues, como se aprecia, en la actualidad en el ordenamiento jurídico español coexisten diversas modalidades de contratación laboral del personal investigador que difieren en función de quién sea el empleador (organismos públicos, empresas privadas, Universidades públicas), pudiendo apreciarse un triple canal:

Por un lado, las empresas privadas únicamente podrán contratar personal investigador a través de los contratos de trabajo previstos en el ET, con el régimen particular que atañe a cada uno de ellos.

Por su parte, los OPIs podrán recurrir a los contratos de la LCTI y a los recogidos en el ET.

Y, finalmente, las Universidades públicas podrán celebrar, tanto los contratos específicos que contempla la LOU, como los recogidos en la LCTI (si cumplen ciertos requisitos), y los del ET²⁰. Asimismo, las Universidades privadas y las de la Iglesia Católica podrán contratar personal investigador a través de las modalidades contractuales del ET, o también las de la LCTI cuando sean receptoras de fondos para la contratación de personal investigador.

El hecho de que no se hayan extendido los contratos previstos en la LCTI a todo el sector de la investigación, sea éste público o privado, o los contratos de la LOU a todas las Universidades, públicas o privadas (independientemente de alguna modalización singular que con toda seguridad sería necesario introducir en el régimen jurídico de alguno de los contratos), da lugar a la aplicación de una diversidad de estatutos jurídicos al personal investigador que, al menos en relación con determinados aspectos, resulta de difícil justificación²¹.

²⁰ Como pone de manifiesto algún autor, pese a que las universidades pueden recurrir a las modalidades contractuales previstas en el ET (exceptuando el contrato temporal de formación y aprendizaje”, “hay que reconocer que la mayoría de ellas tienen un peso muy residual en la práctica, como consecuencia de la existencia de toda una gran variedad de modalidades contractuales específicamente previstas a tales efectos”. Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016, p. 157.

²¹ Piénsese, por ejemplo, en una empresa privada (una entidad financiera, por ejemplo) que pretende contratar laboralmente por tiempo determinado a una persona con el título de doctor para desarrollar tareas de investigación: podrá celebrar un contrato en prácticas, o un contrato de obra o servicio determinado si lo que pretende es desarrollar un proyecto concreto de investigación científica o técnica. En cambio, si se tratara de un

Cabría plantearse si existe alguna razón que justifique la exclusión sin más de los contratos de la LCTI a las empresas privadas. En mi opinión no existe tal razón, resultando de todo punto objetable esta regulación. Si el objetivo último perseguido a través de la LCTI es el fomento de la investigación, venga de donde venga, así como posibilitar una mayor permeabilidad entre el sector público y el privado, y si todas estas figuras contractuales se han considerado idóneas como mecanismo de inserción profesional de los investigadores, resulta criticable esta opción del legislador excluyente del grueso de las empresas dedicadas a la investigación y de otras entidades privadas. No se llega a comprender cuál puede ser el motivo de la exclusión de las empresas y de otros organismos privados como posibles empleadores en estos contratos, sobre todo teniendo en cuenta el importante papel que pueden jugar unas y otros en este ámbito de cara, principalmente, a la transferencia de conocimientos en la sociedad pero también como vía de inserción del personal investigador fuera del ámbito académico, en empresas y otros organismos privados (fundaciones, hospitales privados, etc.).

Tampoco parece de recibo el hecho de que se dejen de aplicar al personal investigador contratado laboralmente por las Administraciones Públicas ciertas previsiones comunes a los contratos de trabajo temporales que contempla el ET, en particular, por lo que se refiere al límite máximo de duración (de 3 o 4 años – en este último caso, si se prevé en convenio colectivo –) del contrato por obra o servicio determinado cuando se celebra en el marco de un proyecto específico de investigación, lo cual favorece la creación de entornos favorables a la precariedad al permitirse la prolongación del contrato “sine die” contrariando, además, el principio de estabilidad en el empleo que proclama la Carta Europea del Investigador²². Y en cuanto a la prohibición del encadenamiento de contratos temporales y a la solución de fijeza prevista para el caso de incumplimiento, que no rige tampoco en este ámbito²³, poniendo de

OPI, podría recurrir, además de al contrato en prácticas, a un CASECTI, siendo más ventajoso este contrato en relación con el de prácticas en cuanto a su duración (hasta 5 años, sólo hasta 2 en el de prácticas); la retribución (con topes mínimos en el contrato en prácticas – que da lugar a una retribución generalmente inferior a la de otros trabajadores que desempeñan las mismas funciones –, y sin topes en el CASECTI); o la evaluación de la actividad desarrollada a tener en cuenta como mérito para ocupar un puesto de trabajo fijo, que se contempla en el CASECTI, pero no en el de prácticas.

²² En https://cdn5.euraxess.org/sites/default/files/brochures/eur_21620_es-en.pdf

²³ Como señala la Disposición adicional 15ª ET “lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinado no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de

nuevo en tela de juicio el principio de estabilidad en el empleo proclamado en la Carta Europea del Investigador, e introduciendo un trato jurídico distinto (¿discriminatorio?) respecto al resto de trabajadores del sector de la investigación, particularmente por lo que atañe al personal investigador del sector privado.

En este contexto, resulta criticable la enorme disparidad de regímenes jurídicos aplicables al personal investigador en atención al carácter público o privado de la entidad investigadora, pudiendo poner incluso en entredicho la adecuación constitucional de tal regulación de cara al respeto al principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Norma Fundamental. Y es que, si bien desde un punto de vista formal pudiera explicarse esa diferencia de trato jurídico en base a la distinta naturaleza jurídica de la entidad contratante, desde un punto de vista material resulta harto difícil salvar tal juicio de constitucionalidad dadas las situaciones injustas que provoca dicha regulación, y que no se explican bien. Y ello, por más que formalmente un OPI sea algo distinto a una universidad pública y estos organismos, a su vez, sean distintos de una empresa privada o de una universidad privada (incluyendo las de la Iglesia Católica).

2.2. Diferencias de régimen jurídico en atención al tipo de contrato de trabajo suscrito

La coexistencia de modalidades contractuales procedentes de la LOU con las modalidades contractuales previstas en la LCTI plantea la necesidad de detener la atención sobre si tales regulaciones mantienen una necesaria sintonía que garantice un conjunto de derechos y obligaciones análogos para el personal investigador con independencia de que el personal investigador preste sus servicios en una universidad pública o en cualquiera de las agencias y entes especializados en la investigación existentes en nuestro país.

Lamentablemente, se detecta la presencia de distorsiones en el régimen jurídico del personal investigador en función de cuál sea el régimen

trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años” (apartado 2º). Asimismo, “lo dispuesto en el artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, o en cualesquiera otras normas con rango de ley” (apartado 3º).

jurídico aplicable.

De este modo, otra disfunción que merece la pena subrayar en este contexto tiene que ver con la existencia de contratos que tienen prácticamente el mismo objeto pero que difieren en su régimen jurídico en aspectos en los que no tiene ninguna razón de ser esa diferencia de tratamiento.

Ello sucede, como se acaba de indicar, en relación con los contratos de trabajo diseñados por la LCTI, esto es, el contrato predoctoral, el CASECTI y el de investigador distinguido, que pretenden cumplir sustancialmente los mismos objetivos que los contratos de ayudante, ayudante doctor y profesor visitante de la LOU y, pese a ello, se aprecian algunas divergencias en su régimen jurídico que ciertamente no pueden ser de recibo.

Si centramos la atención en el contrato de ayudante (LOU) y el predoctoral (LCTI), podemos apreciar que ambos contratos están dirigidos a los mismos destinatarios (investigadores predoctorales en formación) y que comparten prácticamente el mismo objeto (la formación de investigadores, a través, fundamentalmente, de la realización de la tesis doctoral)²⁴. Y, sin embargo, los regímenes jurídicos de sendos contratos difieren. Así, por ejemplo, y sorprendentemente, las retribuciones mínimas del contrato predoctoral están muy por debajo de las retribuciones de los ayudantes, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.d) LCTI “*la retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por ciento del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por ciento durante el tercer año y el 75 por ciento durante el cuarto año*”. No cabe la menor duda de que el contrato de ayudante es una categoría equivalente (seguramente la más equivalente) al

²⁴ Dicha naturaleza eminentemente formativa del contrato de ayudante es lo que explica la estricta limitación legal al desempeño de tareas docentes. En este sentido, se apunta que “en consonancia con la voluntad del legislador que está regulando una modalidad contractual para personas que carecen de experiencia académica previa, más allá de la obtención del grado y del máster correspondiente, como requisitos constitutivos para estar en condiciones de acceder a un doctorado y, por tanto, a la figura de ayudante, las tareas docentes que se le asignen deberán ser de índole práctica y de una duración máxima de 60 horas anuales”. Rivera Sánchez, J.R., “Los contratos de trabajo del personal docente e investigador en la vigente Ley Orgánica de Universidades”, en *El Estatuto Profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016, p. 48. En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del STSJ Asturias, de 24 de septiembre de 2009 (sentencia n. 245/09), señala que “se configuran como profesores ayudantes aquellos que van a celebrar un contrato cuya finalidad es la de completar una formación docente e investigadora, estableciendo la posibilidad de que los mismos colaboren en tareas docentes, solo de carácter práctico y con una limitación horaria anual”.

contrato predoctoral, de tal modo que si se toma como referente este contrato (así lo han hecho en la práctica muchas disposiciones emanadas de los Consejos de Gobierno de las Universidades)²⁵ las retribuciones del contrato predoctoral serán considerablemente menores que las correspondientes al contrato de ayudante, sin que en mi opinión exista una justificación suficiente para esta disparidad de trato permitida legalmente²⁶.

No parece que las 60 horas de clases prácticas al año que como máximo pueden impartir los ayudantes, y que no se exigen en el contrato predoctoral, puedan justificar una diferencia retributiva tan acentuada²⁷. Tampoco parece que la financiación *ad hoc* que caracteriza las modalidades contractuales de la LCTI cuando son utilizadas por las universidades pueda servir de fundamento a esa disparidad; exigencia que, por cierto, no se contiene en relación con los OPIs.

Hay quienes han explicado esta menor retribución del contrato predoctoral en el hecho de que su implantación no lleve aparejado un mayor coste económico que su precedente, el conocido modelo 2+2 regulado en el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación. De hecho, la

²⁵ Así lo considera, por ejemplo, la Resolución de 18 de noviembre de 2013 (BOE 21 de noviembre), de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan diversas ayudas para la formación de profesorado universitario de los subprogramas de Formación y de Movilidad dentro del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 en I+D+i. En esta resolución se señala expresamente que, tal como se indica en la Orden EDC/1619/2013 (BOE 7 de septiembre), la modalidad de contratación predoctoral se corresponde con la figura de ayudante regulada en el artículo 40 de la LOU, en la redacción dada por la LOMLOU.

²⁶ Y es que aunque se trate de topes mínimos, la sola previsión de los mismos va a marcar en la práctica una tendencia retributiva “a la baja”, tratando de aproximar en muchos casos la retribución real a dichos topes legales mínimos.

²⁷ Como señala el artículo 49 de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, “*Los Ayudantes colaborarán en tareas docentes de índole práctica hasta un máximo de 60 horas anuales*”. Obsérvese que, tomando como referencia una jornada anual estándar de 1826 horas, estas 60 horas máximas dedicadas a la impartición de clases prácticas representan tan solo el 0,03% de la jornada anual. Pese a la inexigibilidad de esas clases prácticas, como pone de manifiesto algún autor “las diferentes convocatorias de ayudas predoctorales continúan estableciendo la posibilidad de que los investigadores predoctorales colaboren en tareas docentes”, lo cual parece razonable si se tiene en cuenta que “la formación recibida por el investigador en formación debe servirle no sólo para incorporarse a la carrera investigadora, sino también a la carrera docente”. Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores...”, *op. cit.*, p. 101.

exposición de motivos de la propia LCTI señala que la puesta en marcha del contrato predoctoral debe producirse a coste cero. Sin embargo, este argumento resulta también inadmisibles. Y es que, en verdad, el régimen jurídico establecido para el contrato predoctoral en materia retributiva da pie a pensar que en el subconsciente del legislador todavía está plenamente presente la figura del becario de investigación.

Esta disparidad de trato jurídico en materia retributiva se hace muy evidente en el ámbito de las universidades públicas, donde pueden celebrarse tanto contratos de ayudante como contratos predoctorales y donde nos podemos encontrar en un mismo espacio físico, y desarrollando la misma actividad, con dos personas realizando la tesis doctoral que sean retribuidas de modo distinto por el mero hecho de haber suscrito un contrato de ayudante (LOU) o predoctoral (LCTI)²⁸.

La regulación del contrato predoctoral en materia retributiva puede suscitar dudas de constitucionalidad al permitir fijar una retribución inferior a la prevista con carácter general para otros trabajadores con contrato de trabajo de objeto análogo sin existir una causa objetiva y razonable para ello.

Y la misma duda de constitucionalidad puede reproducirse al compararse con trabajadores con contrato de trabajo común. No obstante, en este último caso, dichas dudas se disipan aplicando la doctrina general que, a tales efectos, ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional (TC) que ha defendido la constitucionalidad de aquellas disposiciones normativas que introducen diferencias de trato, siempre y cuando exista una justificación objetiva y razonable. En atención a esta doctrina, el Alto Tribunal entiende que “no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”²⁹. Y, dentro de estas causas objetivas y razonables el TC ha venido admitiendo el elemento formativo que se encuentra presente en algunos contratos³⁰. Requisito que está presente en

²⁸ En este sentido se critica el exceso de tal desigualdad retributiva en el contrato predoctoral habida cuenta que “los investigadores predoctorales en formación tras un breve lapso de tiempo suelen llevar a cabo una actividad investigadora cuanto menos similar a la desarrollada por otros investigadores de la universidad o centro de investigación”. Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores...”, *op. cit.*, p. 105.

²⁹ STC de 26 de abril de 1990 – RTC 76 –.

³⁰ Concretamente, así lo ha venido entendiendo el TC en relación con los contratos formativos, afirmando que es posible distinguir en el aspecto retributivo entre los trabajadores en prácticas o en formación y el resto de la plantilla puesto que “la

el contrato predoctoral, por lo que puede afirmarse que es dicho componente formativo la razón objetiva que justifica la diferencia de trato retributivo en el contrato predoctoral respecto de otros contratos de trabajo comunes, sin que pueda considerarse que dicha diferencia atente ningún principio o derecho constitucional.

Ahora bien, cuando este último contrato se compara con otros con los que comparte análoga finalidad formativa (en esencia, el de ayudante en el ámbito de las Universidades Públicas, o incluso el de prácticas, en el sector privado), las dudas sobre la pertinencia de tal diferencia de régimen retributivo con el principio de igualdad constitucional vuelven a emerger.

Sea como fuere, lo cierto es que resultan cuando menos llamativos los topes salariales mínimos establecidos para el colectivo de trabajadores con contrato predoctoral que pueden dar lugar a que su salario quede reducido durante los dos primeros años de contrato casi a la mitad (el 56%) respecto del salario reconocido a un trabajador con categoría análoga, y más aún, como se ha dicho, cuando se comparan estas previsiones con el régimen jurídico propio de otros contratos homólogos, en particular con el de ayudante (en el ámbito universitario) o el de prácticas, por resultar estos últimos más ventajosos dado que, o bien no se prevén topes mínimos retributivos (como sucede con el contrato de ayudante), o bien, en el caso del contrato en prácticas, estos rigen por menos tiempo (pues la duración del contrato es, como máximo, de dos años) y resultan superiores a los fijados para el predoctoral (concretándose en el 60% o el 75%, durante el primer o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, respecto al recogido en el convenio colectivo para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo; en contraste con el 56% aplicable durante los dos primeros años en el contrato predoctoral).

No existe ninguna razón de peso capaz de justificar el reconocimiento de un tope mínimo salarial tan exiguo ni menos aún que este se haya fijado por debajo del previsto para los trabajadores contratados en prácticas (y cuya aplicación puede dilatarse más en el tiempo dada la distinta temporalidad que presentan ambos contratos – 2 años de duración el de prácticas, frente a los 4 o 5 del predoctoral –)³¹; o siquiera que se hayan

distinción operaría en este caso sobre dos modalidades contractuales cuya causa no es la realización de un trabajo, sino también la puesta en práctica de unos conocimientos o el aprendizaje de una profesión u oficio, modalidades que por esa razón, ofrecen apreciables diferencias en la prestación de los servicios respecto de la relación laboral común”. STC de 22 de julio de 1987 – RTC 136 –).

³¹ Lo cual, dicho sea de paso, provocará que se dilate aun más en el tiempo la (eventual, pero más que probable) situación de precariedad.

establecido topes mínimos, a diferencia de lo que sucede con otros contratos afines, en esencia, y en este último caso, como se ha dicho, el de ayudante. Resulta hartamente difícil justificar tal diferencia de trato jurídico desde un punto de vista de justicia material.

Por todo ello, sería conveniente la corrección de esta falta de coherencia, si no se desea que personal investigador que realiza en la práctica las mismas funciones sea remunerado de forma distinta (más precaria) por el mero hecho de haber suscrito un contrato de ayudante (LOU), o un contrato predoctoral (LCTI)³².

Aparte la disparidad de tratamiento retributivo que se acaba de señalar, existen otras diferencias que tampoco se entienden bien, tales como la distinta duración máxima posible del contrato de ayudante (5 años) y predoctoral (4 años y 6 años para discapacitados). O también la evaluación anual de la actividad investigadora y sus posibles repercusiones respecto de la continuidad del contrato predoctoral y la inexistencia de previsiones específicas similares en relación con el contrato de ayudante.

En suma, esta diferencia palpable de régimen jurídico va a provocar en la práctica una paradoja: que investigadores contratados por la misma Universidad para realizar funciones iguales puedan tener una retribución distinta, y la duración de su contrato también sea diferente³³.

Cabría, asimismo, dilucidar en este apartado si las modalidades contractuales reguladas en la LOU sirven para cubrir necesidades docentes e investigadoras, mientras que los contratos específicos regulados en la LCTI obedecen a la necesidad de atender tareas exclusivamente investigadoras, pues dependiendo de la respuesta que se de a esta cuestión podría verse en este aspecto la clave que permite distinguir las figuras contractuales de la LOU y de la LCTI.

Si se pone el acento en los contratos de trabajo propios y exclusivos del ámbito universitario (público) es obvio que los mismos sirven para satisfacer necesidades tanto docentes como investigadoras³⁴. A excepción del contrato de ayudante, cuya actividad docente queda reducida a la

³² En este orden de ideas ha señalado algún autor que “una vía para solucionarlo, sin necesidad de tocar la norma legal que posibilita esta disparidad retributiva, podría venir de la mano de las propias universidades, garantizando las mismas retribuciones en ambas modalidades contractuales, partiendo del hecho cierto de que el artículo 21 LCTI tan solo establece las retribuciones mínimas garantizadas”. Ballester Laguna, F., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Ponencia presentada en la CRUE, Pamplona, 11 de diciembre de 2015, páginas 6 y 7. Texto policopiado.

³³ Y en este sentido resultará más ventajoso estar contratado como ayudante que a través de un contrato predoctoral al tener este último una retribución y una duración menor.

³⁴ No se olvide, en este sentido, que las funciones de las universidades son tanto la educación superior como la investigación.

impartición de clases de índole práctica por un máximo de 60 horas anuales, lo que se explica por el objeto mismo del contrato de trabajo (la realización de la tesis doctoral), el resto de figuras contractuales tienen ese doble perfil docente e investigador. Lo vemos en el contrato de ayudante doctor (cuyo objeto es la realización de tareas docentes y de investigación), en la figura del profesor visitante (realizar tareas docentes y/o investigadoras, aunque la norma utilice tan solo la disyuntiva) y en el contrato indefinido de los profesores contratados doctores (cuya finalidad es desarrollar con plena capacidad docente e investigadora, tareas de docencia y de investigación, o prioritariamente de investigación).

Por su parte, las modalidades contractuales recogidas en la LCTI poseen en principio un perfil eminentemente investigador (lo que se explica por el marco natural para el que se han previsto estos contratos, fundamentalmente los OPIs). Esto se advierte en el contrato predoctoral (sin referencias a actividad docente alguna)³⁵, el CASECTI (cuyo objeto consistirá primordialmente en la realización de tareas de investigación, aunque podrá prestar colaboraciones complementarias en tareas docentes relacionadas con la actividad de investigación propuesta, hasta un máximo de 80 horas anuales); o la contratación indefinida (para realizar tareas de investigación), aunque en este caso enseguida se matiza que el personal laboral fijo contratado por las universidades públicas tendrá la consideración de personal docente e investigador a los efectos del desarrollo de la función investigadora (Artículo 22 LCTI). Más aún, se permite el tránsito de este contrato indefinido a la condición de profesor titular de universidad cuando se obtenga el informe positivo de su actividad docente e investigadora de acuerdo con el procedimiento que establezca el gobierno (artículo 31 LCTI). Ello impide, al menos en el ámbito universitario, que pueda afirmarse con rotundidad que el contrato indefinido regulado en la LCTI sea una figura exclusivamente investigadora.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el artículo 32 LCTI establece que las universidades públicas, en el ejercicio de su autonomía, podrán establecer la distribución de la dedicación del personal docente e investigador a su servicio en cada una de las funciones propias de la universidad, es decir, la educación superior, la investigación y, en su caso, la gestión. Lo cual también impide que podamos establecer una tajante separación entre los contratos laborales de la LOU (docencia e

³⁵ Sin embargo, el antecedente normativo inmediato del contrato predoctoral, el contrato en prácticas previsto en el EPIF para el 3º y 4º año a contar desde la concesión de la ayuda a la investigación (vigente, como se verá, todavía en algunos casos), sí permitía la impartición de clases prácticas con un máximo de 60 horas anuales (artículo 7 EPIF).

investigación) y los contratos de trabajo de la LCTI (investigación). Las universidades, en el ejercicio de su autonomía, podrán modular la dedicación de unos y otros, de tal forma que será posible prever que un profesor contratado doctor realice tareas exclusivamente investigadoras (de hecho esta posibilidad ya se contemplaba en la LOU), y que un contratado indefinido de la LCTI realice tareas docentes e investigadoras.

En cuanto al perfil docente e investigador, o exclusivamente investigador, de la contratación por tiempo indefinido, ya se ha apuntado que ello constituye una decisión básicamente de las universidades. Es verdad que, al menos hasta la fecha, en las universidades han primado en la promoción los criterios docentes (como consecuencia de la disminución de la docencia han disminuido las plazas de ayudante). Pero esta situación empieza a cambiar. Desde hace tiempo se viene constatando que no todo el PDI se dedica por igual a la investigación (sin embargo, el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, todavía vigente, dispone que la investigación debe ocupar al menos 1/3 de la jornada del PDI – artículo 9 –)³⁶. La disminución de las obligaciones docentes, especialmente perceptible en determinadas áreas de conocimiento, unido a la necesidad de garantizar y potenciar la investigación, son también factores a considerar. En este contexto las universidades tienen la facultad de incidir en la dedicación del PDI. Ya desde el año 2001 el artículo 52 LOU dispone que la figura del profesor contratado doctor está prevista para el desarrollo de “*tareas de docencia e investigación, o prioritariamente de investigación*”. Por su parte, las modalidades contractuales reguladas en la LCTI poseen un perfil eminentemente investigador, lo que se explica por razón del marco natural de desenvolvimiento para el que se han ideado estas figuras (OPIs). Por consiguiente, estos contratos se pueden poner al servicio de la profesionalización de la investigación en la universidad.

Sin embargo, como se ha dicho con anterioridad, ésta no es la única opción posible. El artículo 32 LCTI dispone que las universidades públicas, en el ejercicio de su autonomía, podrán establecer la distribución

³⁶ Como gráficamente ha puesto de manifiesto algún autor “*los resultados de la investigación, como la riqueza, están desigualmente repartidos*”, dando cifras sobre esta realidad. Así, afirma que menos del 20% del profesorado universitario realiza el 80% de las publicaciones de impacto; que el 40% del PDI ha publicado menos de 3 artículos en revistas indexadas en los últimos 5 años; o, finalmente, que hay áreas donde el 50% del profesorado doctor no ha participado en ningún proyecto en los últimos 5 años. Guardia López, M.A., *Cambios en la gestión de la investigación*, Impacto de la nueva legislación en la Educación Superior y la Investigación, Sevilla, 2012, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 53.

de la dedicación del PDI a su servicio en cada una de las funciones propias de la universidad. Facultad que, en mi opinión, puede implementarse en relación con todo el PDI (funcionario y laboral y, dentro de este último, tanto el previsto en la LOU como en la LCTI), a excepción de aquellas modalidades contractuales que ya tienen establecida por ley una determinada distribución entre docencia e investigación, como ocurre, por ejemplo, con los contratos de ayudante (LOU) y CASECTI (LCTI).

Ahora bien, ello da pie a otro problema: determinar la forma de llevarlo a cabo. En este sentido, creo que deberían respetarse tres principios fundamentales: 1) que la distribución de la dedicación se establezca mediante criterios objetivos; 2) que se trate de medidas temporales y, por ende, no irreversibles; y 3) que no represente un obstáculo en la carrera profesional, debiéndose atemperar los criterios de evaluación por razón de la dedicación³⁷.

De todo lo anterior se infiere que a fin de justificar el dispar tratamiento dado por el legislador (y salvar la posible desigualdad que se denuncia) a los contratos previstos en la LCTI, de un lado, y a los de la LOU, de otro, no cabe poner el acento en el carácter netamente investigador o docente-investigador que puedan tener estos contratos pues, o bien esta circunstancia no se da ya de partida en algunos casos concretos (el contrato de ayudante tiene carácter eminentemente investigador), o bien no resulta relevante al poderse mutar a decisión de las Universidades públicas la dedicación del PDI que se encuentre a su servicio.

2.3. Diferencias de régimen jurídico motivadas por el origen de la financiación de los contratos

Otra diferencia del régimen jurídico-laboral de los investigadores puede venir determinada por el origen de la financiación de los contratos. Nos encontramos, de nuevo, ante una de esas diferencias difícilmente explicables y que puede considerarse como agravio comparativo entre los

³⁷ El Borrador “non nato” de Estatuto de personal docente e investigador de las Universidades Públicas, aprobado por el Ministerio de Educación con fecha 25 de mayo de 2011, introdujo un precepto, titulado “Diversificación e intensificación de las actividades del personal docente e investigador” (de los cuerpos docentes universitarios), en el que se distinguía el régimen de dedicación conforme a una “*orientación general simultánea en el ámbito de la docencia y la investigación*” y unas “*orientaciones específicas (...) con una intensificación en las actividades docentes o en las de investigación e innovación y transferencia*” (artículo 13). En la norma ya se recogían los tres principios generales a los que me he referido.

investigadores de nuestro país.

En este caso las diferencias vienen determinadas por la pervivencia (en contra de lo que pudiera pensarse) de la regulación prevista en el EPIF para determinados supuestos. Y es que si en principio la intención de la LCTI fue la de sustituir el sistema basado en el modelo 2+2 (dos primeros años de beca, y dos últimos años de contrato) regulado por el RD 63/2006, ello sólo ha tenido lugar de forma parcial.

Como es sabido, la LCTI contempla un contrato de nuevo cuño (el predoctoral) para ordenar jurídicamente la relación de trabajo del personal investigador en los primeros momentos de su carrera profesional. Este contrato, basado en el modelo 0+4 (ningún año de beca y 4 años de contratación laboral) viene a sustituir al modelo del 2+2 previsto en el RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprobó el Estatuto del Personal Investigador en Formación. A través del nuevo modelo que instaura la LCTI, la vinculación jurídica del personal investigador en formación con la entidad a la que se adscribe para realizar funciones de investigación es de carácter netamente laboral, dejando atrás el sistema de becas. Como apunta algún autor este nuevo modelo “parte de la consideración de que la actividad investigadora desarrollada por el personal investigador en formación tiene desde su inicio la suficiente entidad para ser considerada como una actividad productiva más allá de la formación que se recibe y, por tanto, debe ser merecedora de una cobertura jurídica y social superior a la otorgada por el sistema de becas”³⁸.

No obstante, a fecha de hoy y a la espera de lo que indique el futuro Estatuto Profesional del Personal Investigador³⁹, el modelo 2+2 que recoge el Real Decreto 63/2006 todavía sigue siendo aplicable en algunos supuestos. En esencia, la celebración *ex novo* de esta suerte de contratos resultará factible en el ámbito privado de la investigación, ya porque las entidades de adscripción no sea alguna a las que se permite celebrar el contrato predoctoral (como es el caso de las entidades privadas con ánimo de lucro, concretamente las empresas), ya por tratarse de entidades que reciben financiación privada para la contratación de personal investigador en formación (y a las que también se excluye de la posibilidad de celebrar

³⁸ Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 340, 2011, p. 92.

³⁹ Y es que pese a que la disposición adicional segunda de la LCTI ordena al Gobierno la elaboración de un nuevo estatuto en el que se deberán incluir las prescripciones recogidas en dicha ley para el contrato predoctoral, hasta la fecha dicho mandato ha sido desoído pues dicha ley daba al Gobierno un plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor para que elaborara tal estatuto, plazo que expiró el 1 de diciembre de 2013.

contratos predoctorales). Ello se infiere de la interpretación *sensu contrario* de lo dispuesto en la disposición adicional primera LCTI que extiende la posibilidad de celebrar los contratos de la LCTI (más allá de lo previsto en el artículo 20 de dicha norma jurídica) a determinadas entidades privadas sin ánimo lucrativo que desarrollen actividades de investigación, y a otros Organismos de Investigación distintos de los OPIs, cuando sean beneficiarios de ayudas o subvenciones públicas que incluyan en su objeto la contratación de personal investigador y sean concedidas en el marco de la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología o de la Estrategia Española de Innovación. Por consiguiente, en los casos en que las ayudas que reciban estos mismos organismos tengan otra naturaleza (o se contrate sin cargo a ninguna ayuda) no resultará posible recurrir al contrato predoctoral, y podrá seguir siendo de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 63/2006 que, como se sabe, prevé un régimen jurídico para la contratación de investigadores “en formación” que difiere en gran medida del régimen jurídico particular establecido en la LCTI para los contratos predoctorales a los que esta norma ha venido a sustituir, al menos parcialmente.

En suma, el modelo 2+2 previsto en el Real Decreto 63/2006 por el que se regula el Estatuto profesional del personal investigador, al que pretendió sustituir la LCTI de 2011 todavía puede seguir aplicándose en ciertos casos, básicamente, cuando el ente contratante sea una empresa privada; y también cuando el ente contratante, pese a ser un ente público, reciba financiación privada para la contratación de personal investigador.

Las diferencias más notables de régimen jurídico entre ambos supuestos de las que cabe hacer mención vienen referidas al tipo de vinculación jurídica durante los dos primeros años (en el caso del EPIF, a través de la beca, mientras que en el predoctoral mediante un contrato de naturaleza laboral), y a la particular modalidad contractual diseñada durante los dos últimos años de vinculación (mediante un contrato en prácticas en el caso del EPIF, o mediante el contrato predoctoral para el personal al que resulta de aplicación la LCTI)⁴⁰.

Ahora bien, pese a lo que pudiera parecer, las diferencias de régimen jurídico tienen lugar principalmente durante los dos primeros años de vinculación jurídica del investigador con el organismo de adscripción⁴¹, y

⁴⁰ Un análisis del régimen jurídico concerniente a este contrato en prácticas previsto en el EPIF, puede verse en Moreno Gené, J., *El personal investigador en formación. Régimen jurídico y de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008. Más recientemente, en Sánchez Castillo, M.M., “El contrato de trabajo en prácticas del personal investigador en formación”, en *El Estatuto Profesional del Personal Investigador...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

⁴¹ En relación con los dos últimos años, y pese a que la vinculación jurídica se produce a

se resumen en lo siguiente.

En primer lugar, durante el período de beca, la ayuda económica que recibe el becario no está sujeta a topes cuantitativos mínimos (como sí ocurre en el caso del contrato predoctoral, tal como se ha analizado en el apartado anterior). Además, dicha ayuda carece de naturaleza salarial, con las repercusiones que tal consideración puede tener desde el punto de vista laboral y de Seguridad Social.

Asimismo, en este último plano, el becario se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social pero sin que tenga derecho a prestación por desempleo. Además, la base de cotización por contingencias comunes se concreta en la cuantía del tope mínimo absoluto de cotización vigente. No se cotiza, por tanto, por la cantidad económica “real” que percibe el becario, sino por el tipo de cotización mínimo absoluto vigente, con los efectos que ello tendrá en el derecho a futuras prestaciones del Sistema público de Seguridad Social.

Como se advierte, la figura del becario de investigación sigue siendo una figura que denota mayor precariedad respecto a la del contratado predoctoral, sin que esa diferencia de régimen jurídico basado en el mero origen de la subvención a esas contrataciones tenga ninguna razón de ser.

Aunque siendo ello así, también cabe reconocer que la LCTI ha diseñado una modalidad contractual para los investigadores en fase formativa que presenta enormes carencias (principalmente, como se ha venido reiterando en este trabajo, en el aspecto retributivo).

Todas estas previsiones permiten concluir que, al menos respecto del personal investigador en formación, el proceso de laboralización no ha resultado completo hoy por hoy. Y ello, aun cuando todo parece indicar que la voluntad del legislador es extender el régimen jurídico del contrato predoctoral a la totalidad del personal investigador en formación. Así se desprende de la propia LCTI al encomendar al Gobierno la aprobación de un nuevo Estatuto para este personal (en sustitución del previsto en el Real Decreto 63/2006) que incluya las previsiones atinentes al contrato predoctoral.

Pero más allá de ello, y en lo que aquí interesa, lo que se infiere de esta regulación es que el carácter laboral o no del vínculo que une al investigador con el centro que presta servicios ha pasado a depender exclusivamente de un dato meramente formal, cual es el origen de las

través de dos modalidades contractuales distintas (el contrato predoctoral, y el de prácticas), las diferencias de régimen jurídico se reducen prácticamente a la exigencia de evaluación de la actividad investigadora en el primer caso, y a su no exigibilidad en el caso del contrato en prácticas. Obsérvese que en materia retributiva se establecen idénticos límites cuantitativos mínimos en sendos casos.

ayudas concedidas, lo que en mi opinión no se sostiene desde las exigencias del principio de igualdad, haciendo cada vez más difícil la justificación jurídica del recurso a las becas en el ámbito de la investigación.

3. Las diferencias de régimen jurídico del personal investigador y su adecuación al principio de igualdad

En los apartados anteriores se ha puesto de relieve las diferencias de regulación a las que quedan sujetos los trabajadores que prestan su actividad profesional en el campo de la investigación.

Queda por ver si tales diferencias de régimen jurídico resultan acordes con el principio de igualdad que proclama la CE.

Como es harto conocido el primer inciso del artículo 14 de la CE reconoce expresamente el derecho de todos los españoles a la igualdad ante la ley, concibiéndose como un derecho subjetivo, de carácter fundamental, que vincula a todos los poderes públicos⁴². A través de este inciso se trata de salvaguardar la igualdad “que impone que ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos (...), con la misma concesión de derechos que eviten desigualdades, por ello, lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación”⁴³. En suma, lo que el principio de igualdad prohíbe al legislador es “configurar los supuestos de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guarden relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurren en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”⁴⁴. De este modo, la infracción del artículo 14 CE sólo la produce “aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales”, si bien “para que la diferencia resulte constitucionalmente lícita no basta con que

⁴² Por su parte, el artículo 53.2 CE señala que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

⁴³ Por todas, STC de 3 de agosto de 1983 (RTC 75), F.J. 2º.

⁴⁴ STC de 12 de julio de 1988 (RTC 144), F.J. 1º.

lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”⁴⁵.

Pues bien, centrando la atención básicamente en el supuesto de los ayudantes y los trabajadores con contrato predoctoral, es obvio que se introducen diferencias de trato en cuanto, principalmente al aspecto retributivo, sin que tales diferencias descansen en una justificación objetiva y razonable capaz de superar el juicio de constitucionalidad. Se trata de trabajadores que desempeñan las mismas funciones, prestan sus servicios en las mismas Universidades y que, no obstante ello, son tratados desde el punto de vista jurídico de forma distinta (más perjudicial para los contratados en régimen predoctoral). A este respecto, no parece que las tareas docentes de índole práctica que pueden exigirse a los ayudantes resulte una circunstancia con relevancia jurídica suficiente (como se ha señalado en páginas anteriores, la docencia práctica representa un porcentaje insignificante respecto de la jornada anual).

Y algo similar cabe razonar respecto de las otras diferencias de regulación (de mayor trascendencia, si cabe) a las que queda sujeto el personal investigador en formación por el mero hecho de cuál sea el ente empleador o del origen (público o privado) de la financiación que reciben los organismos contratantes, al tener que quedar vinculado aquel mediante una beca o un contrato laboral (el predoctoral) en atención únicamente a tales circunstancias. Nos encontramos de nuevo ante colectivos que presentan identidad de funciones y que incluso (a juzgar por el tenor literal de la norma) pueden desarrollar su trabajo en el seno de un mismo organismo⁴⁶ desempeñando idénticas tareas (no en vano, el contrato predoctoral es el que ha tratado de sustituir al sistema de becas durante esta primera fase formativa de los investigadores) y, pese a ello, reciben un trato jurídico bien distinto sin que se aprecie ninguna razón objetiva y razonable que pueda justificar tal distinción.

Como se aprecia, la regulación del estatuto profesional del personal investigador contratado laboralmente adolece de una visión de conjunto,

⁴⁵ Entre otras muchas, pueden citarse las SSTC de 2 de julio de 1981 (RTC 22), 14 de julio de 1982 (RTC 49), 2 de junio de 1998 (RTC 117), o 4 de octubre de 2001 (RTC 200).

⁴⁶ Así, si un OPI recibe financiación pública destinada a la contratación de personal investigador en el marco de la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología o de la Estrategia Española de Innovación puede hacer uso del contrato predoctoral para reclutar investigadores en formación, en tanto que si el origen de la financiación es privado deberá recurrir a la beca.

habiéndose diseñado modelos distintos para el sector público y privado de la investigación, a modo de compartimentos estancos.

Pero más allá de esta crítica, lo que mayor reproche jurídico provoca esta regulación es el desigual trato que se otorga a los investigadores en función de circunstancias que carecen de relevancia jurídica como el organismo empleador, la modalidad de contrato celebrado o el origen de la financiación. Si, como exige nuestro TC, ante situaciones no disímiles, la norma debe ser idéntica para todos, no parece que se de cumplimiento a este axioma respecto a los trabajadores de la investigación.

4. Conclusiones

En España ha sido tradicional que la prestación de servicios de los investigadores, sobre todo en el ámbito público y en los inicios de su carrera profesional, se canalizara a través del sistema de becas.

La ausencia de una regulación legal para los becarios que estableciera unas mínimas garantías en cuanto a condiciones laborales, salariales y de protección social, ha dado lugar a no pocos abusos de este colectivo. Sin embargo, en la última década ha tenido lugar una sustitución progresiva de este sistema por otro de contratación laboral con el afán de dotar de un mejor status jurídico-laboral y social a este colectivo.

En este proceso ha jugado un papel relevante la LCTI, en la que se diseña un sistema de contratación laboral que comprende diversos estadios en función de la fase profesional en que se encuentre el personal investigador: período de formación, de especialización, y de transferencia de la experiencia ya consolidada.

No cabe negar, pues, el avance que ha supuesto esta norma jurídica en el régimen jurídico de los trabajadores que se dedican al campo de la investigación, principalmente para aquellos que desarrollan su actividad en el sector público, extendiendo a este colectivo la aplicación de las normas jurídico-laborales.

No obstante ello, el sistema de contratación laboral del personal investigador en España sigue presentando grandes inconvenientes.

Sin perjuicio de las observaciones particulares que puedan hacerse en relación con las distintas modalidades de contrato de trabajo, en especial de las recogidas en la LCTI (sobre todo, en relación con el contrato predoctoral habida cuenta los bajos salarios que se permiten, o la falta de previsión de tareas docentes dentro de su objeto – como componente importante en el “íter formativo” de este colectivo –), y el reproche que cabe hacer al Gobierno español por no haber dictado aún las

disposiciones necesarias para el desarrollo de los contenidos de la LCTI, ni haber procedido a elaborar el estatuto del personal investigador en formación, cabe traer a colación unas críticas generales al sistema de contratación laboral temporal del personal investigador.

Dentro de estas críticas generales resulta objetable la diversidad de regímenes jurídicos aplicables al personal investigador en función del carácter público o privado de la entidad empleadora, el tipo de contrato concertado o el origen de la subvención.

Así, en tanto que para los investigadores contratados por organismos públicos rige la LCTI, debiendo canalizarse estos contratos a través del contrato predoctoral, el de acceso al SECTI o el de investigador distinguido, y subsidiariamente, por las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el ET, las empresas privadas con ánimo de lucro únicamente pueden recurrir a estos últimos⁴⁷ (sin perjuicio también de poder hacer uso del sistema 2+2 para contratar personal investigador en formación).

Pero, incluso dentro de la Administración Pública se prevén diferentes vías de inserción laboral de los investigadores, y por ende una diversidad de estatutos jurídicos, según cuál sea el concreto organismo público empleador, y/o el origen de la financiación. En este sentido, la LOU contempla modalidades de contrato de trabajo singulares, de aplicación exclusiva en el ámbito de las Universidades públicas, sin perjuicio de la posible utilización también de los contratos laborales establecidos en la LCTI (cuando aquéllas sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus propios programas de I+D+i), y de los recogidos en el ET. Asimismo, dentro de la Administración Pública también se podrá contratar personal investigador en formación recurriendo al contrato predoctoral, o al sistema de beca al que sucede un contrato en prácticas (modelo 2+2), en este último caso cuando el origen de la financiación sea privado.

Las circunstancias en que se ha hecho descansar esta diversidad de estatutos jurídicos entre el personal investigador no resultan en la mayoría de los casos de suficiente entidad, quedando así cuestionados principios constitucionales de primer orden, como los de igualdad o justicia material. La distinta naturaleza (pública o privada) del organismo empleador, el origen de la financiación, o la concreta modalidad de contrato de trabajo celebrado (más aún cuando exista identidad de objeto y finalidad entre

⁴⁷ A excepción, como se ha visto, de las Universidades privadas o de la Iglesia Católica que también pueden recurrir a los contratos previstos en la LCTI, cuando sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador.

ellos) no resultan criterios capaces de justificar por sí mismos dicha diferencia de trato jurídico.

Por lo demás, si el propósito del legislador al aprobar el contrato predoctoral era el de poner fin al anterior sistema de becas, se hubiera debido extender la posibilidad de celebrar dicho contrato a todos los ámbitos de la investigación, sin distinción alguna.

El resultado de todo ello es un sistema de contratación laboral enormemente complejo, falto de coherencia y que presenta signos claros de precariedad laboral, tanto en el momento de “entrada” de los investigadores al Sistema público español de Ciencia, Tecnología e Innovación, como durante su permanencia en él.

En tal sentido, no parece que el modelo adoptado resulte el más apropiado para captar y retener investigadores, y evitar la siempre indeseada “fuga de cerebros”.

En suma, puede afirmarse que, a fecha de hoy, el ordenamiento jurídico español no ha sabido garantizar debidamente el principio de estabilidad por lo que respecta a la contratación laboral del personal investigador, ni dignificar lo suficiente la profesión de investigador.

5. Bibliografía

- Ballester Laguna, F., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Ponencia presentada en la CRUE, Pamplona, 11 de diciembre de 2015. Texto policopiado.
- Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016.
- Guardia López, M.A., *Cambios en la gestión de la investigación*, Impacto de la nueva legislación en la Educación Superior y la Investigación, Sevilla, 2012, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Moreno Gené, J., *El personal investigador en formación. Régimen jurídico y de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 340, 2011.
- Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas”, *Lan Harremanak*, n. 36, 2017-I.

Rivera Sánchez, J.R., “Los contratos de trabajo del personal docente e investigador en la vigente Ley Orgánica de Universidades”, en *El Estatuto Profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016.

Sánchez Castillo, M. M., “El contrato de trabajo en prácticas del personal investigador en formación”, en *El Estatuto Profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016.

Web sites

https://cdn5.euraxess.org/sites/default/files/brochures/eur_21620_es-en.pdf

La regulación convencional del contrato de interinidad en la Universidad: El profesorado sustituto

Rosario CARMONA PAREDES*

RESUMEN: La utilización del contrato de interinidad dentro de las universidades públicas españolas no ha sido uniforme. La Ley Orgánica de Universidades, en su art. 48, plantea únicamente la sustitución por reserva del puesto. Sin embargo, de forma generalizada, sí sería admitido por la Ley de la Ciencia. La necesidad temporal de profesorado docente e investigador por causas específicas ha sido cubierta, en muchos casos, por el profesorado asociado, con lo que se precariza nuevamente el escenario universitario. A través de la negociación colectiva, y de forma nada uniforme, se está configurando un régimen jurídico diferenciado del contrato de interinidad. El profesorado sustituto, en la práctica, ofrece respuesta a las particularidades del ámbito de la Universidad, salvando los obstáculos que impone la condición de administración pública. No obstante, se pone de manifiesto la necesidad de establecer una regulación mínima y diferenciadora, que evite arbitrariedades y ofrezca seguridad jurídica a este personal.

Palabras clave: Profesor sustituto, contrato interinidad, Universidad, profesor asociado. Ley Orgánica de Universidades.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Necesaria aclaración conceptual. 3. El modelaje de las modalidades contractuales a través de la negociación colectiva. 4. Creación de la figura del profesorado sustituto por convenio colectivo. 4.1. Selección. 4.2. Objeto de la contratación. 4.3. Validez de la habilitación por convenio de sustitución de personal laboral por personal funcionario. 4.4. Retribución durante la sustitución. 4.5. Cese del contrato de sustitución. 5. Otras consideraciones. 5.1. Contrataciones excepcionales. 5.2. El controvertido papel del profesorado asociado. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesora Colaboradora. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Miguel Hernández de Elche, España.

The conventional regulation of the contract of interim in the framework of University: The substitute teaching staff

ABSTRACT: The use of the contract of interim within the Spanish public universities has not been uniform. The Organic Law on Universities in its article n.48, only purposes the replacement of workers holding the right to retain their post. However, in a generalized way, it may be admitted by the Law on Science. The temporary need for teaching and research staff, due to a variety of specific causes, has been covered by associate teaching staff rather frequently, which precariousises the University scene. Through collective bargaining and, therefore, in a non-uniform way at all, a legal regime is being developed apart from the contract of interim. The substitute teaching staff offer, in practice, a response to the particularities proper of the University sphere, saving the obstacles imposed by its role of public administration. However, the need to establish a minimum and differentiating regulation, able to avoid arbitrariness and, hence, to offer legal certainty to these personnel, is being highlighted.

Key Words: Substitute lecturer, contract of interim, University, associate lecturer, Organic Law on Universities.

1. Introducción

El artículo 48 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, de 21 de diciembre, modificado por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (LOU/2007), establece que el régimen jurídico a aplicar al profesor docente investigador con contrato laboral será el regulado en dicha ley, donde ya se reconoce expresamente el contrato de interinidad por sustitución, o mediante las modalidades previstas en el RDL 2/2015 de 23 de octubre Estatuto de los Trabajadores (ET) que pueden materializarse en el ámbito universitario. Por su parte la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación (LC) admite de forma generalizada la posibilidad de contratación a través de las modalidades por el ET, entre las que se encuentra el contrato de interinidad.

La primera cuestión a plantear sería precisamente la construcción de la figura del profesorado sustituto que pivota sobre el contrato de interinidad del artículo 15.1.c) del ET y norma de desarrollo. Su configuración se está llevando a cabo a través de la negociación colectiva de los convenios de las Universidades españolas con mayor o menor profundidad. Sin embargo, la realidad de gran parte de las sustituciones es la utilización de la figura del profesor asociado para cubrir las necesidades docentes de los profesores sustituidos. Es necesario recordar que la contratación de profesorado asociado para sustituir a un trabajador “con derecho a reserva del puesto de trabajo” o para cubrir un puesto de trabajo hasta el proceso de selección, rompe con el objeto real de esta figura, cuya función es acercar la práctica profesional a la Universidad y se solapa con la causalidad del contrato de interinidad. Supone la precarización de un contingente de personas de cuestionable legalidad: se está contratando personal a tiempo parcial, cuya retribución ya es exigua, para sustituir a profesorado funcionario o contratado a tiempo completo. Esta práctica tan habitual en la universidad intenta ser combatida desde la regulación convencional con el profesor sustituto.

Una vez planteada la necesidad de configuración de esta figura trataremos el encaje del contrato de interinidad con las particularidades propias del profesorado universitario que, como regla general, cumple una doble función, docente e investigadora, planteándose así las siguientes cuestiones:

- 1) Régimen jurídico. ¿Realmente se está creando una nueva figura contractual?
- 2) Podría un convenio colectivo de personal laboral regular la utilización de un contrato para sustituir una relación funcionarial.
- 3) Siendo doble la función PDI, docencia e investigación, ¿debería ser

sustituido el profesorado en ambas actividades? (La LOU cuantifica la dedicación investigadora del PDI en un tercio).

4) De ser sustituidos únicamente en la función docente ¿ha de ser el contrato a tiempo completo o a tiempo parcial? Si nos remitimos al artículo 5.2 del RD 2720/1998 el contrato de interinidad relaciona expresa y taxativamente los supuestos en los que el contrato podría suscribirse a tiempo parcial. Sin embargo, el RD abre la puerta a que convencionalmente se amplíen las causas por las que suscribir un contrato a tiempo parcial para completar la jornada reducida. Esto vendría a vincular la norma general a las particularidades del profesorado universitario, por ejemplo, para sustituir una reducción por ocupación de cargo de gestión. La ampliación de las causas de reserva de puesto posibilitaría también la utilización para otras necesidades específicas.

5) Consecuencia de la suscripción de contratos con causa específica de sustitución por medio de otras figuras cuyo objeto difiere de estas funciones.

2. Necesaria aclaración conceptual

Es necesario diferenciar la relación administrativa de funcionario interino regulado en el artículo 10 del RD 5/2015, de 30 de octubre, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) “nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera” en situaciones como la existencia de vacantes de funcionarios, sustitución transitoria de los titulares, la ejecución de programas temporales o el exceso o acumulación de tareas en un plazo limitado de seis meses. A los funcionarios interinos les será aplicable el régimen general de funcionarios de carrera y su cese será por las mismas causas, añadiendo además la causa que dio lugar a su nombramiento. Se trata, por tanto, de una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo a la que le será aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera.

Por otro lado, contamos con la modalidad contractual regulada en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y desarrollada en los artículos 4 y 5 del RD 2720/1998 como contrato de interinidad. Este contrato es de régimen laboral y las causas de su utilización son dos, la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo y cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Por establecer un paralelismo con la figura funcional anterior, en el caso de acumulación de tareas el ET regula una figura contractual distinta como es el contrato

eventual por circunstancias de producción o para la ejecución de un programa temporal en el régimen laboral se suscribiría un contrato por obra o servicio determinado. Curiosamente la duración de ambos contratos, seis meses y tres años⁴⁸, coincide con la de las causas propias de la relación administrativa de funcionariado interino.

De momento únicamente dejar constancia de la doble configuración jurídica existente: funcionarial y laboral, para sustituir profesorado docente e investigador cuyas funciones podría desempeñarse indistintamente por cualquiera de ellos.

3. El modelaje de las modalidades contractuales a través de la negociación colectiva

El artículo 37.1 de la Constitución Española (CE) abre la puerta a la negociación colectiva de las condiciones de un ámbito determinado y la fuerza vinculante de los acuerdos adoptados. No obstante, “será necesario cerciorarnos de las materias objeto de negociación o de aquellas que requieran de regulación normativa para garantizar otros derechos o bienes constitucionales⁴⁹”. La LOU cumple una función directiva de la norma estatal en el diseño de las modalidades de contratación laboral que se puede suscribir para el PDI. Las normas autonómicas y la negociación colectiva no pueden, por consiguiente, escapar de esa puntualización legal. Cabe desde luego que se precise y desarrolle sus orientaciones, pero no puede alterarse el contenido y las funciones definidas en la LOU, ni tampoco crear nuevas formas de inserción diferentes a las que señala dicha norma⁵⁰.

De otro lado, la negociación colectiva debe seguir cumpliendo la función de mejorar aspectos de la relación laboral, de manera que de haber diferencias entre la regulación convencional y la propia normativa interna de la universidad, esta tendrá que adecuarse a lo previsto en convenio⁵¹.

⁴⁸ Aunque la referencia de los tres años para el contrato de obra no sea de aplicación en el ámbito universitario por aplicación de la cláusula adicional decimoquinta del ET cuando los contratos estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

⁴⁹ Villaverde Menéndez, J., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en AA.VV., *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 23.

⁵⁰ Baylos Grau, A., “El Personal Docente e Investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, n. 44, 2008, p. 50.

⁵¹ Moreno Gené, J., “Clasificación profesional y figuras contractuales”, en AA.VV., *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo

De hecho, es habitual que en el propio proceso de negociación de un convenio cuando el ámbito territorial es de comunidad autónoma y abarca distintas Universidades, afloren los diferentes intereses y necesidades que coexisten.

Por tratarse de empleados públicos, aunque pertenecientes a dos grupos jurídicos diferenciados, el personal funcionario y el personal laboral, es necesario señalar un aspecto previo a la propia contratación que tendrán en cuenta algunos convenios. La sujeción a los principios de publicidad, mérito y capacidad en los procesos de selección confiere una especial complejidad a la contratación de personal eventual de una forma ágil, de ahí el que sea especialmente útil la creación de una bolsa en el caso del profesorado de Universidades sobre un proceso reglado de selección, con fijación de procedimientos, comisiones de selección y baremos establecidos⁵².

Ya en la contratación, la utilización de la negociación colectiva para la concreción de figuras contractuales no es nueva, fuera del ámbito Universitario se introdujo hace años la figura del “fijo de obra” en el Convenio del Sector de Construcción y Obras Públicas⁵³ para eludir el encadenamiento de contratos de obra al que le sería de aplicación la prohibición prevista en el artículo 15.5 del ET y habilitar la utilización de un único contrato al que sumar a través de anexos las distintas obras a ejecutar, eso sí, con un límite temporal de tres años y geográfico por provincia. La doctrina ha venido entendiendo que dichas cláusulas convencionales son de aplicación preferente sobre la normativa general⁵⁴.

Blanch, Valencia, 2010, p. 112.

⁵² Sobre este tema, *vid.* Fernández Villazón, L., “Ingreso y contratación”, en Moreno, J. (dir.), *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 100. Se cuestiona la validez de las cláusulas de los convenios colectivos del sector público que regulan los procesos de selección por inmiscuirse en una materia de elevado carácter público e indisponible, sin embargo si el EBEB lo reconoce en el art. 37.1.c), no sería lógico no reconocerlo al personal laboral mediante convenio colectivo.

⁵³ Convenio Estatal de Construcción. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/03/15/pdfs/BOE-A-2012-3725.pdf> (consultado el 16/07/17). Artículo 24. Contrato fijo de obra. La Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo y la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, otorgan a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del ET.

⁵⁴ Purcalla Bonilla, M.A., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en Monereo, J.L., *Las modalidades de contratación temporal, estudio técnico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 179-223. Respalda su afirmación con las sentencias (STS)

Si examinamos los distintos convenios colectivos de las Universidades españolas⁵⁵, con carácter general, se limitan a reproducir lo dispuesto en la LOU, sin embargo sí que hay otros convenios que contemplan figuras creadas por normas específicas como la figura del profesor lector, diseñada por la ley 1/2003 de las Universidades Públicas Catalanas para definir a la figura del ayudante doctor, regulada en el artículo 50 de la LOU⁵⁶ o su profesor agregado también de régimen jurídico similar a la regulación ordinaria. Para otros convenios el lector refiere a la contratación de docentes de lenguas modernas para sus lectorados según las necesidades del departamento (C Galicia, art. 21). Otro ejemplo sería la Universidad del País Vasco (UPV), art. 8, con el contrato de profesora o profesor pleno o la profesora o profesor agregado para los contratados doctores con más o menos antigüedad. La figura que nos ocupa ha obtenido distintas denominaciones, profesor sustituto interino (C Andalucía, art. 16), profesora y profesor contratado interino (C UPV, art. 16), contratación temporal por sustituciones o vacantes sobrevenidas (C Castilla y León, art. 21), profesor contratado interino de sustitución (C Galicia, art. 20), profesor contratado para sustituciones (C Murcia, art. 25), profesor sustituto (C Extremadura, art. 33), profesor sustituto de docencia (C Navarra, art. 26), profesor contratado interino (C La Rioja, art. 10) o contrato de sustitución o interinidad (C Oviedo, art. 73).

4. Creación de la figura del profesorado sustituto por convenio colectivo

La introducción de una figura vinculada al contrato de interinidad en base al artículo 15.1.c) del ET cumple con la necesidad de denominar a aquel profesorado que está cubriendo una función específica prevista en el citado artículo y en su norma de desarrollo⁵⁷. Sin embargo, el encaje del

Asturias 22-5-2009, STSJ Islas Baleares 30-06-2005, STSJ Andalucía 10-4-2007).

⁵⁵ Para completar la redacción de este artículo se han revisado los convenios colectivos de las Universidades Públicas españolas que se citan en la bibliografía. Se hará constar el convenio únicamente con la comunidad autónoma que le da nombre o la UNED, de ámbito nacional, en su caso.

⁵⁶ STS 473/2017 de 1 de junio (RJ 2017).

⁵⁷ Resulta desconcertante que el convenio de las Universidades Públicas de Canarias en el artículo 11.5 haga referencia a que para contratar profesores para sustitución “se utilizará la modalidad contractual más adecuada a las necesidades de la Universidad”, entre las que se podrán añadir las figuras de Ayudante, Profesor Asociado o Profesores Colaboradores, entre otros. No vinculando en ningún momento dicha contratación al contrato de interinidad dispuesto en el artículo 15.1 c) del ET, aunque sí copiando alguno

profesor docente investigador sustituto en el contrato de interinidad introduce no pocos interrogantes que los propios convenios tratan de resolver de forma diversa y, a veces, incluso contradictoria. Sería necesario tejer un articulado ad hoc que resolviera cómo llevar a cabo de forma ágil la contratación respetando siempre los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; si el profesorado sustituto llevará a cabo únicamente funciones docentes o también investigadoras; de ser únicamente las docentes cuál sería su retribución; si la causa prevista para su contratación sería únicamente la que figura en el ET y su norma de desarrollo el RD 2820/1998 o se podrán introducir nuevas causas específicas de la propia carrera universitaria, o incluso si se podría sustituir personal funcionario por personal laboral.

En primer lugar es necesario señalar que, de entre los quince convenios colectivos de las Universidades públicas revisados, once de una forma u otra regulan la figura del profesor sustituto o interino y únicamente cuatro no la mencionaban en su texto⁵⁸. Lo que no quiere decir que no fuera de aplicación el ET por la propia remisión de la normativa universitaria. Este dato nos ofrece una idea de la necesidad de su adaptación a las peculiaridades propias de la función del profesorado y el ámbito de la universidad. Con la negociación de cada texto se han ido introduciendo aspectos que van dando respuesta de forma diversa, en muchos casos, a cada una de las cuestiones planteadas.

Sin embargo, no podemos comenzar este recorrido sin mencionar que hay Universidades que aun contemplando la posibilidad del contratado interino de sustitución imponen requerimientos previos como comprobar que la necesidad docente generada no pueda ser cubierta con la disponibilidad del área (C Murcia, art. 31) o que se pueda resolver recurriendo “a la fórmula de las horas extraordinarias o complementarias, voluntarias y retribuidas, hasta un máximo de tres horas a la semana y con el límite de 80 horas anuales por profesor”, llegando incluso a fijar la retribución por hora extra (C Galicia, art. 20.1)⁵⁹ o el

de sus párrafos respecto al cese. Por otro lado convenios como el de Extremadura establece que la figura contractual utilizada deberá ser preferentemente la del contrato que ostenta el profesor sustituido en régimen de interinidad. En caso de no ser viable la contratación mediante esta figura contractual, la contratación se realizará mediante la figura del Profesor Sustituto.

⁵⁸ Los convenios colectivos de Madrid, Zaragoza, UNED y Cataluña. En Castilla La Mancha se ha regulado por un Reglamento interno de fecha 20-7-2006.

⁵⁹ El Convenio Colectivo para el personal docente e investigador laboral de las universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo, respecto a la contratación de profesor interino de sustitución únicamente hace referencia a cubrir las plazas vacantes en tanto no se produzca su cobertura definitiva.

cuestionable recurso al profesor asociado instando a solicitar el incremento temporal de dedicación de los profesores asociados con dedicación inferior a 6 + 6 (C Madrid, art. 9, o C Murcia, art. 31)⁶⁰. Llegando en este último a la determinación de que solo cuando no sea posible atender la docencia mediante la disponibilidad de área de conocimiento o existencia de asociado de menos de 6+6, se procederá a la contratación de personal sustituto.

4.1. Selección

El primer aspecto a tratar sería el de la selección del profesorado. La imprevisibilidad en el requerimiento de personal en casos como una suspensión de contrato por incapacidad temporal, hace que la agilización en la selección y contratación del sustituto sea un aspecto de gran importancia. Esta ordenación se está llevando a cabo por medio del recurso a las bolsas de trabajo que se constituirán a través de un proceso de selección que estará en vigor hasta el siguiente (C de Castilla y León, art. 21.2). Las bolsas de empleo se confeccionarán mediante convocatorias públicas o con los resultados de convocatorias públicas de profesorado (C Murcia, art. 25.2). Celebrado el concurso de acceso en un área de conocimiento para la contratación de profesorado en una modalidad determinada, la lista ordenada de concursantes baremados se conformará como bolsa de contrataciones para sustituciones en dicha modalidad y área de conocimiento (C Extremadura, art. 32), pudiendo exigirse una puntuación mínima para la inclusión en la citada lista (C Canarias, art. 22) y garantizando en todo momento que se respeta en los llamamientos el orden que ocupan las personas en las bolsas de sustitución (C UPV, art. 16.5)⁶¹. Algunas Universidades establecen una frecuencia semestral en la convocatoria de presentación de solicitudes para aquellos que desean optar a la lista de reserva para las sustituciones e interinidad de larga duración (C Oviedo, art. 20.2) o una vigencia máxima de dos cursos académicos a partir de la última actualización de la bolsa (C Extremadura,

⁶⁰ En este convenio no se menciona al profesor sustituto, pero sí “la posibilidad de contratación en régimen laboral y con duración determinada nunca superior a las necesidades de cobertura docente, personal docente al objeto de dar cobertura a las necesidades del departamento que hayan sufrido la merma en sus disponibilidades docentes.

⁶¹ No será así para el profesorado contratado interino en régimen de dedicación a tiempo completo que cubre la docencia de plaza permanente vacante de nueva creación cuya plaza debe ser objeto de concurso público.

art. 33.2).

4.2. Objeto de la contratación

Hay un aspecto previo a solventar que es la posibilidad de sustitución para tareas docentes e investigadoras o únicamente docentes⁶². La generalidad de convenios se decantan por especificar únicamente el desarrollo de la función docente (C Andalucía, art. 16.1, C Murcia, art. 25.1), de hecho se vincula la duración del contrato y la dedicación a las que determinen las necesidades docentes (C. Galicia, art. 20.1, C. Extremadura, art. 33.1, C. Murcia, art. 25.1), incluso denominando profesor sustituto de docencia (C P de Navarra, art. 26) en cambio otros menos tajantes establecen el desarrollo de funciones primordialmente docentes (C UPV, art. 16.1, C La Rioja, art. 10.8). Sin embargo, hay autores que entienden que se puede y se debe incluir la vertiente investigadora por la evidencia de que toda labor investigadora puede ser desempeñada indistintamente por sujetos que reúnan la cualificación necesaria para ello, salvando los derechos de autoría, y a excepción de la tesis doctoral⁶³. Otros, consideran que la función docente es la única sustituible al ser la investigadora o la de gestión de carácter personal y aprovechan para abogar por una modificación normativa que aclare esta posibilidad y facilite la contratación a tiempo parcial⁶⁴, únicamente recordar la utilización de la negociación colectiva para llevar a cabo este cometido, como así está siendo. A partir de la contratación, será la Universidad como suscriptora de un contrato a tiempo completo, o el propio profesorado asumiendo tareas investigadoras, los que materialicen la posibilidad del ejercicio de

⁶² Quedando fuera de toda duda la imposibilidad del ejercicio del de cargo de gestión que viniera desarrollando el sustituto por el nombramiento del carácter personal e intransferible del que fuera objeto en su día.

⁶³ Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Inap Investiga, Madrid, 2016, p. 150.

⁶⁴ En este sentido, García Mella, D.M., “Contratos de sustitución en el ámbito docente universitario”, en AA.VV., *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, pp. 149-151. En el mismo sentido, Cairós Barreto, D.M., *El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas. El Estatuto Básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 29 y 30 de mayo, Badajoz, vol. 1, 2008, pp. 461-479. Igualmente alude al carácter personal de la investigación y gestión, además de la necesidad de adaptación de la normativa, Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las Universidades Públicas”, *Lan Harremanak*, n. 36, 2017-I, p. 129 (75-137).

tareas investigadoras durante la sustitución de, y no lo olvidemos, un profesor docente investigador. Esta teoría cobra fuerza cuando constatamos que una reducción por cargo de gestión, por ejemplo, conlleva normalmente la reducción de un número determinado de créditos docentes y otros tantos de investigación, compleja técnica sería necesaria para sustituir la reducción de jornada de este PDI únicamente por la parte de reducción de créditos docentes dejando en el aire los correlativos créditos de investigación. Por otro lado, si únicamente admitiéramos la función docente tendría muy difícil justificación la dedicación a tiempo completa del profesorado sustituto. Tampoco podemos olvidar que a día de hoy el contrato de interinidad no está limitado temporalmente de manera que, ante una sustitución por una excedencia forzosa, por ejemplo, por ocupación de cargo de gestión, el profesorado sustituto puede verse subsumido en una relación de varios años durante los cuales podría dedicarse a tareas investigadoras de cara a futuras acreditaciones, o incluso para la propia materialización de la tesis doctoral.

Entrando en el objeto del contrato de interinidad, debemos tener en cuenta que está desarrollado en el artículo 15 del ET y los artículos 4, 5, del RD 2720/1998, pero de nada serviría la negociación de un convenio colectivo si el texto se limitara a copiar lo ya regulado. El derecho de reserva de puesto de trabajo puede reconocerse legalmente, en convenio colectivo o por acuerdo entre las partes. Por ello y por remisión expresa a la ampliación a “otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido” (artículo 5.1.b) RD 2720/98) nos encontramos reguladas actividades puramente universitarias como causa-objeto del contrato de interinidad del profesorado sustituto, por lo que entendemos que no es necesaria esa modificación legislativa a la que se ha hecho alusión anteriormente para llevarlo a cabo.

Así pues, la configuración de las causas que posibilitan la utilización de este contrato se amplía. Partiendo de la primera de las causas que admite el contrato, la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, se han sumado a las previstas en el ET, las específicas universitarias por comisiones de servicio, servicios especiales, licencias sabáticas, liberaciones sindicales o la designación para ejercer cargos académicos que comporten exoneración o reducción de las obligaciones docentes (C UPV, art. 16.1), incide en la minoración de la dedicación docente (C de Andalucía, art. 16.1) y aclara para que no haya duda de la distinción de conceptos, para cubrir reducciones de jornada o de docencia temporal (C Oviedo, 73.1). Igualmente concreta, en todo caso para la

atención de la docencia total o parcial del profesor que haya sido designado para ejercer un cargo de gobierno en la Universidad o cualquier otro encargo que conlleve exención o reducción de la docencia (C Extremadura, art. 33.1), como también pudiera ser por acumulación de crédito horario para el desempeño de cargo sindical.

Por ello, los contratos se concertarán a tiempo completo o parcial según la jornada del profesor sustituido o el tiempo de cobertura ordinaria sea a tiempo completo o parcial. En lo que no hay acuerdo es en la posibilidad de formalización de dos o más contratos temporales para sustituir uno a tiempo completo (C Murcia, art. 31.3 o C La Rioja, art. 10), totalmente rechazada en los casos en los que se da preferencia al contrato a tiempo completo (C Extremadura, art. 33.3), salvo obviamente que el trabajador sustituido trabajara a tiempo parcial. Y mucho más generosa en la UPN donde la contratación será a tiempo completo con dedicación docente de 8 horas de impartición de clases + 6 de tutorías.

Respecto a la segunda de las causas de sustitución, la formalización del contrato para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, para ello “lo importante es que la plaza esté realmente vacante en el momento de la contratación y a la espera de que se nombre un titular para la misma de acuerdo con las normas propias del caso, y que el contrato de interinidad quedará extinguido cuando ese titular nombrado reglamentariamente ocupe la plaza⁶⁵” será necesario identificar en el contrato de trabajo el puesto cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección. De la acomodación a la regulación específica de cada universidad se puede derivar la específica necesidad de indicar la plaza de Relación de Puestos de Trabajo cuya actividad se está cubriendo (U. Andalucía) y que esté dotada presupuestariamente (C UPV). Debemos recordar que eliminada la limitación de tres meses para los procesos de selección o promoción en las Administraciones públicas, la duración de los contratos coincidirá con el previsto para los procesos conforme a su norma específica.

4.3. Validez de la habilitación por convenio de sustitución de personal funcionario por personal laboral

Retomando la clara diferenciación regulatoria entre régimen laboral y el funcionarial o administrativo, nos surge la primera cuestión ¿podríamos plantearnos la suscripción de un contrato laboral para sustituir

⁶⁵ STS 3 febrero 1998 (RJ 1998/1429).

profesorado funcionario? Pero antes es necesario dar respuesta a otra cuestión ¿podría un convenio colectivo, cuyo ámbito funcional y personal es precisamente el PDI laboral, regular esta materia?

Debemos comenzar por examinar cual será el sector o rama de actividad, y la zona geográfica en el que se aplicará el convenio, denominado unidad de negociación. El concepto de unidad de negociación expresa el espacio en el que se produce la negociación del convenio colectivo y también determina, por derivación, el ámbito de aplicación del convenio colectivo que surja del acuerdo. Por ello el artículo 83.1 del ET ofrece una respuesta sencilla, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. Sin embargo la libertad de fijar las unidades de negociación no es absoluta, el convenio solo podrá afectar a un ámbito funcional determinado que será aquel en el que los sujetos negociadores tengan legitimación para convenir⁶⁶. Por lo que no habrá libre disponibilidad para negociar si se carece de legitimación para ello.

Con estas premisas, si tenemos en cuenta que los convenios colectivos que estamos revisando ostentan un ámbito geográfico determinado, en la mayoría de los casos de comunidad autónoma, y un ámbito funcional específico, el PDI laboral de la universidad, difícilmente podemos otorgar al convenio la potestad de regular condiciones del personal funcionario y mucho menos articular por medio de un contrato laboral la posibilidad de sustituir las funciones desarrolladas por personal funcionario.

Sin embargo, no ha sido así considerado por las comisiones negociadoras de diversos convenios laborales de universidades que dan cabida a esta posibilidad: “se podrá también contratar para la provisión temporal de la docencia correspondiente a plaza vacante de funcionaria o funcionario docente o contratada o contratado laboral”, (C UPV, art. 16.1 y 16.2) confirma nuevamente la contratación en régimen de interinidad con ocasión de la necesidad derivada de provisión temporal de una plaza vacante de profesorado funcionario o contratado laboral, dotada presupuestariamente o con la cobertura de ausencias con derecho a reserva de trabajo de profesores funcionarios de los cuerpos docentes y profesores contratados en régimen laboral (C Extremadura, art. 33.1) y en iguales términos tanto para la provisión temporal de docencia de plaza vacante de funcionario docente o contratado laboral indefinido o para dar cobertura de ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo de profesores funcionarios y profesores contratados (C La Rioja, art. 10.8)⁶⁷.

⁶⁶ STC 136/1987 y STSJ Madrid, 31-1-2002 en Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014, págs. 197-207.

⁶⁷ La Universidad de Castilla- La Mancha, ha dejado fuera del convenio esta materia y en

Ante la cuestión final, si podría profesorado laboral sustituir a un funcionario nos encontramos con respuestas dispares por parte de la doctrina, por un lado los que consideran que no es admisible la contratación laboral temporal para ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes que estén clasificados como de naturaleza administrativa pues los puestos funcionariales deben ser cubiertos necesariamente por funcionarios públicos de carrera o, en su caso, interinos, pero no por personal laboral⁶⁸. Por otro lado, están los que se apoyan en la propia normativa laboral considerando que contempla la opción de cubrir una plaza de un “trabajador” en sentido amplio, de tal manera que si hubiera deseado restringir a un tipo de trabajador debemos entender que se hubiera hecho expresamente⁶⁹. Al fin y al cabo, la tarea a desarrollar indistintamente y en términos generales sería la de profesorado.

En cualquier caso, si algo ha evidenciado es la dudosa posibilidad de regulación por convenio colectivo laboral cuestiones relativas a personal funcionario.

resolución de 20-07-2006 establece un reglamento común para regular los concursos de selección de personal docente e investigador temporal laboral y para ocupar plazas de funcionarios interinos donde proceda.

⁶⁸ Alzaga Ruiz, I., *Contratación temporal: un estudio jurisprudencial*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2000, pág. 92, en base a la STC 99/1987, de 11 de junio.

⁶⁹ Esta teoría se ha visto respaldada por Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Inap Investiga, Madrid, 2016, p. 153, el autor introduce el dictamen jurisprudencial del Tribunal Supremo que entiende que el término “trabajadores no debe ser tomado en sentido restringido de “personas con contrato laboral”, sino en el ordinario de persona que trabaja o produce, con independencia de la naturaleza jurídica que le vincule a la empresa o institución [...] Y en ese sentido da lo mismo que la reserva de plaza sea debida por la normativa laboral o administrativa máxime cuando la utilización de una u otra normativa es ajena a la labor o trabajos realizados, como sucede en el caso enjuiciado” (TS 14 febrero 1989 [RJ 1989\748]). Aplica esta doctrina, aunque manifestando expresamente que no se está de acuerdo con ella, la sentencia TSJ Islas Canarias. Las Palmas 19 de mayo 2000 (RS n° 137/2000). Específicamente en relación con las plazas de personal docente e investigador, si bien *obiter dicta*, la sentencia TSJ Extremadura 30 de julio 2012 (RS n° 285/2012) admite el contrato de interinidad por sustitución del personal docente e investigador funcionario. Tampoco es cuestionada la posibilidad de la doble sustitución, laboral-funcionario por Baylos Grau, A., “El Personal Docente e Investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, n. 44, 2008, p. 64.

4.4. Retribución durante la sustitución

Otra de las variables a revisar del profesorado sustituto será el salario a percibir que retribuirá, tal y como hemos visto, a cualquier docente sustituido, sea este contratado doctor, colaborador, ayudante o funcionario. En esta materia encontramos una vez más diversas interpretaciones.

Fuera del ámbito universitario se entiende que dado que el trabajador interino pasa a ocupar el puesto de trabajo del trabajador sustituido, la categoría profesional y el nivel retributivo debe ser el mismo, salvo razones claramente individualizadas que solo concurren en el trabajador sustituido⁷⁰.

Sin embargo, lo habitual es relacionar la retribución con la dedicación docente y horas de contrato, pero bajo esta premisa unos retribuyen igual que los asociados de la misma dedicación docente en horas lectivas semanales cuando se trata de tiempo parcial, y en otros casos, el paralelismo se establece con otras figuras, el 60% de Titular de Universidad (C Andalucía, art. 17.5) o un 81.82% (C La Rioja, art. 41), la equivalente al Profesor Colaborador (C Oviedo, art. 73.6), un % de Titular de Escuela Universitaria (98% C. Murcia, art. 58) y de forma total el (C UPN, art. 26). Sobreentendiendo en estos últimos casos que la sustitución del profesorado sería a jornada completa.

4.5. Cese del contrato de sustitución

Las causas del cese del contrato de interinidad están reguladas en el artículo 8 del RD 2720/98:

- 1º. *La reincorporación del trabajador sustituido.*
- 2º. *El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.*
- 3º. *La extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo.*
- 4º. *El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas.*

No obstante, la temporalidad universitaria establecida en cuatrimestres o cursos docentes provoca que en algunos casos se introduzca una salvedad de dudosa legalidad, la prolongación del contrato hasta la finalización de las obligaciones docentes del curso académico vigente, con el fin de evitar

⁷⁰ TS 2 febrero 2017 (RJ 2017\836).

perjuicios para los estudiantes (C Oviedo, art. 73). Si acudimos a la previsión del artículo 8 del RD 2720/98, *producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación*. Ante esta “amenaza” y pese a resultar arriesgado, la justificación podría ser la finalización del cuatrimestre o curso académico, pero ya está alejada de la causalidad propia del contrato de interinidad⁷¹. También se ha planteado al contrario, la limitación del contrato al periodo lectivo en caso de baja del sustituido y aquí dependerá de si se entiende que se sustituye todas las funciones, por lo que aun finalizadas las docentes quedarían las investigadoras, o si únicamente se admite que el contrato se suscribe para labores docentes⁷².

Mejor resuelto ha quedado con la apuesta por la continuidad del profesor sustituto, pero “(con un nuevo contrato de los previstos en el artículo 15.1.a o b. del Estatuto de los Trabajadores) hasta la finalización del cuatrimestre en curso”, con ejercicio anterior mínimo de dos meses y hasta la entrega de actas (C Murcia, art. 25.3).

En otro orden de cosas, la indemnización de los contratos de interinidad está siendo uno de los temas más controvertidos y mediáticos del orden social. El ET no establece indemnización por la extinción de un contrato de interinidad, sin embargo en los últimos años, la jurisprudencia española y europea se están encargando de otorgar una indemnización al personal interino, tanto con la finalización del contrato como por la amortización de la plaza. Estamos a la espera de regulación expresa que ponga orden en esta materia de manera que contextualice y diferencie una extinción de contrato por finalización de la causa prevista en el propio contrato, de un despido por causas empresariales, propias del devenir de una

⁷¹ García Ninet, J.I. y Salido Bañús, J.L., “El contrato de interinidad”, en AA.VV., *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010, pp. 107-127. Recalca el autor que obviamente la prueba en contrario correspondería al empleador, interesado en poner fin a esta relación prorrogada fácticamente en el tiempo, pero ya no estaríamos hablando de un contrato de interinidad. Por otro lado no se opone a que por convenio colectivo o contrato individual se pueda prever otra cosa respecto a las causas de extinción del contrato, con los condicionantes que se estime oportuno establecer, sin que pueda por ello suponer abuso de derecho ni ninguna otra ilegalidad.

⁷² Moreno Gené, J., “Los contratos laborales ...” p. 130, *op. cit.*, p. 10. Menciona a la vez a González Ortega, S. *Disquisiciones Jurídicas sobre el ámbito universitario*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016. González considera que si únicamente se permite la suscripción del contrato para labores docentes, podría admitirse un acotamiento del contrato de interinidad al periodo lectivo.

administración, o incluso que regule una duración máxima del contrato de interinidad con la indemnización correspondiente por fin de contrato. Mientras esto ocurra y desde la equiparación con un despido por causas objetivas (art. 52 y 53 ET) la cascada de sentencias que están enjuiciando esta cuestión están indemnizando con 20 días por año de servicio en base al ordenamiento comunitario y al principio de igualdad y no discriminación entre el empleo temporal y el indefinido, en aplicación de la directiva 1999/70/CE, sin que la calificación como relación de empleo en régimen laboral o como funcionario interino pueda por sí misma determinar una diferencia de trato⁷³. El argumento es que se ha establecido respecto de los trabajadores fijos comparables una diferencia de trato que no tiene justificación objetiva y razonable y la misma no puede basarse en la mera naturaleza temporal de la relación de trabajo, ni el hecho de que así lo prevea la norma nacional general⁷⁴.

5. Otras consideraciones

5.1. Contrataciones excepcionales

Es necesario poner de manifiesto la existencia de lo que se llama contrataciones urgentes en algunos convenios. Este contrato de sustituciones urgentes se regula en el Convenio de Oviedo, art. 74, para las coberturas inmediatas por ausencias o vacantes no previstas, mientras se desarrolla el concurso previsto para la contratación del profesor o profesora sustituto (interino). También establece este convenio un procedimiento previo ante tal contingencia, en primer lugar llamar al candidato mejor valorado en un concurso anterior del área, en segundo lugar, proponer la ampliación de jornada, si la pactada es inferior a la máxima, a los profesores asociados del área y en tercer lugar, proponer la cobertura voluntaria de la docencia vacante como “trabajo extraordinario” hasta un máximo de 20 horas al mes, a razón de 60 euros hora. Como se puede observar, muy parecido a los requisitos previos que regulaban algunos convenios respecto al contrato de interinidad ya comentado. Por su excepcionalidad, si el contrato se ha cubierto en el marco de un procedimiento por vía de urgencia no podrá extenderse más allá de la finalización del año académico en que se formalicen (U La Rioja, art. 10).

⁷³ SJ Contencioso-administrativo nº2 de A Coruña 30 junio 2017 (120/2017).

⁷⁴ Por todas STJUE 14 septiembre 2016 (TJCE 2016,107) (C-16/2015), asume la doctrina STSJ Madrid 5 octubre 2016 (AS 2016\1298).

Lo curioso es que la contratación del profesorado que se justifica en la cobertura urgente también se formalizará como Profesor Sustituto con la dedicación que corresponda. Queda además sustituido el concurso público por la participación de una estricta cadena de mando, solicitud del Vicerrector de Profesorado, previo informe favorable del Comité de Empresa e informe de índice de ocupación docente del área de conocimiento afectada, pero llegado al final, el Consejo de Departamento “propondrá a una persona”, obviándose los principios de mérito y capacidad tan aludidos. En ninguno de los casos el profesorado sujeto a contrato de interinidad podrá promocionar, aunque reúna los requisitos exigidos por la LOU para la figura a la que solicite transformarse. (C Extremadura, art. 33.4). Se trata, en definitiva, de un contrato de inmediatez que requerirá para que sea efectivo el recurso a las bolsas de trabajo o a la asignación del personal específico fuera de concurso, con lo que eso conlleva en una administración pública.

5.2. El controvertido papel del profesorado asociado

Volviendo a la figura del profesor asociado, según el artículo 53 LOU/2007, está destinada a ser ocupada por profesionales de reconocida competencia “para que aporten sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad, estableciendo de este modo una asociación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional⁷⁵”. El único requisito para esta figura es ejercer su actividad profesional, que es la principal, fuera del ámbito académico universitario y que se siga dedicando a este ejercicio mientras siga vigente su contrato de trabajo, que será renovable mientras se mantenga el presupuesto que habilita la contratación o tendrá limitación según algún convenio (C Madrid art. 4), por dos periodos de docencia. La duración del contrato según el artículo 53 d) será trimestral, semestral o anual y se podrá renovar por periodos de igual duración. De la misma manera que para la contratación del profesor asociado no es necesario consignar una causa específica que justifique la temporalidad, la Universidad no viene obligada a justificar la causa de la no renovación⁷⁶. Por ser un contrato a término, su cumplimiento supondrá la extinción del contrato sin denuncia previa, salvo acuerdo en contrario. (Art. 20 RD 898/1985 de 30 de abril sobre régimen del profesorado universitario) y sin derecho a indemnización.

⁷⁵ STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-190/13).

⁷⁶ STSJ Cataluña 1081/2013, de 13 de febrero (AS 2013\902).

En principio la consecución de contratación temporal en el profesorado asociado no tiene por qué considerarse contratación abusiva en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE. La STJUE de 13 de marzo de 2014 (C-190/13) no comparte esta visión, en la medida en que los profesores asociados cubren una necesidad permanente de las Universidades porque “ejecutan tareas ligadas a su quehacer profesional”, para las que “la actividad del docente es accesoria a una actividad externa como especialista de reconocida competencia, el recurso a sucesivos contratos de trabajo no puede en ningún caso dejar al interesado en situación de precariedad” continua la sentencia por aclararnos que para las sucesivas renovaciones sí que será necesario una “razón objetiva”, no podrá utilizarse para el desempeño permanente y duradero, de tareas docentes habituales del personal docente alejadas de la finalidad propia del contrato. A tal efecto, en caso de realizar las citadas funciones permanentes o faltar un efectivo desempeño de actividad profesional, ajena a la universidad, previa y simultánea, estaríamos ante utilización abusiva de la contratación temporal, correspondiendo al juez nacional decidir las consecuencias de la extinción contractual a su vencimiento. Respuesta que no está siendo uniforme⁷⁷.

Nos preguntamos por todo ello cómo es posible que en un mismo convenio se establezca la definición típica del asociado como causa y justificación de la relación laboral y seguidamente se imponga como requisito a la contratación de profesorado para sustituciones (por reserva de puesto de trabajo o por provisión de vacante) oferta previa al profesorado asociado a ampliar su horario para cubrir la necesidad docente de forma temporal (C Murcia, art. 31.1, C Oviedo, art. 74.1). La siguiente cuestión sería la temporalidad de ese aumento de jornada, suponemos que iría ligada a la reserva del puesto de trabajo. Nos lleva a plantearnos qué duración debe tener un contrato de asociado en estos términos, si según la LOU son tres, seis o doce meses, en el caso de un accidente de trabajo con incorporación del accidentado a los dos meses, en qué situación quedarían los dos docentes figurando simultáneamente hasta la finalización del contrato del asociado, o causaría la reducción de la jornada del asociado, o incluso el despido, desde luego improcedente del asociado.

No ha sido disimulada la disposición transitoria del convenio PDI de Cataluña por la que trata la “Regularización” de profesorado asociado en “situación inadecuada” para regularizarlas como figuras a tiempo

⁷⁷ Moreno Gené, J., “Los contratos laborales ...”, *op. cit.*, p. 10.

completo. No es nada nuevo poner de manifiesto que se está produciendo una situación que deberá afrontarse por la administración, mientras tanto serán los tribunales los que tengan la última palabra. De momento viene a establecer que “las modalidades contractuales específicas de este ámbito docente y los contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los periodos y para las necesidades previstas legalmente; no siendo el ámbito universitario un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma” no obstante la sala afirma que “en el ámbito de la docencia universitaria la contratación temporal es posible en los supuestos previstos en la ley, incluso para atender necesidades permanentes, siempre que tales contrataciones respondan a los fines e intereses protegidos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal, bien sea por razones ligadas a la necesaria relación entre la realidad práctica y profesional con la formación de los alumnos, bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente, o a cualquier otra finalidad legalmente establecida”⁷⁸.

Aunque haya sido reconocido ampliamente la utilización del profesorado asociado para cubrir bajas por enfermedad o maternidad, o para proveer temporalmente la docencia ante la vacante de una plaza⁷⁹, lo cierto es que se trata de suscripción o renovación de contratos temporales docentes universitarios “alejadas de la configuración finalista de los propios contratos revela la infracción de las normas que regulan dicho contrato”, la contratación temporal configurada en fraude de ley acarrea el carácter de indefinido y no admite prueba en contrario (art. 15.3 ET) que tratándose de una Administración Pública, la actuación fraudulenta será sancionada con su conversión en indefinido no fijo⁸⁰.

La consecuencia de la utilización fraudulenta de la contratación temporal en la Administración Pública ha sido la creación jurisprudencial de la atípica figura del personal “indefinido no fijo” que no comporta la legalización de la actuación ilegal de la administración, sino “la respuesta a la situación de los contratos temporales suscritos en fraude de ley suscritos por aquellas [...] propició una doctrina que buscaba acomodar la

⁷⁸ STS 473/2017 de 1 de junio (RJ 2017\2889).

⁷⁹ Baylos Grau, A., “El Personal Docente e Investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, n. 44, 2008, p. 4.

⁸⁰ STS 1 junio 2017 (RJ 2017\2889). La situación de fraude durante el periodo en el que trabajó como profesor asociado tuvo su base en la carencia de actividad profesional fuera de la Universidad. En el caso que nos ocupa en el presente artículo lo asimiláramos a la falta de causa para formalizar un contrato de asociado por causa de interinidad.

indefinición de la duración de la relación laboral con las especiales particularidades del acceso al empleo público (mérito y capacidad), y el respeto a los mandatos constitucionales en este punto”⁸¹.

6. Conclusiones

Resulta evidente la dificultad de trasplantar tal cual la regulación del contrato de interinidad contenida en el ET al ámbito universitario. Esto ha tenido como consecuencia la necesaria configuración del profesorado sustituto a través de un marco no muy ágil de negociación colectiva. Sin embargo, no se ha creado un modelo único que ofrezca respuestas uniformes a las cuestiones de jornada, retribución, duración o incluso extinción del contrato. Resulta muy complejo apostar por una contratación de calidad de un docente sin consensuar primero si va a desarrollar a cabo la tarea docente e investigadora, únicamente la docente o preferentemente la investigadora.

Lo que no ofrece ningún género de dudas es la legitimidad de los agentes sociales, universidades y agentes sociales en este caso, para definir y desarrollar las causas previstas por el ET de derecho de reserva de puesto de trabajo, con la finalidad de hacer frente a los requerimientos específicos de la carrera profesional del profesorado docente e investigador. La regulación ordenada y dentro de la legalidad evitará la litigiosidad que se está produciendo en relación a otras figuras como la del profesorado asociado. El profesorado sustituto cumple con una importante función dentro de la Universidad y como tal es necesario proteger su situación jurídica desde el mismo acceso a su actividad.

7. Bibliografía

Alzaga Ruiz, I., *Contratación temporal: un estudio jurisprudencial*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2000.

Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en Ballester, F. (dir.), *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Inap Investiga, Madrid, 2016.

⁸¹ Para conocer esta figura vid., Sánchez Castillo, M.^aM. y Carmona Paredes, R., “Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo”, en AA.VV., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Inap Investiga, Madrid, 2016, p. 267.

- Baylos Grau, A., “El Personal Docente e Investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, n. 44, 2008.
- Cairós Barreto, D.M., *El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas. El Estatuto Básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 29 y 30 de mayo, Badajoz, vol. 1, 2008.
- Fernández Villazón, L., “Ingreso y contratación”, en Moreno, J., (dir.), *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- García Mella, D.M., “Contratos de sustitución en el ámbito docente universitario”, en AA.VV., *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006.
- García Ninet, J.I., y Salido Banús, J.L., “El contrato de interinidad”, en Monereo, J.L. (dir.), *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- González Ortega, S., *Disquisiciones Jurídicas sobre el ámbito universitario*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016.
- Moreno Gené, J., “Clasificación profesional y figuras contractuales”, en Moreno, J. (dir.), *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las Universidades Públicas”, *Lan Harremanak*, n. 36, 2017-I.
- Palomeque López, M.C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.
- Purcalla Bonilla, M.A., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en Monereo J.L. (dir.), *Las modalidades de contratación temporal, estudio técnico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- Rodríguez Piñero, M. y Bravo Ferrer, M., “La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CE”, *Relaciones Laborales*, n. 3, 2012.
- Sanchez Castillo, M.^aM. y Carmona Paredes, R., “Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo”, en AA.VV., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Inap Investiga, Madrid, 2016.
- Villaverde Menéndez, J., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en Moreno, J. (dir.), *La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Convenios Colectivos PDI laboral universidades públicas españolas

- Convenio colectivo para el personal docente e investigador de las Universidades Públicas Catalanas (C Cataluña). DOGC 14-02-2007. Modificado 27-02-2017.
- II Convenio Universidades Públicas Región de Murcia (personal docente e investigador laboral) (C Murcia). BOM 5-04-2016.
- II Convenio Colectivo del PDI contratado en Régimen Laboral de las Universidades Públicas de Castilla y León (C Castilla y León). BOCYL 18-05-2015.
- Convenio Colectivo para el personal docente e investigador laboral de la Universidad de la Rioja (C la Rioja). BOR 26-06-2009. Adenda 15-09-2010. Modificado BOR 23-06-2014.
- Convenio de Universidades Públicas de Madrid (personal docente de investigación) (C Madrid). BOCM 12-07-2003. Prórroga BOCM 22-03-2014.
- II Convenio colectivo para el personal docente e investigador laboral de las universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo (C Galicia). DOG 14 -04-2011. Prórroga DOG 29-07-2013.
- Convenio Colectivo de la Universidad Pública de Navarra (Personal Docente e Investigador Laboral), de Pamplona (C UPN). BO de Navarra 2-06-2008. BO de Navarra 21-01-2013.
- I Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad de Oviedo (C Oviedo). BOPA 13-02-2013.
- I Convenio Colectivo personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Canarias (C Canarias). BOC 26-06-2012.
- II Convenio Colectivo del personal laboral docente e investigador de la Universidad del País Vasco (C UPV). BOPV 31-12-2010.
- I Convenio Colectivo del Personal Docente Investigador Laboral de la UNED. (C UNED). BOE 13-03-2010.
- II Convenio Colectivo para el Personal Laboral docente e Investigador de la Universidad de Castilla La Mancha (C Castilla la Mancha). DOCM 26-10-2009.
- I Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral de la Universidad de Extremadura (U Extremadura). BOE 17-11-2008.
- Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (C Andalucía). BOJA 9-05-2008.

Convenio Colectivo de la Universidad de Zaragoza para el personal laboral e investigador (C Zaragoza). BOA 30-06-2006.

La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española

Juan Ramón RIVERA SÁNCHEZ*

RESUMEN: La Administración Pública española presenta numerosas debilidades en la ordenación jurídica de sus empleados temporales. En la actualidad, las cifras oficiales afirman que el 30 por ciento de los empleados públicos mantienen un vínculo temporal y, entre ellos, un número considerable ha prestado servicios durante más de diez años en puestos de trabajo que, en realidad, son de naturaleza permanente o estructural. Situación que ha sido reprochada por los Tribunales españoles y de la Unión Europea.

Con la finalidad de corregir, en parte, esta situación el legislador apuesta por corregir esta situación mediante, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los sectores de las Administraciones Públicas que prestan servicios esenciales; por otro lado, autorizar un proceso “extraordinario” de estabilización de las plazas ocupadas por personal temporal y, por fin, el establecimiento de fuertes restricciones al uso del empleo temporal pro futuro que la hagan sostenible en el conjunto del sistema.

Palabras clave: Administración pública, empleo temporal, igualdad, mérito, capacidad, despido, indemnización.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un sucinto repaso al empleo temporal en la Administración Pública. 3. Sobre los procedimientos tradicionales de consolidación del empleo temporal en la Administración Pública. 4. Significado y alcance del art. 19 de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado. 5. La dinámica de la tasa de reposición de efectivos. 5.1. El origen de la Tasa de Reposición de Efectivos. 5.2. El método de determinación de la tasa de reposición. 5.3. La Tasa de Reposición de Efectivos en la LGPE de 2017. 6. Las restricciones al uso del empleo temporal en el sector público. 6.1. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público procedente de las empresas contratistas. 6.2. La contratación de personal por las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y Fundaciones del Sector Público. 6.3. ¿El principio del fin de los trabajadores indefinidos pero no fijos? La exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización irregular de la contratación laboral. 7. Bibliografía.

* Catedrático Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

The sustainability of temporary employment in Spanish Public Administration

ABSTRACT: The Spanish public administration presents numerous weaknesses in the legal regulation of temporary employees. Currently, official figures say that 30 percent of public employees retain a temporary link and, among them, a considerable number has provided services for more than ten years in jobs which, in reality, are permanent or structural nature. A situation that has been charged by the Spanish courts and the European Union.

In order to correct, in part, this situation the bet legislator to correct this situation through enlargement of the percentage of the rate of replenishment, in some areas, it reaches up to 100 percent of the vacancies in major sectors of the public administration; on the other hand, authorize an “extraordinary” process of stabilization of the seats occupied by temporary staff and, finally, the establishment of strong restrictions on the use of temporary employment future pro guaranteeing its sustainability.

Key Words: Public Administration, temporary employment, equality, merit, capacity, dismissal, liability.

1. Introducción

La precariedad en el desempeño del puesto de trabajo se comprueba como una práctica que se enquistó y es muy difícil de erradicar en el ámbito de las Administraciones Públicas, incluso informes del Banco Central Europeo hacen responsable a la precariedad de la debilidad del crecimiento económico en la Unión Europea porque fomenta unas políticas de bajos salarios que frena el desarrollo pleno de la economía. Uno de los principales síntomas de esa precariedad es la dimensión del empleo temporal como vínculo contractual entre los empleados públicos. Ante tal situación, y por la condición de empleador público de la Administración y por el respeto de principios constitucionales de acceso al empleo público, los Juzgados y Tribunales españoles, con ocasión de la revisión de irregularidades del empleo público, han adoptado soluciones provisionales que han enquistado y postergado una solución definitiva para corregir los excesos cometidos en el empleo público temporal como es el caso del “indefinido pero no fijo”, figura que obtuvo un sorprendente reconocimiento legal en el Estatuto Básico del Empleado Público, pero carente de un mínimo desarrollo legal.

Además, el bloque normativo procedente del Derecho de la Unión Europea origina sentencias del Tribunal de la Unión Europea que obligan al Estado español, de una vez por todas, a eliminar las discriminaciones existentes en materia de retribución, duración y extinción de estos empleados públicos temporales pues, en opinión de esta legislación y jurisprudencia, se conculca la regulación existente en la Directiva 1999/70/CE y en el Acuerdo Marco, especialmente en relación con los funcionarios interinos⁸².

Para hacer frente a tales retos, entre otros preceptos, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, ha aprobado un proceso “extraordinario” de estabilización del personal al servicio de la Administración, con rango y en su condición de legislación básica del Estado, adopta una serie de actuaciones que desean reducir el empleo temporal hasta un máximo del 8 por ciento durante el trienio 2017-2019. A tal fin, en este estudio se plantea el análisis de algunas de estas acciones: por un lado, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los

⁸² Sobre el contenido y repercusiones de esta doctrina jurisprudencial, Cfr. Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 61, 2017. BIB 2017\546.

principales sectores de las Administraciones Públicas; por otro lado, el análisis de las condiciones para imponer restricciones al uso del empleo temporal *pro futuro*.

2. Un sucinto repaso al empleo temporal en la Administración Pública

Durante las tres últimas décadas, la mayoría de los ciudadanos han sido testigos de una noticia positiva consistente en un crecimiento considerable del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Lamentablemente, este crecimiento se ha visto acompañado, también, de merecidos reproches por la defectuosa técnica jurídica empleada que ha generado, en ocasiones, empleados públicos con interinidades indefinidas y regulaciones de las bases de los procesos selectivos que no han sido capaces de garantizar suficientemente el cumplimiento de los principios constitucionales sobre el acceso al empleo público.

De hecho, las plantillas de las Administraciones públicas contienen un volumen de empleados públicos temporales que, según alguna estadística oficial se eleva a un tercio del conjunto de empleados públicos, cifra que se compadece mal con los principios de estabilidad al empleo que contiene la normativa que regula el estatuto jurídico de los empleados públicos. Según la Encuesta de Población Activa de finales de septiembre de 2016, la cifra de empleados temporales ascendía a 700.000 empleados públicos, esto es, aproximadamente el 24 por ciento del total del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁸³.

Entre esa exagerada cifra de personal temporal, junto a los auténticos contratos temporales, aparecen otros empleados, que siendo inicialmente personal temporal, cuando ya han superado ampliamente la duración máxima de sus contratos, ya sea ésta su contratación administrativa o una

⁸³ En relación con la Administración estatal, las tasas de empleo temporal difieren entre las diferentes Administraciones Públicas. Así, para la Administración del Estado, a juicio de la Intervención General de la Administración, “(...) *Teniendo en cuenta el tipo de contrato, el 85% del personal empleado en el sector público estatal no administrativo es personal fijo en plantilla*”. En *Intervención General de la Administración del Estado: “Personal al servicio del sector público estatal 2016”*, p. 78 en <http://www.igae.pap.minhfp.gob.es/sitios/igae/es-ES/informacionEconomica/SiteAssets/Paginas/personalsectorpublicoestatal/20170530%20Libro%20SPE%202016%20.pdf> (Visitado 29/07/2017). De ello, se deduce que el empleo temporal de las Administraciones Autonómicas y de la Administración Local son responsables, de forma conjunta, del otro 15 por ciento del empleo temporal. En definitiva, el 15 por ciento corresponde a la Administración Estatal y el otro 15 por ciento al resto las Administraciones Territoriales.

relación laboral, se convierten en un “*tertium genus*” pues ni son trabajadores temporales ni funcionarios permanentes. De alguna manera, por la acción de los Juzgados y Tribunales se ha calificado como puestos de trabajo “*irregulares, abusivos e injustificados con el efecto de declarar el vínculo laboral como indefinidos pero no fijos*”⁸⁴. En cualquier caso, las sucesivas ofertas de empleo público y de procedimientos de consolidación del empleo temporal han facilitado descensos transitorios de las tasas de temporalidad pero, en ningún caso, estos procedimientos han propiciado una solución definitiva al abuso de la contratación temporal en el seno de las Administraciones Públicas españolas⁸⁵.

Por citar los más relevantes, en primer lugar, debe mencionarse al Decreto Ley 22/1977, de 20 de marzo, que inició en la etapa pre-democrática los procesos de consolidación del empleo temporal estableciendo que en los concursos o pruebas para cubrir plazas de funcionarios de carrera de la Administración del Estado ya establecía que se debía reservar hasta un 25 por ciento de las plazas para el personal eventual, interino o contratado que se encontrara contratado desempeñando plazas de igual categoría a las objetos del concurso. Al mismo tiempo, en contradicción con los planes de estabilidad, la normativa seguía promoviendo al personal precario pues, de conformidad con su Disposición Adicional Quinta se establecía que se podía reservar un porcentaje de las vacantes existentes para su provisión, específicamente, entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que ya estuvieran vinculados al momento de la convocatoria.

En segundo lugar, tras la aprobación de la Constitución de 1978, con ocasión de la primera Reforma de envergadura en la Función Pública, en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 30/1984, se fue un paso más allá y se establecieron los denominados procesos de consolidación “restringidos”, esto es, eran restringidos porque los únicos ciudadanos que podían participar en los mismos eran, precisamente, el personal contratado administrativo e interino en activo al tiempo de la correspondiente convocatoria. Es cierto, que la doctrina constitucional legitimó este proceso “*excepcionalmente*” (S TC 37/1991), sirviendo de base jurídica para otros procesos de consolidación “excepcionales” que posteriormente aprobaron las Comunidades Autónomas para su propio personal temporal.

Como es sencillo deducir, su excepcionalidad se justificaba por el proceso

⁸⁴ Cfr. Peña Molina, M., “La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 40, 2015, pp. 1 y ss.

⁸⁵ Cfr. Navarro Nieto, F., “Los Planes de Estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Temas Laborales*, n. 103, 2010, pp. 67-98.

constituyente que procedía al reconocimiento de una nueva carta de derechos fundamentales y, por ende, a un redimensionamiento de la Administración estatal. Además, la aparición de la estructura administrativa de las Comunidades Autónomas justificaba la creación, precisamente, de una novedosa estructura territorial del Estado autonómico que asumía *ex novo*, tras la aprobación de los Decretos de transferencia de competencias, los servicios públicos que incorporaban el mayor número de empleados públicos, esto es, principalmente, la estructura administrativa al servicio de los distintos niveles educativos y el personal de las entidades gestoras que prestan la asistencia sanitaria.

Como rasgo de una merecida crítica en el plano legislativo, la laxitud en la organización de estos procesos de consolidación fue extendiéndose y, con posterioridad, el art. 39 de la Ley 50/1998 ya admitió tres modalidades de acceso – “concurso, concurso-oposición y oposición” – lo que otorgó carta de naturaleza para que, en algunas ocasiones, estos procesos de consolidación se limitaran a la realización de un concurso de méritos entre el personal ya contratado temporalmente, impidiendo la concurrencia del resto de los ciudadanos un acceso efectivo a esos puestos de la función pública a tenor del valor decisivo de la experiencia anterior⁸⁶.

Siguiendo este orden cronológico, es preciso detenerse en art. 39 de la Ley 50/1998, que hacía funciones de Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado de 1999. En esta ocasión, una vez más, ya se consideraba excesivo y disfuncional el elevado volumen de funcionarios interinos y de personal laboral temporal que las administraciones públicas acumulaban, especialmente, la Administración Autonómica. Dimensión excesiva de personal precario que, en mi opinión, se explicaba fácilmente en atención a la premura y urgencia que acompañaron la puesta en marcha de estas administraciones autonómicas.

En efecto, junto a una buena parte de este personal interino, que procedía de la insuficiencia de medios personales que incorporaban el traspaso de competencias efectuadas por la Administración estatal, en desarrollo del modelo autonómico previsto constitucionalmente, la propia Administración Autonómica había contratado con urgencia una cifra relevante de empleados públicos para desempeñar las competencias y permitir la puesta en marcha de aquellos servicios deficitarios de personal como consecuencia de la paulatina asunción de competencias que imponía el desarrollo del proceso autonómico⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Granada, (tesis doctoral), 2013, p. 316.

⁸⁷ Cfr. Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento...*, *op. cit.* pp. 317 y ss.

En este sentido, se recordaba en el art. 39 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales que la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución del personal interino o consolidación del personal temporal habría de garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Así se afirmaba por el Alto Tribunal, que la conexión entre el acceso en condiciones de igualdad, por un lado, y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, por otro, conduce inexorablemente a controlar, también, para evitar una «*diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes*» (STC 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4), que se someta a control algún mérito relativo a la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración. «*Esta última circunstancia, en efecto, si bien se ha reconocido que puede ser tomada en consideración para evaluar la «aptitud o capacidad» (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3, y 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.b) del aspirante, ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el «límite de lo tolerable» (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4, 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b)*» y, como garantía adicional, el acceso a estos puestos de naturaleza temporal debería ser el resultado de un procedimiento selectivo respetuoso con los principios de igualdad, mérito y capacidad⁸⁸.

3. Sobre los procedimientos tradicionales de consolidación del empleo temporal en la Administración Pública

Por fin, en relación con la normativa vigente es preciso distinguir los llamados procesos de consolidación de los funcionarios interinos de larga duración en el seno de las Administraciones Públicas y, por otro lado, los denominados procesos de funcionarización que se reservaban para la “transformación” en plaza de funcionario la correspondiente plaza de personal laboral indefinido tras la superación del correspondiente proceso selectivo.

En efecto, la normativa vigente se encuentra en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007 que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público

⁸⁸ En este sentido, “*Añade el Alto Tribunal que la diferenciación de trato resultará lícita desde el punto de vista constitucional siempre y cuando el fin que persiga sea lícito, las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas a dicho fin, y superen el juicio de proporcionalidad en sede constitucional. Por tanto, se exige una justificación objetiva, razonable y la proporcionalidad para que la situación de desigualdad sea considerada lícita desde el punto de vista jurídico-constitucional*”. Cfr. Quintanilla Navarro, R.Y., “La consolidación del empleo público y el principio de igualdad”, *Revista de Doctrina Aranzadi Social*, n. 14, 2008 paraf. 50/2008 BIB 2008\2449.

y que fue actualizado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En dicha disposición transitoria se establece que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por consiguiente, a diferencia de lo que establecía la Ley 50/1998, las posibilidades de consolidación se vieron ampliadas permitiendo que no sólo se efectúen procesos de consolidación para el personal que se incorporó por la premura de la puesta en marcha de la administración autonómica sino que, además, se prevé que se integren las bolsas de personal temporal que hayan sido resultado de una discutible gestión acerca de la contratación de personal temporal.

Junto a esta ampliación temporal de los puestos de trabajo consolidables, el legislador del Estatuto Básico, establece unos prepuestos básicos por los que han de discurrir los procesos de consolidación de los empleos temporales. En este sentido, el EBEP se aparta de la regulación específica de los procesos de consolidación del empleo y se remite a las reglas generales, esto es, a la regulación establecida para los procesos selectivos que se desarrollan conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto Básico (disposición transitoria 4ª EBEP)⁸⁹.

Por ello, a pesar de que la Disposición Transitoria 4ª se refiere sólo a la fase de concurso, es evidente que la remisión al art. 61 EBEP exige que estos procesos adopten la modalidad de concurso-oposición exigiendo que se evite la valoración desproporcionada de los servicios prestados hasta el punto que haga materialmente inviable el acceso al empleo público a los terceros, esto es, a aquellos que carecen de un historial de servicios prestados en la administración convocante.

En cuanto al segundo de los instrumentos para la ordenación del personal temporal, es la denominada funcionarización que, en sentido estricto, no constituye una modalidad de la estabilización de los empleados públicos porque puede afectar al personal laboral fijo, al personal laboral “indefinido pero no fijo”, incluso al personal laboral con un vínculo temporal con la administración. De hecho, según la doctrina que mejor ha estudiado esta institución afirma que “*la funcionarización es un proceso selectivo*

⁸⁹ Cfr. Sánchez Morón, M., “Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público”, *Revista catalana de dret públic*, n. 45, 2012, pp. 47-62.

*restringido, dirigido al personal laboral (...) que ocupa un puesto de trabajo que ha sido reclasificado por ley como de funcionario*⁹⁰.

La funcionarización es una institución jurídica fruto de la necesidad de adaptar el vínculo laboral de los empleados públicos que ocupan puestos de trabajo que, de conformidad con la ley, le corresponde su cobertura por funcionarios públicos.

En efecto, constituye el resultado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la regulación prevista en el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), que optó por un criterio claramente laboralizador de la administración pública, criterio que fue revisado por la STC 99/1987, de 11 de junio. El nuevo artículo 15.1.c) de la Ley, según la redacción de la Ley 23/1988, atendiendo al mandato del intérprete de la Constitución, estableció que con carácter general se adscribían a régimen funcionarial los puestos de la Administración pública e instituyó una lista tasada de puestos de posible cobertura laboral que, casualmente, se incardinaban con los relacionados con puestos de oficios o actualmente denominadas “agrupaciones profesionales” que, en ningún caso, desempeñaban lo que se denominan ejercicio de “potestades públicas”, reservadas para puestos de trabajo que fueran ocupados por funcionarios públicos.

En cualquier caso, el proceso de funcionarización se conforma como un procedimiento selectivo *ad hoc*, restringido al máximo, al cual únicamente puede acceder el trabajador afectado por ocupar un puesto que, aplicando los criterios legales en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, le corresponde una naturaleza jurídica funcionarial. En teoría, una vez finalizado el proceso, a este nuevo funcionario le es de aplicación, sin mayor complejidad, el régimen jurídico de la función pública. En cuanto a los trabajadores que no participan, por propia voluntad, en el proceso selectivo, o no lo superan, mantienen su ocupación en ese puesto, en una situación de transitoriedad indefinida, con garantía de continuidad y de promoción profesional. También, en teoría, la negativa del empleado pública a participar en este tipo de procedimientos de funcionarización no les debería afectar en sus expectativas profesionales futuras como trabajadores por cuenta de la Administración, pero manteniendo su condición de personal laboral.

⁹⁰ Cfr. Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras la entrada en vigor del Estatuto Básico de los Empleados Públicos”, *Revista CEMCI*, n.14, 2012, pp. 10 y ss. en página electrónica <http://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf> (Visitada julio 2017).

4. Significado y alcance del art. 19 de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado

Como nuevo intento y con vocación de que sea la oportunidad definitiva para limitar la presencia del empleo precario en las Administraciones Públicas, el art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado (en adelante, LPGE 2017) establece una Oferta de Empleo Público excepcional, trianual y cuyo objetivo será sustituir los puestos de trabajo ocupados por personal temporal por otros de carácter estable mediante la superación del correspondiente proceso selectivo y, al mismo tiempo, sellar “*pro futuro*” los accesos irregulares de empleo temporal.

Desafortunadamente, no existe un sistema institucional de “alerta” para activar los procesos de regularización del empleo temporal irregular; tampoco se han previsto umbrales “intolerables” que desencadenen una acción normativa automática de los poderes públicos para limitar las tasas de empleo temporal irregular.

Por ello, en la mayoría de las ocasiones, estos procesos de regularización vienen precedidos, incluso con carácter previo a la regulación legal, de un acuerdo entre Sindicatos y Gobiernos que desean poner fin a los excesos del empleo precario en un contexto de tolerancia presupuestaria y asegurando, en ocasiones, ventajas imbatibles para al personal temporal que ya presta servicios para la Administración frente a los que no acreditan experiencia previa en la Administración convocante.

En esta ocasión, la gran Oferta de Empleo Público de 2017 también ha seguido la secuencia descrita en el párrafo anterior. Como es sabido, todo empezó por el Acuerdo de 29 de marzo de 2017, firmado entre el ministro de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CSIF, para la mejora del empleo público que incorpora un proceso de estabilización del empleo temporal para reducir la tasa de temporalidad hasta el 8% en tres años asegurando el soporte sindical a la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 (BOE de 28 de junio de 2017)⁹¹.

Por ello, no se ha de interpretar que sea una mera causalidad que la fuente formal elegida para afrontar este Reto, la reducción de la temporalidad en el sector público, haya sido en el seno de una Ley Presupuestaria. Sin duda, las mejores condiciones financieras del Estado, una vez superada los

⁹¹ Se puede consultar el texto del Acuerdo firmado el 29 de marzo de 2017 en página electrónica <http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/2/o214794.pdf> (Visitada en agosto 2017).

peores momentos de la crisis económica de 2009, han permitido enfrentarse a uno de los principales retos de nuestro país: la elevadísima proporción de empleo temporal que, por sí misma, frena el crecimiento económico del conjunto de sociedad. En cambio, no parece apropiada la técnica jurídica empleada pues una regulación tan compleja como es el tratamiento del empleo temporal se halla dispersa en el conjunto del articulado de la Ley de Presupuestos con regulaciones específicas de modo desordenado en diversas Disposiciones Adicionales de la LGPE 2017. Desde luego, la obligada ausencia de una Ley de Acompañamiento no justifica aprovechar la Ley Presupuestaria para estas regulaciones laborales que merecerían una tramitación singular y sistematizada.

Entrando en sus líneas generales preciso destacar, que el actual legislador ha rehuido del término “*Consolidación de Empleo Público*”, expresión que denota un procedimiento favorecedor de los empleados temporales, dando entender que pretende garantizar la presencia del principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, se haya prestado servicios efectivos, o no, en la Administración convocante.

Ante este panorama legislativo, y por la coincidencia de un insoportable nivel de precariedad en cualquier de los distintos niveles territoriales de la Administración Pública, el legislador estatal ha decidido emprender un punto de inflexión respecto de la “excesiva tolerancia” existente con los abusos de la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública. Es cierto, que la adopción de esta nueva política legislativa viene avalada por una situación presupuestaria más holgada que permite abordar otras opciones en la función pública más allá de las congelaciones de plantilla, modulada hasta ahora con exiguas tasas de reposición.

En corto, se trata del análisis de una normativa legal que promueve una resolución definitiva de la lamentable precariedad laboral y, al mismo tiempo, se han de proponer criterios de actuación que eviten su repetición en el futuro inmediato.

Para hacer frente a los diversos reproches jurídicos anunciados anteriormente, el vigente art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales de 2017 ha aprobado un proceso “extraordinario” de estabilización del personal al servicio de la Administración que desea reducir el empleo temporal hasta un máximo del 8 por ciento durante el trienio 2017-2019. A tal fin, este trabajo plantea un estudio de dos tipos de acciones: por un lado, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los principales sectores de las Administraciones Públicas y, por otro lado, el establecimiento de fuertes restricciones al uso del empleo temporal pro futuro.

Es cierto, dada su condición de legislación básica, que esta legislación será la regulación inspiradora de la legislación de desarrollo en el resto de Administraciones Públicas. De hecho, su condición de legislación básica se repite constantemente en diversas Disposiciones Adicionales y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución⁹². Por ello, no basta con la nueva regulación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017. A partir de ahora, será necesario hacer un seguimiento de los Acuerdos en la Mesas Sectoriales en ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre el desarrollo de estos procesos de estabilización y, lo que es más importante, las modificaciones que habrá de efectuar la legislación en materia de Función Pública de las Comunidades Autónomas para adaptarse a las exigencias de los procesos selectivos que han de convocarse a partir del año 2017.

5. La dinámica de la Tasa de Reposición de Efectivos

5.1. El origen de la Tasa de Reposición de Efectivos

A partir del año 2012, en un contexto de grave crisis económica y con una intensa reducción de los ingresos del Estado, una de las principales medidas que se adoptó en materia de personal para contener el incremento del gasto público fue la reducción del personal temporal mediante la no renovación de los vínculos contractuales temporales y el despido de los empleados con contrato indefinido, incluso se creó una causa específica para la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en la letra e) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores⁹³.

En cuanto al personal temporal, en general, la extinción de sus contratos se instrumentalizó mediante la no renovación de sus vínculos contractuales y, en relación con el personal indefinido, la no sustitución de los empleados públicos que por razones previstas en el orden jurídico, como la jubilación, el fallecimiento u otras causas análogas, provocaba una

⁹² Cfr. En este sentido, Disposiciones Adicionales 16^a; 17^a; 26^a y artículo 19.Siete. Todos ellos de la LGPE 2017.

⁹³ Sobre esta causa de extinción y su interpretación por doctrina y jurisprudencia, cfr. Purcalla Bonilla, M.A., “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 162/2014. BIB 2014\626 y Gala Durán, C., “Función pública. Despidos en el sector público. Novedades de la reforma laboral”, *La Administración Práctica*, n. 6, 2012. BIB 2012\4010.

reducción del número de empleados al servicio de la Administración dada la prohibición existente de contratar nuevos efectivos⁹⁴. Es lo que se denomina la tasa de reposición de efectivos (en adelante, TRE).

En la Ley de presupuestos para el 2014 ya apareció la definición, que de nuevo se concreta en la LPG-2015 en el artículo 21.uno.3. Una descripción detallada que, sin embargo, no supone por ello una fácil interpretación. En general, se caracteriza por las siguientes notas⁹⁵:

1ª. La TRE se conceptualiza como un porcentaje máximo de reposición de efectivos. Por consiguiente, se trata de efectivos pre-existentes que ya no existen, por la razón que sea. No se refiere a toda la plantilla ni tampoco, al contrario, al crecimiento de aquélla, sino que toma como base una «foto fija».

2ª. En relación con el año 2015 – esto es, para las OEP que se aprobaron en ese año –, la TRE se calculará en base a una «diferencia» numérica: la resta del número de «empleados fijos» que a lo largo del 2014 «dejaron de prestar servicios» como funcionarios de carrera o personal laboral fijo – pues sólo estos pueden ser empleados fijos – y el número de empleados fijos – de idéntica condición – que se hubieran incorporado durante 2014 a la entidad objeto de análisis.

Por consiguiente, como acertadamente se ha afirmado⁹⁶, no se toma en consideración el número de plazas vacantes de la plantilla, ya sea porque nunca hayan sido cubiertas, ya sea porque son de nueva creación o ya sea porque quedaron vacantes antes del 1 de enero de 2014. Nada de ello parece permitir la norma. El límite temporal que se toma en consideración es año anterior al de la correspondiente Oferta de Empleo Pública y se ha de computar al personal fijo o permanente que dejó de prestar servicios en el 2014 y el diferencial lo es en relación a los incorporados como fijos también en ese periodo.

⁹⁴ A modo de cláusula de estilo se incluía la siguiente regulación en la exposición de motivos y en el articulado de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los años 2012, 2013: “Con el firme objetivo de profundizar en el proceso de consolidación fiscal, y siguiendo el criterio establecido en años anteriores, se prevé que en el año 2015 las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público definido en el artículo 22, apartado Uno, de la Ley de Presupuestos no podrán proceder a la contratación de nuevo personal, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en los cuales podrán llevar a cabo contrataciones temporales”.

⁹⁵ Siguiendo a la doctrina que ha estudiado profusamente esta cuestión, cfr. Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015, pp. 45-58.

⁹⁶ *Ibidem*.

3ª. A partir de esa diferencia, se aplica el correspondiente porcentaje en función del grado de prioridad que haya establecido el legislador en la correspondiente Ley de Presupuestos, según el sector de actividad o servicio público de que se trate.

5.2. El método de determinación de la tasa de reposición

Ello se deriva de una interpretación literal del precepto, que por lo demás no ofrece excesivas dudas. La Tasa de Reposición de Efectivos no se calcula sobre el total de la plantilla – saldo negativo y saldo positivo – sino exclusivamente sobre otros términos numéricos.

Esto como ya se ha afirmado perjudica especialmente a aquellas administraciones públicas que prestan una amplia gama de servicios públicos y las bajas dispersas que se producen en dicha Administración no crean la oportunidad de la aplicación de la tasa de reposición. El artículo 21.uno.3 de la LPG-2015 señalaba con toda claridad que el diferencial entre los que dejaron de prestar servicios y los que se hubieran incorporado, no se calcula sobre toda la entidad local, sino que la diferencia resultante lo es, en cuanto al 2014, entre unos y otros referentes a «cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías», previstos en el listado antes comentado. Esto es, en el ámbito de la policía local, asesoramiento jurídico, prevención de incendios, etc. Esta metodología se distancia de la idea intuitiva que se dispone de una tasa de reposición de empleados.

Es más, *prima facie*, el cálculo tampoco debe hacerse en global, de seguir el tenor literal del precepto, sino por cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías. Ello dificulta, especialmente en las administraciones que disponen de una dimensión de trabajadores reducida, que reúnan los porcentajes mínimos de trabajadores, en cada uno de esos sectores o categorías, que dan pie a la aplicación del porcentaje previsto de la tasa de reposición⁹⁷.

5.3. La Tasa de Reposición de Efectivos en la LGPE de 2017

En relación con la tasa de reposición de 2017, aprobada en el art. 19 de la

⁹⁷ Siguiendo a la doctrina que ha estudiado profusamente esta cuestión, cfr. Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015, pp. 45-58.

Ley 3/2017, de 27 de junio, ésta contiene numerosas novedades que es preciso resaltar.

En primer lugar, la tasa de reposición está fuertemente condicionada por las disponibilidades presupuestarias, esto es, la aplicación de las reglas sobre sustitución de empleados públicos se condiciona al hecho de que estén consignados suficientes créditos presupuestarios para hacer frente a la aplicación de la tasa de reposición porque las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I son las que permiten autorizar el procedimiento de autorización para la convocatoria de las plazas previstas, según la dinámica de la tasa de reposición expuesta anteriormente.

Ahora bien, la principal novedad de la tasa de reposición de 2017 es el porcentaje de la misma. Por primera vez, esta tasa de reposición se eleva a un porcentaje equivalente al 100 por ciento. Eso sí, esta tasa de reposición se limita a una veintena de sectores, ámbitos, cuerpos o categorías de empleados públicos, en concreto, las que contienen los subepígrafes descritos desde la letra A hasta la letra S del apartado 2 del art. 19 LGPE 2017. Se trata de sectores muy variados, asistemáticos y que, como se puede comprobar, tratan de satisfacer alguna de las vacantes que se producen en los entes que garantizan la prestación de los principales servicios públicos de la Administración estatal y de la Administración autonómica.

En cuanto a la descripción de estos sectores en la que se prevé una tasa de reposición del 100 por ciento son, entre otros, sanidad, educación, administración de justicia, servicios sociales, control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y contra la Seguridad Social, prevención y extinción de incendios, políticas activas de empleo, atención a la ciudadanía en los servicios públicos, prestación directa del servicio de transporte público y seguridad y emergencias.

En cuanto al resto de los ámbitos de la Administración Pública, esto es, aquéllos que no aparecen citados en el apartado 2, también se les reconoce un porcentaje de tasa de reposición, aunque más reducido. En efecto, en estos sectores de la Administración, según el art. 19.3 LGPE 2017, la tasa de reposición se fijará hasta un máximo del 50 por ciento. Desde luego, el tenor literal da a entender que podrá existir una variada gama de porcentajes que, en ningún caso, podrá superar el 50 por ciento. Por ello, será necesario, que las distintas normativas de desarrollo vayan concretando cuál es el porcentaje efectivo de reposición⁹⁸.

⁹⁸ Para estos sectores no prioritarios todavía no se conocen los porcentajes efectivos. En relación con los sectores prioritarios, se ha publicado, aquéllas que van concretando la dimensión de la oferta de empleo público, cfr., R.D. Ley 13/2017, de 7 de julio por el que se aprueba una oferta pública extraordinaria y adicional para el refuerzo de la lucha

Por fin, en relación con la tasa de reposición de sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, que gestionen servicios públicos considerados esenciales o realicen actividades enumeradas en algunas de las letras del art. 19.1.2 LGPE 2017, “*tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto*” (D.A. 15.4 LGPE 2017), siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad.

6. Las restricciones al uso del empleo temporal

6.1. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público procedentes de las empresas contratistas

Con ocasión del debate abierto sobre la conveniencia, o no, de la reversión de ciertos servicios públicos al ámbito de la gestión público, éste se ha centrado en el entorno de las Corporaciones Locales⁹⁹. En efecto, la hipótesis de “remunicipalizar” algunos servicios públicos que, en la actualidad, se vienen prestando por empresas contratistas, de conformidad con la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, la LGPE 2017 establece un precepto de naturaleza imperativa que prohíbe la incorporación de ese personal a la estructura orgánica del personal de la correspondiente administración Pública, incluso cuando el servicio sea asumido de forma permanente o temporal por la Administración Pública¹⁰⁰.

contra el fraude fiscal, en la Seguridad Social, en el ámbito laboral y del control del gasto, para la mejora en la prestación de determinados servicios a los ciudadanos, y por el que se crean especialidades en Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado y sus organismos públicos (BOE 8 de julio de 2017).

⁹⁹ A título de ejemplo se puede consultar página electrónica en relación con el Ayuntamiento de Madrid <http://municipalizarmad.blogspot.com.es/2017/> (visitado agosto 2017) aunque se encuentra instalado en jornadas y congresos del ámbito académico.

¹⁰⁰ Sin duda, viene a reforzar la reiterada doctrina seguida por la jurisprudencia durante las últimas, cfr., por todas, TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1046/2016 de 9 diciembre. RJ 2017\206 y STS de 12 de julio de 2016 (RJ 2016, 3391) (RCUD 349/2015). En la primera de las sentencias citadas, esto es, de fecha 9 de diciembre de 2016, se reconoce que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encontramos supuestos que se resuelven en sentido contrario, pero se trata de asuntos en los que la situación de hecho era radicalmente diferente, alejado de supuestos en los que se tratara de empresas que basasen su actividad esencialmente en la mano de obra. Así podríamos referirnos a la reciente sentencia TJUE C-509/14, Adif, de 26 de noviembre (TJCE 2015, 283), en la que se concluye que “*el, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de*

En cualquier caso, a fin de evitar la incorporación del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas o en entidades de derecho público, en su condición de personal de las empresas contratistas de concesiones de obras o servicios públicos, la Disposición Adicional 26ª.uno de la LGPE 2017, incluso cuando los contratos del sector público se extingan, se intervenga o se secuestre la contrata por parte de la correspondiente Administración Pública, el personal que allí presta servicios no pondrá considerarse como empleados públicos, ni podrá incorporarse en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público¹⁰¹.

Por otro lado, junto al personal de las contratas de servicios públicos, el apartado Uno b) de la D.A. 26ª LGPE se refiere al personal que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Sin duda, se trata de esas estructuras “satélite” que acompañan a las Administraciones Públicas y que personifican al fenómeno de la llamada “huida del Derecho Administrativo”¹⁰². Pues bien, al personal referido en estas figuras societarias de naturaleza pública, en ningún caso, se les considerará personal al servicio de las Administraciones Públicas y, por tanto, desde una óptica laboral deberán tener una normativa convencional específica para la determinación del conjunto de derechos y deberes de ese personal.

En cuanto al expediente jurídico que habilita su incorporación a la Administración, aunque sin consideración de empleados públicos, la

2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”.

¹⁰¹ Esta ha sido una cuestión debatida, aduciendo por aquellos que defiende la reversión del personal de las contratas a la Administración actuante que el coste de la gestión directa por parte de la Administración podría ser menor que el coste que percibe la correspondiente empresa. Sobre las cuestiones laborales que ello plantea, cfr. Alfonso Mellado, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista*, n. 69, 2017, pp. 29-35.

¹⁰² Sobre un tratamiento de esta cuestión en la doctrina administrativa, cfr. Barrio Andrés, M., “La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, 2011 Editorial La Ley, n. 7664.

disposición adicional 26ª de LGPE establece que le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral, esto es, en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰³.

En relación con la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, suscita serias dudas cuál sería las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación allí establecida. Siguiendo lo señalado por la doctrina que ha estudiado detenidamente esta cuestión, “*aunque estrictamente, como se ha dicho, los empleados integrados no serían en algunos casos formalmente empleados públicos, materialmente, sí lo serían (...)*”¹⁰⁴. En cualquier caso, la D.A. 26.1 de la LGPE 2017 pretende, a pesar de que necesariamente se haya de aplicar el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET, que este personal mantenga una vinculación formal con la empresa del sector público y no se integre como personal propio de la Administración.

Por último, la normativa tampoco desea que las irregularidades derivadas de la utilización de la normativa sobre contratación temporal pueda producir un incremento de las plantillas reconocidas por la correspondiente Administración Pública a los efectos de la evolución de la tasa de reposición. En efecto, si los efectos jurídicos derivados de la constatación en sentencia de una irregularidad en las normas sobre contratación temporal por parte de la entidad societaria, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

¹⁰³ En efecto, se justifica esa sucesión en atención a lo dispuesto en el art. 44 ET, que ya venía siendo de aplicación por la doctrina del Tribunal Supremo. Cfr., por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 11 junio 2012. RJ 2012\8334. En efecto, la reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 del ET y la responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

¹⁰⁴ Cfr. Alfonso Mellado, C.L., “La reversión...” *op. cit.*, p. 35.

6.2. La contratación de personal por las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y Fundaciones del Sector Público

De conformidad con la D.A. 15ª y 16ª LGPE 2017, las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y las fundaciones del sector público, a que se refiere el artículo 18 apartado Uno de esta Ley, esto es, aquellas sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquellas en que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento, podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos a continuación.

Por un lado, la contratación de personal no se verá afectado por las citadas limitaciones, si el nuevo personal ya disponía de un vínculo contractual o administrativo, esto es, si anteriormente ya disponía de la condición de personal en ese tipo de entes públicos.

Además, la Administración desea establecer cauces de trasvase de personal entre la Administración Pública matriz y sus entes “satélite”. En efecto, parece que la Administración desea que estas entidades empresariales o fundaciones públicas puedan constituirse en una plataforma para la reorganización de los empleados públicos, permitiendo por los instrumentos correspondientes el traslado a estos entes instrumentales de la Administración Pública. Con ello, se evita la contratación de personal específico para las entidades y fundaciones. Por ello, ya sean necesidades de nuevo personal permanente o estructural se podrá resolver con “pasarelas” desde la propia Administración pública matriz hacia el ente público.

A fin de garantizar los derechos de estos empleados públicos transferidos a estas sociedades o fundaciones, los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedencia (apartado 2).

Junto a la apertura de opciones legales para facilitar la transferencia de plantilla, se adopta una fuerte restricción de la contratación de personal temporal. En efecto, las posibilidades de la contratación temporal se circunscriben a *“casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, o cuando se lleven a cabo en los términos del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Ley*

3/2011 de 14 de noviembre¹⁰⁵” (apartado 3º).

En relación con el primero de los supuestos anunciados, aunque está plagado la redacción de conceptos jurídicos indeterminados, se podría interpretar que hace referencia a supuestos de incrementos extraordinarios, de carácter coyuntural, de la actividad de la sociedad pública o fundación que requieren un refuerzo de sus medios personales.

En cuanto al segundo de los supuestos, esto es, el regulado en el art. 24.6 LCSP, en este apartado se regulan las encomiendas de gestión cuando, la sociedad mercantil o la correspondiente fundación pública, se considera un medio propio de la Administración encomendante. En estos casos, la encomienda de gestión de la Administración hacia sus entes instrumentales o medios propios constituye un supuesto que puede requerir la incorporación excepcional de medios personales para cumplir el objeto de los encargos efectuados en la encomienda de gestión. Es más, en la encomienda se puede hacer una evaluación de las características profesionales, la duración y la dimensión de personal necesario a fin de ejecutar la encomienda. Pues bien, estos son los supuestos que habilitan, de modo excepcional, a la sociedad o fundación a la incorporación de personal temporal.

Como se puede comprobar, los supuestos contemplados para celebrar contratos temporales, esto es, contratación temporal, por necesidades urgentes e inaplazables, y la contratación temporal para cumplir los objetivos establecidos en la correspondiente encomienda de gestión pretenden evitar la ausencia de irregularidades de las normas sobre contratación temporal mediante las sucesivas revisiones y comprobaciones por parte de las distintas autoridades del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que, en definitiva, son las que autorizan las contrataciones. Todo ello, a fin de evitar irregularidades en la regulación de la contratación temporal que desencadene empleados, reconocidos en sentencia, como indefinidos pero no fijos y las duplicidades de plantilla¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Es preciso resaltar la “errata” del texto de la Ley de Presupuestos del Estado de 2017 en la denominación de norma jurídica que aprobó la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la LCSP no se aprobó por un Real Decreto Ley sino por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE de 16 de noviembre de 2011). Errata que persiste y no ha sido corregida en la corrección de errores de la Ley 3/2017, de 27 de junio publicada en el B.O.E. de 12 de julio de 2017.

¹⁰⁶ En efecto, según la D.A. 15ª Dos, “*en el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno. En el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a*

Por razón de la participación accionarial de los entes públicos y, en función del éxito de en la cuenta de resultados, esto es, de la existencia de beneficios económicos, se flexibilizan las exigencias de la contratación, remitiendo a las reglas sobre la tasa de reposición establecida en el art. 19 LGPE 2017.

En efecto, en relación con las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales cuyo capital social, en manos de la Administraciones Públicas, sea inferior al 50 por ciento del capital social y, además, hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de la LGPE 2017.

En cambio, para las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales, que no hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios económicos, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60 por ciento de su tasa de reposición.

Además, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley.

6.3. ¿El principio del fin de los trabajadores indefinidos pero no fijos? La exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización irregular de la contratación laboral

Como se recordará, la aparición de esta nueva figura, a medio camino entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido, constituye el resultado de una doctrina jurisprudencial de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 30 septiembre de 1996 y de 7 octubre 1996. En ella, se diferenciaba al trabajador que había accedido a un puesto de trabajo previa la superación del proceso de selección correspondiente y, por tanto, con pleno respeto y observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de legalidad administrativa. Por otro lado, el trabajador indefinido había accedido “*como consecuencia de la comisión por la Administración de una irregularidad de carácter sustancial en la contratación*

través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública, así como del accionista mayoritario”.

temporal” que había sido declarada por los juzgados y tribunales¹⁰⁷.

En cuanto a su naturaleza jurídica, también fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que se ocupó de aclarar las dudas que rodeaban a esta “extraña” figura. En efecto, cuando este órgano jurisprudencial se plantea la cuestión acerca de determinar la base jurídica apropiada para proceder a la extinción del vínculo contractual con la correspondiente Administración Pública de estos empleados públicos “*indefinidos pero no fijos*”, en la STS de 27 mayo 2002 (RCUD 2591/2001) -EDJ 2002/32114) se afirma que “(...) *siendo su plaza cubierta, en proceso selectivo convocado por la Administración empleadora y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados*” se falla que “*la situación de los trabajadores temporalmente indefinidos es equiparable a lo de los interinos por vacante en cuanto al momento de la extinción pero nada más*”¹⁰⁸.

Con posterioridad, en el contexto de una severa crisis económica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo padece una evolución admitiendo que la extinción de estos contratos “indefinidos, pero no fijos” no exige una cobertura reglamentaria de la plaza sino que, también, se puede producir la extinción por la amortización individual de la plaza. De esta forma de interpretar el contexto socio económico comentado, da buena cuenta la STS de 27 de febrero de 2013 (RCUD 736/2012) “*cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan a la Administración, el contrato puede extinguirse por las causas generalmente previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pero también se produce ese efecto por la causa específica de la amortización de la plaza servida*”. Especialmente, cuando se regulan *ex novo* causas específicas de extinción de los contratos, por circunstancias objetivas, en el ámbito de las Administraciones Públicas en el art. 52.e) del Estatuto de los Trabajadores.

Por razones de diversa naturaleza, entre las que merecería destacar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la contratación temporal, la jurisprudencia ha variado el tratamiento de este personal indefinido pero no fijo reconociendo que, en el supuesto de

¹⁰⁷ Sobre un reciente y completo análisis de la evolución y situación de la figura del personal indefinido no fijo, cfr. Lluch Corell, F., “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”, *Revista de jurisprudencia*, n. 1, 2013. El Derecho Lefebvre, en página electrónica http://www.elderecho.com/laboral/Trabajadores_indefinidos_de_la_Administracion_Publica-reforma_laboral_11_627430003.html (Visitada agosto 2017) y Ballester Laguna, F., “¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015, p. 23.

¹⁰⁸ Cfr. STS de 27 mayo 2002 (RCUD 2591/2001).

extinción del contrato por voluntad del empleador se ha de compensar esta extinción con la indemnización prevista en el art. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, con al menos veinte días de salario por año.

En efecto, la mera cita en el Estatuto Básico del Empleado Público que se ha limitado a citar sin desarrollo alguno ha obligado “*a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza*”. Así pues, ha extendido la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del Estatuto de los Trabajadores en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas se haya efectuado, o no, una cobertura reglamentaria de la plaza¹⁰⁹.

La equiparación, añade la sentencia, no se hace porque la situación sea igual a los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato¹¹⁰.

A continuación del estado de evolución descrito en los párrafos anteriores, acerca del origen y el régimen jurídico de la extinción de los contratos del personal indefinido pero no fijo al servicio de las Administraciones públicas, puede entenderse mejor que el legislador haya aprobado en la D.A. 34ª de la LGPE 2017 una serie de medidas que intentan atajar el crecimiento de esta atípica figura que se nutre de actuaciones irregulares de la propia Administración en cuanto al cumplimiento de la normativa reguladora de la contratación temporal en régimen laboral.

Por ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley Presupuestos de 2017, se incorpora una novedosa regulación para resaltar las obligaciones que tienen las administraciones públicas y el conjunto del sector público de cumplir la normativa que regula la contratación temporal del personal laboral “*(...) siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto*

¹⁰⁹ Cfr. Sentencia del Pleno de la Sala 4ª del TS de 28 de marzo de 2017 (Roj: STS 1414/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1414).

¹¹⁰ Se trata de una doctrina ya pacífica y admitida, en general, por la doctrina de juzgados y tribunales que corresponde el abono de esta indemnización cuando la causa alegada es por razones organizativas, incluyendo en estos casos la amortización de la plaza. Cfr. página electrónica, <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-tribunal-supremo-fija-en-20-dias-por-ano-la-indemnizacion-a-los-indefinidos-no-fijos-del-sector-publico-cesados-por-cobertura-de-su-plaza> (Visitada agosto 2017).

de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades” D.A. 34 uno LGPE 2017. En realidad, este pasaje de la LGPE 2017 constituye un superfluo recordatorio del sometimiento de las Administraciones Públicas y del sector público a la normativa laboral cuando estas Administraciones actúan como empleador del personal laboral.

Una vez determinado el marco normativo, se focaliza la responsabilidad del cumplimiento de la normativa mencionada en el apartado Uno, a “*los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental*” a fin de evitar, especialmente, que se reiteren aquellas irregularidades conocidas sobradamente por estos órganos administrativos de organización que, tras las resoluciones de juzgados y tribunales, desencadenan la declaración consistente en que un empleado público adquiera la condición de “*indefinido no fijo*” (apartado Dos de la D.A. 34 LGPE 2017).

Además de la fijación del centro de imputación a estos órganos administrativos, el apartado Dos de la D.A. 34 LGPE2017, se establece una imposibilidad legal que, en mi opinión, supone la declaración legal de nulidad absoluta de aquellos actos administrativos que reconozcan la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva “de oficio”, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Es una práctica administrativa que pretende evitar la aparición de “indefinidos no fijos” tras la instrucción de un expediente administrativo en el que la propia Administración o empresa del sector público, tras la aparición de un relato fáctico que contenga irregularidades de la normativa sobre contratación temporal, ni siquiera espere la decisión de un juzgado o tribunal sino, que ese mismo ente público, se avenga a considerar al empleado público un indefinido no fijo. Pues bien, desde la LGPE 2017 desea que tal acto administrativo carezca de eficacia jurídica alguna.

Por último, además de la ausencia de efectos jurídicos, tal modo de proceder dará lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas (Apartado Tres D.A. 34 LGPE 2017).

7. Bibliografía

- Alfonso Mellado, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista*, n. 69, 2017.
- Ballester Laguna, F., “¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015.
- Barrio Andrés, M., “La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, 2011.
- Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras la entrada en vigor del Estatuto Básico de los Empleados Públicos”, *Revista CEMCI*.
- Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015.
- Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Granada, (tesis doctoral), 2013.
- Gala Durán, C., “Función pública. Despidos en el sector público. Novedades de la reforma laboral”, *La Administración Práctica*, n. 6, 2012.
- Lluch Corell, F., “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”, *Revista de jurisprudencia*, n. 1, 2013.
- Navarro Nieto, F., “Los Planes de Estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Temas Laborales*, n. 103, 2010.
- Peña Molina, M., “La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 40, 2015.
- Purcalla Bonilla, M.A., “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 162, 2014.
- Quintanilla Navarro, R.Y., “La consolidación del empleo público y el principio de igualdad”, *Revista de Doctrina Aranzadi Social*.

Sánchez Morón, M., “Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público”, *Revista catalana de dret públic*.

Web sites

<http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/informacionEconomica/SiteAssets/Paginas/personalsectorpublicoestat/20170530%20Libro%20SPE%202016%20.pdf>

<http://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf>

<http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/2/o214794.pdf>

<http://municipalizarmad.blogspot.com.es/2017/>

http://www.elderecho.com/laboral/Trabajadores_indefinidos_de_la_Administracion_Publica-reforma_laboral_11_627430003.html

<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-tribunal-supremo-fija-en-20-dias-por-ano-la-indemnizacion-a-los-indefinidos-no-fijos-del-sector-publico-cesados-por-cobertura-de-su-plaza>

La implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI*

RESUMEN: La Ley 18/2014, de 15 de octubre, instauró en España un Sistema Nacional de Garantía Juvenil. El antecedente supranacional más inmediato de esta regulación la encontramos en la Recomendación del Consejo Europeo de 22 de abril de 2013 para el establecimiento de una Garantía Juvenil, que reservó importantes recursos monetarios de la UE para los Estados miembro que implantaran un sistema para atender a los jóvenes desempleados que tampoco estén recibiendo formación. A lo largo de las siguientes páginas ahondaré sobre el régimen jurídico de esta Garantía Juvenil en España y su impacto tras los primeros años de aplicación.

Palabras clave: Garantía Juvenil, desempleo, crisis económica, jóvenes, formación, bonificaciones, fichero, oferta de empleo.

SUMARIO: 1. Punto de partida: la calamitosa situación de paro juvenil y la Recomendación del Consejo Europeo. 2. Marco normativo: la Ley 18/2014, de 15 de octubre de 2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. 3. Ámbito subjetivo: menores de 25 años no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación. 4. Requisitos que deben de cumplir los jóvenes para acceder al SNGJ. 5. Participación en el SNGJ: procedimiento de inscripción. 6. Adecuación de otra serie de contratos de inserción laboral a la nueva realidad del SNGJ. 7. Valoración crítica. 8. Bibliografía.

* Profesor Adjunto en Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) - Doctor en Derecho. Universitat de València.

The implementation of Youth Guarantee in Spain

ABSTRACT: Law 18/2014 of 15 October, established a national Youth Guarantee in Spain. The most immediate supranational antecedent of this regulation can be found on the recommendation of the European Council of 22 April 2013, for the establishment of a Youth Guarantee. It reserved important monetary resources of States UE members that implanted a system to cater for de young unemployed who are not receiving training. Througouht the following pages I will elaborate on the legal regime of this Youth Guarantee in Spain and its impact after the first years of implementation.

Key Words: Youth Guarantee, unemployment, economic crisis, youngers, training, rebates, file, job offer.

1. Punto de partida: la calamitosa situación de paro juvenil y la Recomendación del Consejo Europeo

Los datos relativos al desempleo juvenil constituyen uno de los indicadores más desesperanzadores de la situación económica de los países de la Unión Europea, especialmente, de España. Según datos de la EPA¹¹¹, en el primer trimestre de 2016 la tasa de desempleo se situó en el 21%, representando los menores de 25 años el 46,5% de esta cifra. En 2012 la tasa de desempleo de los menores de 25 años fue del 53,1% y alcanzó su valor más elevado en el segundo trimestre de 2013, con la tasa de desempleo juvenil más alta de la UE – después de Grecia –, con un 56%. Ya en 2014 la tasa de desempleo juvenil de los menores de 25 años fue algo menor y representó el 51,6% de los parados. Como podrá apreciarse con facilidad, hasta el año 2015 más de la mitad de las personas desempleadas de toda España estaba integrada por jóvenes de edades comprendidas entre los 16 y los 25 años de edad. Con todo, cabe mencionar que desde el año 2015 esta situación ha mejorado sensiblemente, si bien, los jóvenes continúan personificando las tasas de desempleo más elevadas entre la población española y siguen acercándose, peligrosamente, a la medianía de todos los desocupados, aunque sin llegar a sobrepasar este umbral – como así sucedía unos años atrás –. Otro de los datos más relevantes y que demuestra la eminente situación de paro juvenil padecida vendría representado por la comparativa con los países de nuestro entorno, donde a lo largo de estos últimos años España ha venido doblando la media de jóvenes sin trabajo de la UE.

La gravedad de estos números, en lo que a desempleo juvenil se refiere, conjetura que estamos ante un problema económico de naturaleza endémica y carácter estructural. Esta situación conlleva graves consecuencias actuales que, además, se arrastrarán de cara al futuro, no sólo en lo que se refiere a los jóvenes, sino también hacia la sociedad en general. Así, las elevadas tasas de desempleo juvenil y abandono escolar prematuro no sólo conducen a una pérdida de oportunidades para los jóvenes, sino también suponen un desperdicio de potencial social y económico para la UE en su conjunto¹¹². Por lo demás, la reciente crisis económica no ha hecho más que potenciar el recrudecimiento de este

¹¹¹ Encuesta de Población Activa, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

¹¹² En este sentido, Nieto Rojas, P., “La formación como elemento diferencial en la inserción laboral de los jóvenes poco cualificados. Un enfoque comparado”, en *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Centro Reina Sofía, 2016, p. 146.

problema. En los momentos centrales de la recesión económica nos encontrábamos ante una coyuntura económica y social insostenible a nivel europeo, que amenazaba seriamente con retrasar la recuperación económica y la puesta en peligro el modelo de bienestar social¹¹³. Por ello, se dejaba pasar por alto esta circunstancia, sin intentar revertirla, se corría el riesgo de agravar la desconexión entre el ámbito educativo y el laboral, contribuyendo a formar una espiral de exclusión social¹¹⁴. Una de las consecuencias de este desfavorable escenario sería la de una juventud hipotecada, con graves consecuencias para las tendencias demográficas de la Unión Europea¹¹⁵. No cabe desconocer tampoco que la trayectoria del empleo juvenil es muy sensible al ciclo económico. En general, los jóvenes son los primeros en perder sus empleos en tiempos de contracción económica y los últimos en obtener un trabajo cuando la economía repunta¹¹⁶. Esta vulnerabilidad se debe a que, por un lado, este colectivo fue de los primeros en acusar el impacto inicial de la crisis, debido a la alta tasa de temporalidad de la población joven, pero, además, de otro lado, a nuestro modelo de cálculo de la indemnización, basado en el salario y la antigüedad como parámetros de medición, por lo que, cuando el ajuste de las empresas se extendió a la relaciones indefinidas el sistema vino a fomentar la salida de los últimos en ser contratados (normalmente jóvenes)¹¹⁷. Por ello, parecía prudente emprender una serie de reformas y cambios de planteamiento de carácter estructural y en profundidad que llevaran a mejorar esta situación y amortiguar, en la medida de lo posible, las consecuencias desfavorables que los ciclos económicos ocasionan a este colectivo.

Ante semejante escenario, los poderes públicos se vieron impulsados a actuar y, de algún modo, intentar corregir la gravedad de las cifras de paro

¹¹³ Así, Escudero Vasconez, V. y López Moruelo, E., “El Sistema de Garantía Juvenil en Europa: características, desarrollo y desafíos”, *Información Comercial Española (ICE)*, n. 881, 2014, p. 83.

¹¹⁴ Fernández Orrico, F., “El Sistema Nacional de Garantía Juvenil: nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 377-378, 2014, p. 148.

¹¹⁵ González Díaz, F.A., “La garantía juvenil ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 181, 2015, p. 10 (BIB 2015/167290).

¹¹⁶ Así lo ha señalado la OIT en el Documento: *El empleo juvenil en Europa Oriental: una crisis dentro de la crisis*, Documento de antecedentes para la reunión informal de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales que se celebró durante la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 15 de junio de 2011, p. 1.

¹¹⁷ Cavas Martínez, F., “Incentivos laborales para combatir el desempleo juvenil: una reordenación obligada”, *La protección por desempleo en España (AESSS)*, Ed. Laborum, 2015, p. 550.

juvenil. Así, unos años atrás, el Gobierno emprendió una Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven para el arco temporal 2013-2016¹¹⁸ con el firme propósito de promover diversas medidas para reducir el desempleo dentro de este colectivo. Esta Estrategia presenta un horizonte global e incorpora medidas de diversa índole, las cuales incluyen a todo tipo de personas, simplemente limitadas por el requisito de la edad (en esencia, jóvenes que, por lo general, vienen representados por los menores de 30 años. Edad que se ha considerado oportuno incrementar para la adopción de algunas medidas concretas con el fin de albergar a personas con discapacidad o bien para favorecer en determinados casos la inserción laboral de las mujeres)

Dentro de esta Estrategia podemos catalogar, como una parcela concreta, las medidas necesarias para implantar en España un sistema de Garantía Juvenil, cuyo impulso viene promovido desde la UE (que en los últimos años ha tomado verdadera consciencia sobre el problema del desempleo juvenil). Entre ellas destaca la propuesta realizada por parte de la UE a los Estados miembros, a través de la Recomendación del Consejo Europeo de 22 de abril de 2013, para el establecimiento de una Garantía Juvenil¹¹⁹. Se trata de una iniciativa de la que podían resultar beneficiarias las Regiones europeas con tasas de desempleo juvenil superiores al 25% y que presentaran en Europa un Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil antes de finalizar el año 2013. En estos supuestos, los Estados podrían participar de los Fondos que la UE reservó para los integrantes de este proyecto. Estamos, por ende, ante una manifestación de *soft law* que no resulta imperativa para los países integrantes de la UE y que, por lo demás, deja mucho espacio para su concreción voluntaria y flexible¹²⁰. Como respuesta a dicho mandato, nuestro Estado envió en diciembre del año 2013 un Plan de Implantación de la Garantía Juvenil en España. Para la puesta a disposición de dicho Plan, dentro del marco financiero 2014-2020 de los Fondos Estructurales y de Inversión de la UE, España recibió 1.887 millones de euros para la cofinanciación de gastos realizados en atención directa a jóvenes no ocupados y que, además, no cursen estudios ni reciban formación, a través de la Iniciativa de Empleo Juvenil y del Fondo Social Europeo. La Iniciativa sobre Empleo Juvenil es un instrumento financiero específico dentro de las políticas de la UE nacido

¹¹⁸ Esta Estrategia comprende 100 medidas, de las cuales, 15 tienen efectos a corto plazo.

¹¹⁹ Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (2013/C120/01).

¹²⁰ Escudero Rodríguez, R., "El Sistema Nacional de Garantía Juvenil: entre un amplio número de medidas y unos resultados aún insuficientes", *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Centro Reina Sofía, 2016, p. 50.

para respaldar la aplicación de la Garantía Juvenil en los diferentes Estados miembros¹²¹. Dicha Iniciativa, creada en febrero de 2013, se dotó de 6.000 millones de euros para el periodo 2014-2020 y con ello poder apoyar el paquete de medidas sobre Empleo Juvenil, entre ellas, lógicamente, el de la Garantía Juvenil¹²². Por su parte, el Fondo Social Europeo destinará aproximadamente 86.000 millones de euros para la implantación de la Garantía Juvenil en los Estados miembros¹²³. A través de estas partidas de financiación se pretende ayudar a las poblaciones que presentan las tasas más problemáticas de empleo joven, y contribuir de esta forma a la reducción de las diferencias persistentes entre los Estados de la UE¹²⁴.

La disparidad entre Estados en lo que se refiere a cifras de desempleo juvenil es bastante acusada y ha llegado a existir una diferencia de 44 puntos porcentuales entre el país que menores tasas de paro juvenil presentaba – Alemania – y el que evidenciaba las mayores tasas – que en ese momento llegó a ser España –. Por lo tanto, con estos fondos europeos se busca reducir la brecha existente entre el conjunto de países de la UE y mejorar con ello la situación de los que peores resultados cosechan en este terreno. Más allá del componente financiero, la Garantía Juvenil no nace con el propósito de convertirse en una simple política activa de empleo, sino que pretende ser algo más, intentado que los Estados lleven a cabo reformas de carácter estructural, ya que, para su correcta implementación resulta necesario acometer cambios, entre otros: en los sistemas de formación profesional, en el sistema educativo, así como en los servicios públicos de empleo. No estaríamos, por tanto, ante una simple medida de política de empleo, puesto que este nuevo Sistema estaría configurado en clave de Garantía, es decir, que buscaría asegurar el compromiso por parte de cada Estado de proporcionar una alternativa laboral y formativa a los jóvenes con la imposición de un plazo, fijado en 4 meses, para que cada persona pueda recibir una oportunidad educativa u ocupacional desde que se queda sin empleo o finaliza sus estudios¹²⁵. Con todo, algún autor ha señalado que el elevadísimo número de jóvenes desempleados dificultaría la implantación de una garantía basada en

¹²¹ Valero, J., “La garantía juvenil despegada con un futuro incierto”, *Escritura Pública*, n. 90, 2014, p. 45.

¹²² Llorente Pérez, A., “La garantía juvenil europea como alternativa al desempleo y la exclusión social de los jóvenes”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 3, 2015, p. 2 (BIB 2015/1017).

¹²³ Cifra extraída del estudio de Llorente Pérez, A., *op. cit.*, p. 5 (BIB 2015/1017).

¹²⁴ González Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 13 (BIB 2015/167290).

¹²⁵ *Íbid.* Escudero Vasconez, V. y López Moruelo, E., *op. cit.*, p. 84.

acciones individualizadas, debiéndose atacar la cuestión desde el sistema educativo (al estilo de la formación dual alemana)¹²⁶. Ahora bien, el coste de la inactividad institucional sería todavía mayor que el derivado de la aplicación de los Sistemas de Garantía Juvenil, que tendrían que ser vistos, más bien, como una inversión¹²⁷ y como tal, podría salir bien o salir mal.

2. Marco normativo: la Ley 18/2014, de 15 de octubre de 2014, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia

Una vez que el Gobierno de España presentó a la Unión Europea el citado Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil, pasó a normalizar este Sistema, para lo cual, se sirvió del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Dicho texto legal alberga, en su contenido, reformas de muy diversa índole, pero que, en lo que aquí interesa, se tendría que destacar el régimen jurídico de implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (en adelante SNGJ), ubicado sistemáticamente en el Título IV. No en vano, este texto cristalizó unos meses más tarde en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, con el mismo nombre¹²⁸. Este texto fue alterado – en parte – por mor del Real Decreto-Ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. A través del mismo se adoptaron una serie de medidas tendentes a mejorar la inscripción en el SNGJ, con mejoras en el fichero, la simplificación de los requisitos de acceso, la participación de los agentes sociales y cierto automatismo del sistema.

La regulación del SNGJ supuso la creación *ex novo* de una ordenación jurídica cuyo propósito consiste en que los jóvenes que no estén ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación puedan recibir una oferta de empleo, educación continuada o beneficiarse de un periodo de prácticas. En consecuencia, el SNGJ supone un conjunto ordenado de medidas destinadas a paliar la situación sufrida por un colectivo de jóvenes concretos y determinados, precisamente, la de aquéllos que se han revelado como más vulnerables, bien sea por su inacabada educación reglada, por insuficiente formación o por su escasa experiencia laboral. Se trata, tal y como ha sido indicado desde la doctrina, de un plan ambicioso

¹²⁶ Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación de los jóvenes en el mercado de trabajo y la iniciativa de Garantía Juvenil”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2014, p. 312.

¹²⁷ González Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 12 (BIB 2015/167290).

¹²⁸ BOE núm. 252, de 17 de octubre del 2014 (BOE-A-2014-10517).

que implica a muchos actores e instancias y que afecta tanto a la atención social y educativa como a la integración en el empleo¹²⁹.

El SNGJ extiende su ordenación a lo largo en el Título IV, Capítulo I, de la citada Ley 18/2014 (a partir del artículo 87). A través de esta sistemática se crea un fichero de naturaleza administrativa a través del cual las personas potencialmente beneficiarias de este SNGJ deben solicitar su inscripción. Junto con ello, también se recogen algunas medidas de fomento de la empleabilidad. Para lograr este objetivo, también se prevén nuevas bonificaciones o incentivos asociados a la contratación de trabajadores por esta vía. Se modificaron, asimismo, algunas de las modalidades contractuales de fomento del empleo juvenil, incorporando en las mismas, con ciertas particularidades, a las personas provenientes del SNGJ.

En este orden de cosas, el objetivo o fin que se persigue con la implantación de este SNGJ consiste en posibilitar que los jóvenes que tengan una edad comprendida entre los 16 y 25 años, que se encuentren desempleados y que no estén integrados en un sistema educativo o formativo, puedan recibir una oferta de empleo, educación continuada o participar de unas prácticas. Este propósito aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014, en su apartado VIII, y se encuentra normalizado en el artículo 90 de este texto, cuando se refiere de forma expresa a los objetivos del SNGJ.

De una forma un tanto más precisa, merece la pena destacar que para lograr el objetivo propuesto con esta implantación del SNGJ se ha buscado actuar sobre cuatro ejes (o dicho de otra forma, se ha partido de la existencia de distintos tránsitos para acceder al mercado de trabajo¹³⁰)

En este sentido, con el SNGJ el legislador se propone:

a) Mejorar la *intermediación*. Para dar cumplimiento a estas actuaciones el SNGJ debe de ofrecer acciones de orientación laboral, de información y de acompañamiento en la búsqueda activa de empleo. También se busca articular actuaciones con agencias de colocación o programas de movilidad o intermediación educación-empleo. En este sentido, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, contiene una serie de opciones para mejorar la intermediación laboral a favor de los jóvenes que, en ningún caso, debe

¹²⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M^a.E., “El Real Decreto-Ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo”, *Relaciones Laborales*, n. 9, 2014, p. 5.

¹³⁰ La expresión “distintos tránsitos en el mercado de trabajo” para denotar los 4 ejes que se propone mejorar mediante la implantación del SNGJ ha sido extraída de: Gómez-Millán Herencia, M^a.J., “Transiciones al empleo impulsadas por la Garantía Juvenil”, *Documentación Laboral*, n. 104, 2015, p. 115.

entenderse como una lista *numerus clausus*, pudiendo perfectamente resultar ampliadas por parte de los órganos que gestionan este Sistema.

b) Mejorar la *empleabilidad* de los usuarios del SNGJ. Para mejorar la empleabilidad de los jóvenes inscritos en el fichero se prevé el desarrollo de medidas de formación con compromiso de contratación, de formación en idiomas y en tecnologías de la información y la comunicación, el impulso de prácticas no laborales en empresas, la promoción de la formación profesional dual, la obtención de certificados de profesionalidad, el desarrollo de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, el impulso de programas mixtos de empleo-formación, así como de programas de segunda oportunidad para jóvenes que hubieran abandonado prematuramente los estudios. La globalización y los distintos avances tecnológicos determinan la necesidad de una mano de obra especializada, que obliga a una formación continua y, por ende, a una mejora de la educación de los jóvenes¹³¹. La formación para el colectivo al que va dirigido el SNGJ no solamente es necesaria para cubrir determinados déficits formativos crónicos, sino también como medida de recualificación profesional en determinados sectores que ya no cuentan con el mismo vigor que hace unos años, siendo posiblemente la construcción el ejemplo más paradigmático¹³². Así, los mecanismos de transición entre formación reglada y mercado de trabajo ejercen un impacto importante en la inserción laboral de los jóvenes y prueba de ello son las mejores tasas de empleo juvenil que evidencian aquellos países que tienen una mayor coordinación entre el ámbito educativo y el laboral¹³³. En fin, parece un hecho alejado de cualquier duda que a mayor formación y mejor cualificación el acceso al empleo se torna un tanto más factible, pero, sin embargo, esto no es siempre así. En los últimos años hemos visto una saturación de personas tituladas que, por lo demás aspiran a unos sueldos más elevados y que, a su vez, han superado la demanda de empleo. Estas personas han dado lugar al fenómeno comúnmente conocido como “fuga de cerebros”, es decir, la emigración de mano de obra cualificada a otros países. Por ello, la acción formativa debería de compaginarse con las expectativas de los jóvenes y con las del mercado, para centrar así los esfuerzos en una formación que satisfaga ambas aspiraciones, pues como se ha expresado por el Prof. Mercader Uguina: “la educación ajustada a las necesidades del entorno constituye un elemento

¹³¹ En este sentido, González Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 2 (BIB 2015/167290).

¹³² En este sentido, Pérez del Prado, D., “Desempleo juvenil y formación en Europa: el problema de los Ninis”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2014, p. 9 (BIB 2014/809).

¹³³ *Vid.* Nieto Rojas, P., *op. cit.*, p. 146.

*indispensable para hacer frente a las circunstancias cambiantes en las condiciones económicas y los retos que plantea la globalización económica*¹³⁴.

c) Fomentar la *contratación laboral*. La probabilidad de ocuparse es mayor si se dispone de una experiencia laboral previa¹³⁵. Este dato es bastante revelador de la situación en la que se encuentran muchos jóvenes, inmersos en una especie de bucle o “pescadilla que se muerde la cola” en la que no suelen ser contratados por no tener experiencia laboral previa. Por ello, revertir esta dinámica conjetura un asunto tan complejo como necesario. Para apoyar la contratación de estos jóvenes, la Ley 18/2014 previó un incentivo para los empresarios que celebraran un contrato de trabajo con algún joven inscrito en el fichero del SNGJ – cuya vigencia se establece en dicha norma para contrataciones efectuadas hasta el 30 de junio de 2016 –. El estímulo proyectado por el citado texto, contenido en su artículo 107, consiste en una bonificación de 300 euros mensuales en la aportación de la empresa a la Seguridad Social, el cual se prorrogará durante 6 meses desde la contratación, estando obligada ésta a mantener al trabajador, como mínimo, los 6 meses estipulados en la norma (salvo que el contrato se extinga por causas objetivas o despido disciplinario que no sean declarados improcedentes y los casos de dimisión, muerte o incapacidad del trabajador). Además, con dicha incorporación la empresa quedará obligada a incrementar, tanto el nivel de empleo indefinido como el total, por lo que el objetivo no consistiría en sustituir unos trabajadores por otros. Ahora bien, en el supuesto en el que se formalice un contrato que establezca una jornada a tiempo parcial, la respuesta legal se canaliza a través de una reducción paulatina de la bonificación señalada. De esta suerte, si la jornada a tiempo parcial es, al menos, equivalente al 75% a la de un trabajador a tiempo completo comparable, la bonificación resultante será de 225 mensuales, mientras que si la jornada es como mínimo del 50% será de 150 euros mensuales (entendiendo que cualquier fracción inferior al 50% de la jornada no sería permisible, a los efectos de recibir cualquier tipo de bonificación por esta vía). Por consiguiente, desde mi punto de vista, lo que se busca a través de estos incentivos es que las empresas contraten a jóvenes inscritos en el SNGJ pero que, además, lo hagan de forma indefinida y por una jornada a tiempo completo, intentando favorecer de este modo la adquisición de un empleo seguro y de una cierta calidad. Sí que se acepta la posibilidad de formalizar contratos a tiempo

¹³⁴ Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista Derecho Social y Empresa* (monográfico sobre Empleo Joven), n. 1, 2014, p. 79.

¹³⁵ Pueden observarse sobre el particular los gráficos y explicaciones aportadas por Gimeno Díaz de Aauri, P., *op. cit.*, pp. 319-320.

parcial, si bien, en estos casos se penaliza con unos incentivos menores. Por su parte, lo que no se va a bonificar en ningún caso serían aquellos contratos laborales inferiores a la media jornada. En este sentido, para incentivar la contratación a tiempo parcial ya existen en nuestro ordenamiento otro tipo de contratos orientados a la formación. En estos casos, lo que se incentiva es la adquisición de un puesto de trabajo sin vinculación formativa, es decir, una contratación laboral “pura y simple” que sólo se bonificará si se supera la media jornada y que alcanza su máxima gratificación cuando se efectúa a tiempo completo. Asimismo, para hacer más atractivo el incentivo se permite su compatibilidad con cualquier otra clase de bonificación, siempre y cuando el importe mensual a cotizar por la suma de todos los alicientes no sea negativo¹³⁶.

d) Fomentar su *carácter emprendedor*. En este sentido, se pretende apoyar el espíritu emprendedor de los jóvenes fomentando la responsabilidad, innovación y emprendimiento por medio de una cooperación más estrecha entre los servicios de empleo, las entidades de apoyo a las empresas y los proveedores de financiación. Sin duda, la posibilidad de capitalizar la ayuda por desempleo o la compatibilización de esta prestación con el inicio de una actividad emprendedora para determinados casos, serían algunos de los ejemplos de recientes reformas que irían encaminadas al logro de este objetivo.

Tal y como se viene recomendado desde distintos estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para paliar el excesivo nivel de desempleo de los jóvenes, habría que ofrecer a los mismos “numerosas vías de acceso a empleos decentes”, en especial, porque “los trabajadores jóvenes no son grupos homogéneos: tienen necesidades, capacidades y expectativas diferentes”¹³⁷. Efectivamente, pese a que el arco temporal representado por la edad de este colectivo no sea muy grande, sus niveles de educación, formación, experiencias laborales y expectativas respecto al acceso al empleo nos muy dispares y, con ello, sus

¹³⁶ Como he anticipado, el recorrido de esta bonificación concluyó en enero de 2017. La bonificación del artículo 107 de la Ley 18/2014 resulta de aplicación a todas aquellas contrataciones que se efectúen desde la entrada en vigor de esta norma (ya en su RDL 8/2014) hasta el 30 de junio de 2016. Por lo tanto, una persona contratada hasta esa fecha provocará una bonificación en la empresa contratante durante 6 meses. El artículo 107 de la Ley 18/2014 no ha sido modificado ni ampliado por lo que su virtualidad práctica actual es inexistente. Pese a ello, existen otra serie de incentivos a la contratación de jóvenes proveniente del SNGJ que será comentados más adelante.

¹³⁷ Resolución de la OIT relativa al empleo de los jóvenes, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Ginebra, 2005 (extraído del Informe V de la Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión: *La crisis del empleo de los jóvenes ¡actuemos ya!*, 2012, p. 11).

necesidades y los aspectos sobre los que cabría incidir. En este sentido, existen jóvenes muy cualificados que tienen empleos por debajo de sus capacidades, otros que por el contrario han abandonado prematuramente sus estudios y que presentan ciertas deficiencias en el campo de la educación/formación y, entre estos dos extremos transitarían una gran variedad de perfiles con distintos intereses y diferentes posibilidades de actuación. Por ello, la Garantía Juvenil apuesta por una amplia variedad de medidas (formación, intermediación, contratación y fomento del carácter emprendedor), que buscarían colmar el espectro de eventuales acciones a ejecutar. Para ello, además, los gestores del SNGJ tienen a su disposición un arma de doble filo, que viene representada por la flexibilidad que brindaría la posibilidad de plantear un itinerario o respuesta personalizada para cada individuo. Precisamente, esta flexibilidad y falta de concreción (excepto para los casos de los incentivos a la contratación) podría llevar a que todas estas medidas se quedaran en un simple papel mojado, es decir, que no contribuyan a lograr los objetivos propuestos. Para ello, haría falta la responsabilidad y el compromiso de todos los actores que participan del SNGJ para implantar y hacer visibles todas estas medidas y proyectar de manera efectiva los itinerarios individuales.

3. Ámbito subjetivo: menores de 25 años no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación

La cuestión de la edad es un factor relevante a la hora de determinar los sujetos pasivos – destinatarios – de las distintas acciones proyectadas en pos de la empleabilidad. La RAE, con una más que acertada prudencia, no establece ninguna edad, concreta u aproximada, para definir los vocablos “juventud” o “joven”. Sin embargo, la legislación social debe de establecer límites de edad a las medidas de inserción laboral programadas para paliar la enorme tasa de desempleo juvenil. De esta forma, la norma jurídica debe delimitar, con la mayor nitidez posible, quiénes son los sujetos que pueden beneficiarse de las diferentes actuaciones legislativas encaminadas a paliar esta situación. En este sentido, convencionalmente, la edad de referencia podríamos establecerla en 30 años (35 para aquellos colectivos con mayores dificultades para encontrar empleo, como sería el caso de las personas con discapacidad). Esta cifra es la edad máxima que ha sido utilizada por algunas disposiciones legales referidas a la prestación social por desempleo y, en cuanto se refiere al impulso de la contratación laboral y la formación, representa el límite de edad de muchas de las nuevas modalidades contractuales instauradas, por ejemplo, en la Ley 11/2013, de

26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

No obstante, con carácter general, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, ha optado por fijar como sujetos pasivos del SNGJ a los menores de 25 años¹³⁸. En un primer momento, el RDL 8/2014, así como la postrera Ley 18/2014, de 15 de octubre, establecieron en su artículo 88 que el ámbito de aplicación, en lo que se refiere a la edad, se circunscribía para los mayores de 16 años y menores de 25, salvo para las personas con discapacidad igual o superior al 33%, para las que se elevaba hasta los 29 años (menores de 30 años establece concretamente este precepto). Esta significativa protección dispensada a favor de los jóvenes discapacitados se explica por las mayores dificultades experimentadas por estas personas a la hora de encontrar empleo y tienen como finalidad intentar prevenir su exclusión social.

Unos meses más tarde se promulgó la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social¹³⁹, donde, a través de su Disposición final duodécima, se modificó la letra d) del artículo 88 de la Ley 18/2014 y se amplió el arco de edad de personas beneficiarias del SNGJ, si bien, con carácter excepcional y de una forma transitoria. En concreto, se incorporó un segundo párrafo dentro del artículo 88 por el que se extienden las medidas del SNGJ a los jóvenes mayores de 25 años y menores de 30, es decir, hasta los 29 años. Ahora bien, esta prolongación de la edad está condicionada a que la tasa de desempleo de las personas que se sitúan dentro de esta franja se sitúe por debajo del 20%, según la EPA correspondiente al último trimestre del año.

Así las cosas, el artículo 88 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, fija unos destinatarios de carácter ordinario y con vocación de permanencia, reservado a los jóvenes entre 16 y 24 años (hasta cumplir los 25), elevándose este límite hasta los 29 años para personas con discapacidad igual o superior al 33%. Por su parte, sitúa como beneficiarios de carácter “transitorio” – o “sujetos a condición” – a los jóvenes cuyas edades oscilen entre 25 y 29 años, quienes podrán acceder al SNGJ siempre y cuando la tasa de desempleo específica para este colectivo se mantenga por encima del 20% (o visto del lado contrario, éstos no podrán formar parte del SNGJ cuando su tasa de desempleo se sitúe por debajo del 20%). La decidida ampliación debe de acogerse de forma favorable, ya

¹³⁸ En algunos países como sería el caso de Croacia, Portugal o la República Checa los destinatarios de la Garantía Juvenil podrían ser, con carácter general, los menores de 30 años. *Vid.* Escudero Vasconez, V. y López Moruelo, E., *op. cit.*, p. 92.

¹³⁹ BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015 (BOE-A-2015-8467).

que, en principio, cuantas más personas en situación desempleada y sin formación puedan llegar a participar del SNGJ mayor rentabilidad alcanzará su implantación, máxime cuando se refiere a personas que, de igual forma, se encuentran en situación de desempleo o precariedad laboral, social y educativa. Sin embargo, no se ha visto con tanto optimismo el recurso a la temporalidad, puesto que, se aduce que ya han sido varias las Comunidades Autónomas las que han establecido actuaciones con cargo a los fondos del SNGJ ampliando la edad para participar del mismo¹⁴⁰.

Por el contrario, no existen diferencias respecto al género, en concreto, no se han establecido límites de edad distintos para hombres y mujeres. Sobre esta cuestión se ha señalado desde la doctrina que los obstáculos que tradicionalmente han venido encontrando las mujeres para participar en el mercado laboral (niveles formativos menos completos o la maternidad) no impactan, en la actualidad, en los menores de 25 y 30 años¹⁴¹. En este sentido, como el desempleo de las personas más jóvenes afecta más o menos por igual a hombres y a mujeres no se ha considerado conveniente favorecer a ninguno de estos géneros a través de un aumento de la edad.

4. Requisitos que deben de cumplir los jóvenes para acceder al SNGJ

Poseer una determinada edad no es el único condicionante que establece el legislador para determinar los sujetos que pueden inscribirse en el fichero administrativo creado para implementar las medidas anteriormente referenciadas. La edad determina el ámbito de aplicación del SNGJ pero, junto con ello, los jóvenes deberán de cumplir en el momento de solicitar la inscripción, los siguientes requisitos:

1) Requisito de la *territorialidad*: consiste en que los solicitantes deben poseer la nacionalidad Española o bien ser ciudadanos de algún país de la UE o de algún Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (incluida Suiza). Asimismo, con carácter excepcional también podrán acceder a la inscripción en el SNGJ otra serie de extranjeros que estén residiendo en España con un permiso que habilite para trabajar. Cualquiera de estas personas deberá, además, estar empadronado en cualquier localidad del territorio español¹⁴². La inclusión de estas

¹⁴⁰ González Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 18 (BIB 2015/167290).

¹⁴¹ Véase sobre el particular, Gómez-Millán Herencia, M^a.J., *op. cit.*, pp. 112 y 113.

¹⁴² Este requisito del empadronamiento ha sido visto como un elemento distorsionador a la hora de buscar empleo y en contra de los parámetros sentados por la UE (González

exigencias geográficas vendría explicada por la naturaleza comunitaria de la fuente de financiación de este proyecto – la UE –, destinada a los países que la conforman y las personas la habitan. La necesidad de estar empadronado en una localidad española evitaría que se aplicaran estas medidas a los turistas o a las personas que están de paso o por tiempo limitado en nuestro país, pudiéndose favorecer de este sistema sólo aquellas personas que tengan un proyecto de vida en España, o cuanto menos, se plantean un futuro laboral más o menos prolongado en nuestro territorio.

2) Requisito de la *edad*: en el epígrafe anterior ya sea comentado con mayor detenimiento el requisito de la edad, que configura, a su vez, el ámbito subjetivo al que va dirigido la norma (los eventuales beneficiarios del SNGJ). Por ello, en este momento bastaría simplemente con recordar que pueden solicitar su inscripción los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25 (salvo en los casos en los que se acredite una discapacidad de más del 33%, en cuyo caso la edad se incrementa hasta los menores de 30 años y, excepcionalmente, también podrían acceder las personas entre 25 y 29 años hasta que la tasa de desempleo específica para esta franja de edad se sitúe por debajo del 20%)¹⁴³. En concreto, cabría también apuntar que el cumplimiento del requisito de la edad se exigirá que se tenga en el momento de la solicitud de inscripción, sin perjuicio de lo que más adelante comentaré respecto a la dinámica de la baja del sistema.

3) Requisito de la *ausencia de empleo*: en un primer momento se exigía que la persona solicitante no hubiera trabajado en los 30 días naturales con anterioridad a la inscripción en el SNGJ. En ningún caso se requería que el solicitante fuera parado de larga duración, pues de lo que se trata prevenir con este sistema es, precisamente, paliar las situaciones que distancian a los jóvenes del mercado de trabajo. Ahora bien, a día de hoy, tras la aprobación del RDL 6/2016, de 23 de diciembre, el artículo 97 letra d) establece como requisitos “no haber trabajado en el día natural anterior a la fecha de presentación de la solicitud”. Por lo tanto, esta exigencia se ha suavizado considerablemente pasando el tiempo de ausencia en el empleo de 30 días a 1 día. De esta suerte, los jóvenes que se hayan quedado sin trabajo no tendrían que esperar un mes para poder inscribirse en el SNGJ, sino que servía cuando estén simplemente 1 día sin ocupación. Esta previsión supone que los jóvenes no tengan que esperar a conseguir empleo o formarse sin la asistencia inmediata de este sistema. Finalmente,

Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 25 (BIB 2015/167290).

¹⁴³ Recordemos que esta fue una modificación incorporada por la Disposición final duodécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

no necesario que el joven se encuentre inscrito como demandante del empleo en el correspondiente SPEE, ni que se encuentre percibiendo la prestación por desempleo. Sólo de esta forma se podría llegar al colmar el designio de la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 que persigue que estos jóvenes reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o un período de prácticas en un plazo de 4 meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal.

4) Requisito de la *ausencia de educación o formación*: el artículo 97 de la Ley 18/2014 establecía para poder acceder al SNGJ que los jóvenes no hubieran recibido acciones educativas o formativas de más de 40 horas mensuales en los 90 días anteriores a la solicitud. Posteriormente, El RDL 6/2016, de 23 de diciembre, redujo a 1 día este lapso de tiempo. En este sentido, actualmente se exige no haber recibido acciones educativas o formativas *“en el día natural anterior a la fecha de la presentación de la solicitud”*. De esta forma, se amplía considerablemente el eventual elenco de beneficiarios del SNGJ. Evidentemente, el SNGJ no iría destinado para aquellas personas que estén cursando algún tipo de formación reglada, pero la realización de un curso o estudio de menor carga no perjudicaría el acceso a este sistema. Por acciones formativas deberíamos entender incluidas todas aquellas prácticas en empresas no laborales o contratos para la formación y el aprendizaje.

5) En último término, el solicitante debe de prestar su declaración expresa, a través de la cual quede reflejado su interés en participar en el SNGJ y en todas las actividades que se desarrollen en su seno. Este requisito es salvado en el caso de personas que sean demandantes de empleo, pues colmará el mismo la efectiva inscripción en los respectivos servicios públicos de empleo. De esta forma, el legislador presume que los jóvenes inscritos en un servicio público de empleo prestarían un interés en participar en el SNGJ. Estaríamos, por ende, ante una suerte de consentimiento o interés tácito, desprendido de su deseo de encontrar trabajo al inscribirse como demandante de empleo¹⁴⁴.

A la vista de la redacción del artículo 97 de la Ley 18/2014, cabría aseverar que la lista de requisitos enumerada por el mismo responde a un criterio de cumplimiento total y absoluto. En efecto, el solicitante debe de cumplir con todos y cada uno de ellos en el momento de iniciar los trámites de inscripción, de una forma cumulativa. En especial, interesa destacar que no sirve simplemente con estar sin trabajo o bien con no haber recibido

¹⁴⁴ Esta fue otra de las novedades que trajo el RDL 6/2016, de 23 de diciembre y que vino de la mano de la automaticidad del acceso al SNGJ que ahora se puede realizar de oficio con las inscripción en la oficina de empleo si se cumple con los demás requisitos legales (*Vid. Infra*).

acciones educativas o formativas durante el periodo evidenciado por el precepto, sino que deben producirse los dos condicionantes. Significa, por tanto, que los beneficiarios del SNGJ deben de tener una cierta desconexión entre el trabajo y la educación/formación, aunque tras la reforma operada por el RDL 6/2016 ésta no tendría que ser muy acusada, pues recordemos que bastaría con estar 1 día sin trabajo y formación/educación. En definitiva, el SNGJ surgió para paliar la situación de los jóvenes que coloquialmente se denominan “Ninis”, es decir, personas que ni estudian ni trabajan (equivalente al acrónimo inglés NEET: *not in employment, education or training*). De esta cuestión da cuenta la propia Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 (apartado VIII) cuando indica como finalidad del SNGJ que el colectivo de jóvenes “*no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación*” puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleados. Por ende, las acciones del SNGJ se destinaban a un grupo de jóvenes concreto, que venía definido por una ausencia de trabajo y por el alejamiento del sistema educativo o de la formación especializada, todo ello con una cierta nota de desconexión (en esencia, los “Ninis”). Tras la reforma llevada a cabo por el RDL 6/2016 no haría falta estar mucho tiempo sin empleo ni formación, puesto que basta con estar un día desde el último trabajo desempeñado o la última actividad educativa recibida. Por lo tanto, en la actualidad, el SNGJ iría destinado a cualquier joven que en un momento concreto de su vida esté sin trabajar y sin formarse para el empleo o dentro del sistema educativo. En definitiva, el objetivo que se perseguiría, según mi punto de vista, sería el de intentar poner coto a la grave situación en la que se encuentran un elevado número de jóvenes en España y evitar que se produzca una fuerte desconexión de éstos con el mercado de trabajo y, en consecuencia, un aumento de la exclusión social. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán establecer algunos requisitos complementarios (lo que González Díaz ha denominado “requisitos terciarios”). Si bien, en todo caso, deberán de observarse los requisitos establecidos en el artículo 97 de la Ley 18/2014, sin que las Administraciones territoriales puedan alterarlos, ni mucho menos eliminar alguno de ellos. De esta forma, se preserva en todo el territorio nacional unos requisitos mínimos e igualitarios que deberán de ser cumplidos por todos los solicitantes. A esta predicada unidad e igualdad también contribuye la implantación de una lista única de demanda – o fichero único – custodiado por la Administración Estatal quien, además, será el órgano encargado de resolver acerca de la inscripción, extremos sobre los que ahondaré a continuación.

Por su parte, no se incluirían a aquellos jóvenes que están estudiando, bien sea porque no tienen otra alternativa mejor, ni tampoco a los que tienen un empleo, aunque éste no responda a su nivel de cualificación, circunstancias que vendrían a reducir el número potencial de beneficiarios del SNGJ¹⁴⁵.

5. Participación en el SNGJ: procedimiento de inscripción

A partir del artículo 92 de la Ley 18/2014 se incrementa el grado de intensidad regulatoria del SNGJ, precisamente, en lo que supone la creación, funciones y dinámica del fichero administrativo y procedimiento de inscripción, regulándose este extremo con una minuciosidad “excesiva”, en “*muchos puntos propia de un desarrollo reglamentario*”¹⁴⁶. Para poder beneficiarse de una acción derivada de la Garantía Juvenil es necesario estar inscrito en un fichero administrativo (así lo establece con meridiana claridad el artículo 96 de esta misma Ley). Pese a que la inscripción se revele como necesaria, el SNGJ nació bajo el principio de voluntariedad, siendo los jóvenes completamente libres de participar. En este sentido, eran los propios jóvenes interesados en participar en el SNGJ los que deberán de solicitar su ingreso en una base de datos, sin existir ningún mecanismo *qua actúe de oficio*. Por lo tanto, el acceso al SNGJ era, única y exclusivamente, a solicitud de parte. Este régimen jurídico ha cambiado sustancialmente con la aprobación del RDL 6/2016, de 23 de diciembre, que ha abierto una posibilidad a la inscripción automática para el caso de los jóvenes inscritos como demandantes de empleo. Concretamente, la citada norma introdujo un nuevo apartado 5 en el artículo 98 de la Ley 18/2014 que establece que las “*inscripción o renovación como demandante de empleo en un servicio público de empleo implica la inscripción en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, si se cumplen los requisitos recogidos en el artículo 97*”. En estos supuestos, se precisa que la fecha a tener en cuenta será la de la propia inscripción o renovación como demandante de empleo. Este modo de inscripción en el fichero del SNGJ es automático, pues actúa siempre que un joven residente en nuestro país solicite darse de alta como demandante de empleo y no se encuentre trabajando ni

¹⁴⁵ Sánchez-Rodas Navarro, C., “La Garantía Juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España”, *Revista Derecho Social y Empresa* (monográfico sobre Empleo Joven), n. 1, 2014, p. 32.

¹⁴⁶ Así lo han expresado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M^a. E., *op. cit.*, p. 6. En el mismo sentido, Escudero Rodríguez, R., *op. cit.*, p. 52.

estudiando ni recibiendo ningún tipo de formación. Lo que no se exige en ningún caso es que el solicitante esté percibiendo una prestación por desempleo, ni tampoco que tenga derecho a la misma, pues basta con la mera inscripción en la oficina en la respectiva oficina de empleo. Por consiguiente, a día de hoy tenemos un SNGJ mixto, por cuanto admite una inscripción voluntaria o a solicitud de parte, junto con otra automática o efectuada de oficio. Este régimen jurídico amplía sobremanera el número de personas que pueden acceder al SNGJ y, con ello, las que van a tener la oportunidad de beneficiarse de alguna de las acciones llevadas a cabo por el mismo. Además, el artículo 98.5 de la Ley 18/2014 permite a los Servicios Públicos de Empleo solicitar la inscripción de forma retroactiva de las personas que estén como demandantes de empleo desde el 1 de septiembre de 2013 hasta la entrada en vigor del RDL 6/2016, que hayan participado de alguna acción que encaminada a mejorar su empleabilidad y reúna los requisitos. En definitiva, el abandono de la solicitud de parte como única forma de participar del SNGJ tendrá un notable impacto sobre el número de jóvenes inscritos y, en consecuencia, eventuales beneficiarios.

Como acabo de anticipar, para poder formar parte del SNGJ será necesaria la inscripción previa en un fichero de naturaleza administrativa, donde el solicitante deberá de reunir el cumplimiento de los requisitos anteriormente referenciados. De esta suerte, el fichero administrativo constituye el sistema oficial de información y seguimiento sobre la implementación de la Garantía Juvenil en España¹⁴⁷. Subsiguientemente, las Administraciones Públicas implicadas no van a actuar de oficio, acordando *motu proprio* alguna de las acciones o medidas de empleo sobre las personas que cumplan los requisitos, ni siquiera a los que se encuentren dentro de dicho rango de edad. Para poder beneficiarse del SNGJ hay cumplir los requisitos exigidos y, además, estar adherido a la lista de participantes, a través del fichero establecido al efecto. Esta opción dejaría fuera a los jóvenes desanimados o desinformados, que al no inscribirse no van a formar parte de ese grupo de personas a las que, de alguna forma, se las va a intentar revertir la situación de desocupación y/o ausencia de formación en la que se encuentran inmersos¹⁴⁸.

¹⁴⁷ En este sentido, Cristóbal Roncero, R., “Sistema Nacional de Garantía Juvenil (Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento la competitividad y la eficiencia)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 169, 2014, p. 3 (del ejemplar online).

¹⁴⁸ En el mismo sentido, Aguilar Martín, M^a.C., “Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3.

La aceptación de una concreta actuación derivada del SNGJ es potestativa, si bien el rechazo de cualquier oferta se traducirá en una sanción que supondrá la posterior baja del sistema una vez se haya rebasado la edad máxima para participar en el mismo. De esta suerte, como señala el artículo 101.4 de la Ley 18/2014, los usuarios que hayan rechazado alguna de las medidas implementadas causarán baja automática en el mismo momento en el que alcancen la edad límite prevista en el artículo 97 c) para la inscripción.

Los datos inscribibles en este fichero de naturaleza administrativa se encuentran contemplados en los artículos 95 y 111 de la Ley 18/2014 y vienen a coincidir, en esencia, con la información básica y habitual que se suele incluir en un *currículum vitae* al uso. En concreto, se deberán de inscribir los datos personales del solicitante (nombre, DNI, fecha de nacimiento, lugar de residencia y contacto); la formación recibida por éste (estudios, idiomas, posesión de carnés etc.); así como la experiencia laboral aseverada (con los datos de la empresa, actividades desarrolladas, duración etc.). Junto con estos datos de contacto y de corte formativo/profesional, el solicitante también deberá de manifestar sus intereses e inquietudes profesionales y personales, además de firmar una declaración mediante la cual exprese la certeza de los datos facilitados y su compromiso de participar de una forma activa en los itinerarios o medidas que se desarrollen y se lleven a cabo en el contexto de la Garantía Juvenil (para los que sean demandantes de empleo no haría falta colmar estos últimos requisitos, pues bastará con su inscripción en los Servicios Públicos de Empleo)¹⁴⁹. En último término, la solicitud deberá incorporar una cláusula mediante la cual se autorice a terceros la posibilidad de consultar los datos facilitados (en especial iría destinado para que las Administraciones autonómicas, locales y los interlocutores sociales puedan gestionar las actividades, así como para aquellas empresas que deseen formar o contratar a personas incluidas en este SNGJ)¹⁵⁰.

El procedimiento de inscripción es bastante sencillo y se debe de realizar enteramente de forma telemática, salvo para las personas con riesgo de

núm. 3, 2015, p. 25.

¹⁴⁹ Incorporación efectuada sobre el artículo 95.1 g) por mor del RDL 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil). Con base a la misma los jóvenes que sean inscritos en el SNGJ por ser demandantes de empleo no tendrán que adjuntar una declaración responsable con la certeza de los datos facilitados ni suscribir un compromiso de actividad o participación activa.

¹⁵⁰ Los interlocutores sociales han sido incorporados como sujetos participantes del SNGJ por el RDL 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

exclusión social (cuestión que se deberá acreditar por medio del correspondiente certificado de los servicios sociales), así como para las personas con un 33% o más de discapacidad, quienes podrán entregarla en mano mediante un formulario habilitado para tal efecto. La resolución que acepte o deniegue la inscripción también se realizará a través de la aplicación informática de la página web donde se ha realizado la solicitud. El plazo dispuesto por la administración para resolver el expediente se fija en 6 meses como máximo, entendiéndose denegada la inscripción en caso de silencio administrativo. Esta resolución – expresa o presunta – podrá ser objeto de recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Empleo en el plazo de 1 mes desde su notificación (electrónica).

Una vez efectuado el alta en el fichero administrativo se deberán de anotar, con carácter sobrevenido y de forma progresiva, las medidas o actuaciones concretas que han sido ofrecidas al beneficiario de este SNGJ, así como el grado de desarrollo de las mismas, configurando, de este modo, una concepción dinámica del fichero informático. Esta base de datos contiene una lista única, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, las Administraciones locales o los agentes sociales puedan desarrollar labores de registro. Estos “ficheros específicos” se pueden crear para facilitar la inscripción y el tratamiento de la información del SNGJ. En un primer momento, los únicos organismos competentes para desarrollar ficheros específicos eran las Comunidades Autónomas, pero el RDL 6/2016 lo amplió a todos los sujetos contemplados las letras a), b), c) y d) del artículo 88, con lo que ahora se puede actuar sobre un terreno más próximo a los eventuales beneficiarios. Con todo, con independencia del fichero empleado, los datos serán registrados en un único sistema informático, idéntico en todo el territorio nacional. Por lo tanto, existirá solamente una lista común, única para todos los españoles y que se gestionaría desde el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Esta cuestión se desprende de los artículos 92.5, 98.3 y 99 de la Ley 18/2014. Asimismo, el artículo 89 de esta misma norma, predica el principio de igualdad, garantizando la implantación del SNGJ en todas las Comunidades Autónomas y preservando el acceso en igualdad de condiciones para todos los jóvenes objeto de atención, con especial dedicación a quienes se encuentren en una situación de desventaja y/o riesgo de exclusión. Se pretendería con ello dar cumplimiento al genérico derecho de igualdad (artículo 14 CE) y a la competencia del Estado en materia de laboral (artículo 147.1 7ª CE). Esta lista unitaria se pondrá a disposición de las diferentes administraciones y empresas privadas, que podrán utilizar los datos contenidos en la misma para llevar a cabo los procesos de selección y demás actuaciones previstas dentro de este SNGJ.

Para poder ser atendidos por el SNGJ los jóvenes previamente inscritos deberán de cumplir con los requisitos específicos de la convocatoria y además:

- a) No haber trabajado en el día natural anterior al momento de recibir la actuación.
- b) No haber recibido acciones educativas que en el día natural anterior al momento de recibir la actuación.
- c) No haber recibido acciones formativas en el día natural anterior al momento de recibir la actuación¹⁵¹.

Junto con ello, para el llamamiento de beneficiarios de actuaciones concretas se tendrán en cuenta una serie de factores que buscarían asegurar que todas las personas inscritas y que reúnan en cada momento estos requisitos hayan sido atendidas. Para ello, intervendrán una serie de elementos, tales como la edad, la experiencia laboral previa, el tiempo que se lleva desempleado o el nivel de cualificación, priorizándose siempre a las personas que todavía no hayan recibido atención por parte del Sistema y a los que estén más próximos de cumplir la edad máxima (así lo establece el artículo 105.3 Ley 18/2014).

Por lo que respecta a la baja en el SNGJ, cabe aducir que ésta se podrá efectuar por dos vías distintas, una sería potestativa y la otra preceptiva. La primera de ellas vendría ocasionada por la propia voluntad del solicitante, ya que permanecer en el SNGJ no es algo obligatorio. En este sentido, cualquier joven debidamente inscrito será libre para darse de baja en el Sistema en el momento que estime más oportuno. El procedimiento de baja voluntaria también deberá de llevarse a cabo mediante solicitud telemática, cumplimentando el formulario establecido a tal efecto (excepto para las personas en riesgo de exclusión social y discapacitadas, que podrán hacerlo manualmente). La segunda de ellas, es decir, la baja preceptiva, se producirá siempre de oficio. En este sentido, será el propio órgano gestor el que cursará la baja en el Sistema a los jóvenes que alcancen la edad límite establecida para cada supuesto¹⁵². Por el contrario,

¹⁵¹ Estos requisitos serían los mismos que los de la inscripción y también fueron flexibilizados por el RDL 6/2016 en los mismos términos que sido para los requisitos para la inscripción previstos en el artículo 97 de la Ley 18/2014.

¹⁵² La Ley 25/2015, de 28 de julio, modificó el artículo 101.4 de la Ley 18/2014, acompañando el aumento de la edad de los beneficiarios hasta los menores de 30 años hasta que la tasa específica de desempleo de los jóvenes mayores de 25 y menores de 30 se reduzca por debajo del 20%. En este sentido, el artículo 101.4 de la Ley 18/2014 establecía que la baja de oficio en el SNGJ se daba cuando el usuario cumpla 25 años (o 30 en caso de personas con discapacidad) y ahora se refiere “al límite aplicable en el momento de su inscripción de conformidad con el artículo 97 c)”. Por tanto, por un lado se refiere al nuevo límite de los 30 años y no de los 25, y de otro lado, con esta cláusula

los usuarios no serán dados de baja al cumplir dicha edad si en ese momento se encuentran disfrutando de alguna acción desarrollada por el SNGJ o cuando no hubieran sido atendidos todavía, debiendo permanecer inscritos en estos dos supuestos, pese a que ya no cumplan el requisito de la edad. Con todo, serán dados de baja siempre y en todo caso, de una forma automática (aun cuando no hayan sido atendidos), los usuarios que hayan rechazado alguna de las medidas implementadas en el marco de la Garantía Juvenil. En último término, cabría apuntar la posibilidad, ya que la normativa no lo prohíbe expresamente, consistente en que una misma persona pueda entrar y salir como usuario del SNGJ más de una vez, siempre y cuando cumpla en cada momento con los requisitos de entrada fijados en el artículo 97.

6. Adecuación de otra serie de contratos de inserción laboral a la nueva realidad del SNGJ

La implantación del SNGJ no sólo establece medidas de actuación propias, sino que supuso la modificación de otra serie de contratos de apoyo a la contratación de jóvenes, en especial, los creados a través de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. En este sentido, los beneficiarios del SNGJ han sido incluidos en algunas modalidades contractuales de inserción laboral juvenil.

La primera de las modificaciones afectó al artículo 9 de la Ley 11/2013, de 26 de julio y, con ello, al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa. En este punto se añadió un nuevo apartado e) dentro del artículo 9.2 que incluyó como sujetos pasivos de esta modalidad contractual a las personas usuarias del SNGJ. Esta incorporación significa que se pueda celebrar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa con una persona inscrita en el SNGJ, accediendo la empresa contratante a la bonificación prevista para esta modalidad, consistente como sabemos en una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del trabajador contratado durante 12 meses, con posibilidad de ampliación por otros 12 meses (para empresas con 250 trabajadores o más se prevé una reducción 75%). Esta no fue la única novedad, puesto que también se optó por modificar la jornada laboral prevista en este contrato cuando se contrate a personas

abierta y remisión efectuada al artículo 97c) se evita posteriores reformas, pues queda sujeto a la edad que en cada momento establezca este último precepto.

provenientes del SNGJ. En particular, si el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa ha sido celebrado con una persona inscrita en el fichero del SNGJ la jornada se puede elevar hasta el límite del 75% respecto de un trabajador a tiempo completo comparable (superior, por ende, a la jornada genérica dispuesta para el resto de jóvenes, que se estableció en el 50%). De esta forma, se mejoran un tanto las condiciones laborales previstas en este contrato cuando el mismo se celebre con jóvenes inscritos en el SNGJ.

Otra de las novedades se plasmó sobre el artículo 13 de la Ley 11/2013, que establece incentivos para la celebración de contratos en prácticas (artículo 11.1 ET). En este sentido, la Ley 11/2013 proyectó una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato y del 75% en los casos en los que el contrato en prácticas se realice con una persona que ya viniera desarrollando prácticas no laborales en la empresa, premiándose de este modo la continuidad en la empresa de los becarios no laborales¹⁵³. La Ley 18/2014, a través de su artículo 108, añadió en el artículo 13 de la Ley 11/2013 que cuando el contrato en prácticas se celebre con una persona beneficiaria del SNGJ se aplicará una bonificación adicional del 50%, siendo del 25% adicional para los casos en los que la contratación suceda a una prestación no laboral. En pocas palabras, siempre que se contrate en prácticas a una persona adscrita al SNGJ el empresario disfrutará de una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, durante toda la vigencia del mismo. Como se podrá apreciar, en el caso de que se contrate personas provenientes del SNGJ no existe ninguna diferencia en clave de bonificación entre contratar a personas de fuera de la empresa o a un becario no laboral.

Por su parte, el artículo 109 de la Ley 18/2014 encomendó al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que en el plazo de 1 mes desde su entrada en vigor, procediera a modificar la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del Contrato para la Formación y el Aprendizaje y pasara a aumentar con ello las cuantías máximas de las bonificaciones de las cotizaciones para los beneficiarios del SNGJ. A tal efecto se dictó la Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, que modificó la anterior. En lo que se refiere al SNGJ, se optó por elevar

¹⁵³ Puede ampliarse sobre este punto en: Taléns Visconti, E.E., “Estímulos a la contratación”, en Blasco Pellicer, A. López Balaguer, M., Alegre Nueno, M., Ramos Moragues, F. y Taléns Visconti, E.E., *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

la bonificación de la actividad formativa. Así, como regla general, los costes de formación serán los que resulten de multiplicar el correspondiente módulo económico por un número de horas equivalente al 25% de la jornada durante el primer año de contrato y el 15% de la jornada el segundo y tercer año¹⁵⁴. En cambio, para las personas beneficiarias del SNGJ la cuantía máxima que podrá aplicarse la empresa será la que resulte de multiplicar el correspondiente módulo económico por un número de horas equivalente al 50% de la jornada durante el primer año y del 25% el segundo y tercero (para los contratos que se celebren hasta el 30 de junio de 2016). Las restantes bonificaciones asociadas a este contrato son las mismas, tanto para los beneficiarios del SNGJ, como para el resto de jóvenes que entren dentro de su ámbito de aplicación.

Otro aspecto a tener en cuenta sería el mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la creación de empleo indefinido, prevenido en el artículo 8 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social¹⁵⁵. La citada Ley, que se dictó una vez implantado el SNGJ, tuvo en consideración este sistema en el sentido de incluir una bonificación de los primeros 500 euros de la base de cotización – por contingencias comunes y correspondientes a cada mes – por la contratación indefinida de jóvenes beneficiarios del mismo. Si la contratación fuera a tiempo parcial – nunca inferior al 50 por cien – la cuantía bonificada se reducirá proporcionalmente. Las empresas deberán cumplir, asimismo, con algunos requisitos adicionales, como hallarse al corriente de sus obligaciones Tributarias y de Seguridad Social, no haber extinguido contratos de trabajo declarados improcedentes durante los seis meses anteriores a la contratación, incrementar con la nueva incorporación el nivel de empleo tanto indefinido como total y, además, mantenerlo como mínimo durante 36 meses. Con todo, cabe indicar que la citada bonificación se predica para los contratos celebrados entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016, por lo que al tiempo del cierre de este estudio no estaría vigente.

En último término, el RDL 6/2016, de 23 de diciembre, añadió dos bonificaciones más, una para los autónomos y otra en la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje. Respecto a los primeros, se

¹⁵⁴ Los costes financiados de la formación en el contrato para la formación y el aprendizaje se calcularán de acuerdo con los siguientes módulos económicos:

a) Modalidad presencial: Los costes hora/participante serán de 8 euros.

b) Modalidad a distancia/teleformación: Los costes hora/participante serán de 5 euros.

¹⁵⁵ BOE núm. 180 de 29/07/2015 (BOE-A-2015-8469).

optó por modificar el artículo 31 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, para incluir unas bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social en el caso de trabajadores por cuenta propia inscritos en el SNGJ. En este sentido, se ha incluido un nuevo apartado sexto donde se traslada a los inscritos en el SNGJ los mismos incentivos previstos para el resto de trabajadores por cuenta propia, incluyendo la bonificación adicional para menores de 30 años. La inclusión de este nuevo apartado tiene su explicación en que para los beneficiarios del SNGJ transforma las reducciones sobre la cuota por contingencias comunes en bonificaciones. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido un nuevo apartado quinto que traslada a los sujetos inscritos en el SNGJ los mismos beneficios advertidos para los contratos de formación y aprendizaje, si bien, en lugar de consistir en una reducción de las cuotas de Seguridad Social, será de una bonificación. Junto ello, la Disposición transitoria única del RDL 6/2016 señala que a partir del 1 de enero de 2017 las reducciones en las cotizaciones sociales pasarán a tener naturaleza de bonificaciones en el caso de trabajadores inscritos en el SNGJ. Por lo tanto, el objetivo de sendas modificaciones legislativas no sería otorgar unos incentivos sobre el colectivo de jóvenes inscritos en el SNGJ, a los que considero que ya eran aplicables, sino que más bien persigue la mera conversión de las reducciones a la cotización a la Seguridad Social en bonificaciones con cargo al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

7. Valoración crítica

El SNGJ nació con el afán de solucionar un problema estructural que con la crisis económica adquirió unos tintes verdaderamente alarmantes, como es el caso del desempleo juvenil y su elevada tasa. Con su implantación se intenta paliar la dinámica en la que estaban cayendo aquellos jóvenes cuya situación se revelaba más desesperanzadora, por encontrarse en un bucle de desconexión con el empleo a causa del prematuro abandono escolar, la ausencia de formación y, en definitiva, su escasa empleabilidad. Los poderes públicos, desde las distintas instancias internacionales tomaron conciencia de este problema que, pese a no ser nuevo, se ha visto agravado como consecuencia de la crisis. Para ayudar a superar esta difícil situación tenían que actuar las diferentes instituciones públicas y, al frente de las mismas, la Administración General del Estado. En este sentido, los poderes públicos tenían que articular mecanismos que facilitaran la

transición de la educación al empleo y la reversión de una dinámica que iba encaminada hacia el abismo. Se trataba de asegurar una adecuada incorporación de los jóvenes al mercado laboral, cuestión que no sólo es esencial para el “éxito” en el trabajo, sino que además tiene un efecto multiplicador a lo largo sus vidas, así como en la de sus familias y, en general, en el desarrollo de los países¹⁵⁶. Para lograr este objetivo se han tomado multitud de medidas, algunas más acertadas que otras. Una de ellas fue la de implantar un Sistema Nacional de Garantía Juvenil, cuyo principal propósito consiste en que los jóvenes que estén sin estudiar y sin empleo puedan encontrar un trabajo o, cuanto menos, mejorar de algún modo su empleabilidad. En este sentido, los fines pretendidos con la creación del SNGJ son más que loables y en este sentido se ha producido un despliegue normativo que viene caracterizado por la envergadura de sus propósitos, extremo que guarda relación con la magnitud del problema evidenciado y la voluntad de asegurar los cuantiosos fondos comunitarios previstos para alcanzar los objetivos marcados¹⁵⁷. Sin embargo, su implantación ha exhibido una serie de inconsistencias, que pasaré a desarrollar brevemente.

La Ley 18/2014 pone un empeño bastante evidente en regular el procedimiento de inscripción y el régimen jurídico del fichero administrativo donde se encuentran registrados los beneficiarios del SNGJ, si bien no hace lo propio con las medidas o acciones que pueden llevarse a cabo, que vienen determinadas con demasiada amplitud. Esta situación favorece el recurso a la individualización, pues cada administración local podrá diseñar un itinerario particular para cada usuario, pues lo único que concreta la Ley es el recurso a la contratación a través de bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social. Estaríamos ante una política de empleo “a la vieja usanza”¹⁵⁸, marcada principalmente por una rebaja de los costes de Seguridad Social y la implantación de modalidades contractuales de naturaleza temporal (por ejemplo, las previstas en la Ley 11/2013, de 26 de julio). De esta forma, parece que el impulso principal ha sido incentivar la contratación con bonificaciones, algo que mejora las estadísticas, pero que simplemente sería una solución coyuntural, que no terminaría por mejorar las estructuras¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Así se ha expresado en el Documento *El empleo juvenil en Europa Oriental: una crisis dentro de la crisis*, Documento de antecedentes para la reunión informal de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales que se celebrará durante la 100 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 15 de junio de 2011, p. 1.

¹⁵⁷ En este sentido, Escudero Rodríguez, R., *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁸ Expresión utilizada y extraída del estudio de Cavas Martínez, F., *op. cit.*, p. 560.

¹⁵⁹ Aguilar Martín, M^a.C., *op. cit.*, p. 24.

De otro lado, aunque en la Recomendación de 22 de abril de 2013 del Consejo se especifique que en el plazo de 4 meses cada joven debe de recibir una oportunidad educativa u ocupacional desde que se queda sin empleo o finaliza sus estudios, el SNGJ, como es natural, no garantiza un puesto de trabajo. Así, desde el momento en que esto no ocurre se corre el riesgo de que se pierda la motivación en la participación en este Sistema, así como, si tras la formación ofrecida no le sucede un nuevo empleo ni un salario digno, se produciría un desincentivo importante para el joven¹⁶⁰.

En este sentido, tal vez deberían implantarse medidas más concretas que favorezcan el aprendizaje y la formación, puesto que éstas van directamente relacionadas con los resultados de empleabilidad. Entre estas medidas, podría articularse un modelo de formación en alternancia, que constituye una realidad contrastada a nivel europeo, con resultados exitosos y probados en países en los que su existencia cuenta ya varias décadas¹⁶¹. En fin, pienso que se debería de intentar asegurar a los integrantes del SNGJ la adquisición de un primer empleo que facilite el acceso al mercado laboral y los jóvenes puedan salir del círculo o bucle en el que se les exigen altos niveles de formación y experiencia laboral previa. Pero, sin duda, uno de los mayores fracasos del SNGJ ha venido provocado por el método de comunicación empleado, que no ha informado a la población de una forma clara y eficaz. Para la importancia que se supone que tendría una mejora de la situación laboral de los jóvenes, la publicidad empleada para promocionar el uso del SNGJ ha sido prácticamente inexistente, sobre todo, si se compara con otras campañas – también muy importantes – que cuentan incluso con espacios publicitarios en televisión, como por ejemplo, los anuncios de la DGT o en materia impositiva. Existe pues, una desinformación generalizada sobre la población y con ello de los eventuales destinatarios de la Garantía Juvenil. No cabe desconocer que el SNGJ inició su andadura con una paupérrima participación, pues a 31 de diciembre de 2014 se cifraron simplemente unos 20.660 inscritos¹⁶². No es de extrañar, por ende, que incluso en el año 2016 se puedan leer noticias que señalan que sólo el 19% de los jóvenes entre los que se calcula que cumplen los requisitos se “apunten” al Plan de Garantía Juvenil¹⁶³. Aunque los datos de jóvenes

¹⁶⁰ González Díaz, F.A., *op. cit.*, p. 25 (BIB 2015/167290).

¹⁶¹ Mercader Uguina, J.R., *op. cit.*, p. 78.

¹⁶² http://www.eldiario.es/sociedad/Balines-desempleo-juvenil_0_461254090.html
Noticia del 13/12/2015.

¹⁶³ <http://www.elmundo.es/economia/2016/03/23/56f1a9cb46163f17638b4622.html>
Noticia del 23/03/2016. Señala que, según datos oficiales, hasta ese momento se habían

inscritos han mejorado sensiblemente, todavía sigue representando una cifra bastante escasa si tenemos en cuenta que el SNGJ lleva varios años desde su implantación. Por lo tanto, entiendo que deberían realizarse mayores esfuerzos en publicidad para que este Sistema pueda llegar a más personas y con ello se pueda contribuir al cumplimiento de su cometido. Así, sería interesante seguir promocionando el SNGJ a través de medios de comunicación o redes con vocación generalista y, sobre todo, en las instituciones de juventud y en los servicios públicos de empleo. Sería conveniente que el SPEE abandonara sus métodos clásicos, basados casi en exclusiva en el componente prestacional y sin ofrecer demasiadas soluciones a la hora de la contratación. Restaría también por superar la deficiente coordinación entre los distintos servicios autonómicos de empleo y el SPEE, así como el funcionamiento excesivamente burocrático de muchos de ellos, pues suponen un lastre para tales políticas¹⁶⁴.

De otro lado, existen en nuestro ordenamiento un cúmulo desordenado de diferentes medidas a favor del empleo juvenil que, en algunos puntos, adolecen de cierta falta de coordinación, ya que terminan por solaparse. Además de la dispersión, algunas modalidades contractuales presentan algunos requisitos difíciles de entender, lo que, unido al desconocimiento generalizado de muchas de ellas, dejaría muchas de ellas en auténtico papel mojado. Desde estas líneas se invita a una reflexión para la reordenación de las medidas de inserción en el empleo juvenil, tomando como patrón la claridad, la sencillez y la eficacia.

Con todo, pese a la existencia de algunas inconsistencias y, por el momento, escaso acogimiento del SNGJ, lo cierto es que su implantación es ya una realidad y supone un importante avance a la hora de poner los cimientos sobre una realidad que, aun no siendo nueva, puede cambiar la forma de afrontarla. De hecho, algunas de las contrariedades que presentaba el SNGJ se han intentado corregir con la primera reforma efectuada sobre el mismo, que vino a través del citado RDL 6/2016, de 23 de diciembre. Uno de los avances más significativos ha sido el del aligeramiento de los requisitos de acceso. En sus inicios se exigía cierta desconexión laboral y educativa para poder entrar a formar parte del SNGJ. En este sentido, había que estar 30 días sin trabajar y no haber recibido acciones formativas o educativas de 40 horas mensuales en los 90

apuntado al SNGJ 241.343 jóvenes, lo que representa el 19% de los 1,27 millones de jóvenes menores de 30 años que según estimaciones del Ministerio de Hacienda reunirían los requisitos para acogerse al mismo.

También puede verse en la web:
http://www.citapreviainem.es/sistema_nacional_de_garantia_juvenil/

¹⁶⁴ Escudero Rodríguez, R., *op. cit.*, p. 58.

días anteriores a la solicitud. En la actualidad, simplemente se exige no haber trabajado o haber recibido acciones educativas/formativas en el día natural anterior de la presentación de la solicitud de inscripción al SNGJ. Por lo tanto, se simplifican los requisitos y se acortan los plazos que el Sistema comienza a funcionar, pues al día siguiente de que un joven se quede sin trabajo podrían instar su participación el mismo, por lo que de esta forma, se estaría ganando tiempo (al no tener que esperar a que pasen 30 días). Otra de las novedades que me gustaría destacar sería la inclusión de los agentes sociales en el procedimiento de inscripción, pudiendo crear y gestionar ficheros específicos y, en definitiva, participar activamente en el desarrollo del SNGJ. La última de las novedades que quisiera resaltar en este punto sería la del abandono de la exclusiva modalidad de acceso voluntaria o a instancia de parte. En sus orígenes, se precisaba la voluntad inequívoca por parte del joven de unirse a este proyecto. Esta opción dejaba fuera a los jóvenes desanimados o desinformados, que al no inscribirse no podían formar parte de ese grupo de personas a las que, de alguna forma, se las va a intentar revertir la situación de desocupación y/o ausencia de formación en la que se encuentran inmersos¹⁶⁵. No se exigía que la persona estuviera inscrita como demandante de empleo en el SPEE¹⁶⁶, lo que fue entendido como un funcionamiento independiente del sistema de protección por desempleo¹⁶⁷. El citado RDL dotó de cierta automaticidad al Sistema en tanto en cuanto señala que la inscripción o renovación como demandante de empleo implica el acceso al SNGJ, siempre y cuando se cumplan los requisitos de acceso al mismo. En este sentido, a día de hoy perviven dos formas de acceder al SNGJ: uno completamente voluntario, solicitándose su inscripción independiente del SPEE y otro automático que supone la participación en el SNGJ siempre que el joven se inscriba como demandante de empleo.

En suma, la implantación del SNGJ puede proporcionar un cierto alivio a esta situación y, sobre todo, crear un ambiente más sensible y favorable a la hora de asumir responsabilidades y tareas consistentes en la reducción del desempleo juvenil¹⁶⁸, también desde las instituciones públicas.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, Aguilar Martín, M^a. C. “Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3. n. 3, 2015, p. 25.

¹⁶⁶ Se ha señalado por parte de alguna autora que, tal vez, sea por no aumentar las ya alarmantes tasas de desempleo: Aguilar Martín, M^a.C., *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁷ Palomino Saurina, P., “La Garantía Juvenil”, *Revista de Información Laboral*, n. 6. 2015, p. 68.

¹⁶⁸ En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M^a.E., *op. cit.*, p. 12.

8. Bibliografía

- Aguilar Martín, M^a.C., “Mecanismos públicos para favorecer la transición de los jóvenes de los jóvenes en el proceso de incorporación al mundo laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015.
- Cavas Martínez, F., “Incentivos laborales para combatir el desempleo juvenil: una reordenación obligada”, *La protección por desempleo en España*, AESSS, Ed. Laborum, 2015.
- Cristóbal Roncero, R., “Sistema Nacional de Garantía Juvenil (Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento de la competitividad y la eficiencia)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 169, 2014.
- Escudero Rodríguez, R., “El Sistema Nacional de Garantía Juvenil: entre un amplio número de medidas y unos resultados aún insuficientes”, en *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Centro Reina Sofía, 2016.
- Escudero Vasconez, V. y López Moruelo, E., “El Sistema de Garantía Juvenil en Europa: características, desarrollo y desafíos”, *Información Comercial Española (ICE)*, n. 881, 2014.
- Fernández Orrico, F., “El Sistema Nacional de Garantía Juvenil: nuevo instrumento de actuación y apoyo a la contratación de jóvenes”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 377-378, 2014.
- Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación de los jóvenes en el mercado de trabajo y la iniciativa de Garantía Juvenil”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2014.
- Gómez-Millán Herencia, M^a.J., “Transiciones al empleo impulsadas por la Garantía Juvenil”, *Documentación Laboral*, n. 104, 2015.
- González Díaz, F.A., “La garantía juvenil ¿una respuesta a la crisis del empleo de los jóvenes?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 181, 2015.
- Mercader Uguina, J.R., “Razones, referentes y marco institucional de la formación dual en España”, *Revista Derecho Social y Empresa* (monográfico sobre Empleo Joven), n. 1, 2014.
- Nieto Rojas, P., “La formación como elemento diferencial en la inserción laboral de los jóvenes poco cualificados. Un enfoque comparado”, en *Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el Derecho, la Sociología y la Economía*, Centro Reina Sofía, 2016.

- Llorente Pérez, A., “La garantía juvenil europea como alternativa al desempleo y la exclusión social de los jóvenes”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 3, 2015.
- Palomino Saurina, P., “La Garantía Juvenil”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2015.
- Pérez del Prado, D., “Desempleo juvenil y formación en Europa: el problema de los Ninis”, *Revista de Información Laboral*, n. 2, 2014.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M^a.E., “El Real Decreto-Ley 8/2014: Garantía Juvenil y nuevo marco territorial de las políticas de empleo”, *Relaciones Laborales*, n. 9, 2014.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., “La Garantía Juvenil en la Unión Europea. Obstáculos para su implantación en España”, *Revista Derecho Social y Empresa* (monográfico sobre Empleo Joven), n. 1, 2014.
- Taléns Visconti, E.E., “Estímulos a la contratación”, en Blasco Pellicer, A., López Balaguer, M., Alegre Nueno, M., Ramos Moragues, F. y Taléns Visconti, E.E., *Reforma Laboral y de Seguridad Social 2013*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- Valero, J., “La garantía juvenil despega con un futuro incierto”, *Escritura Pública*, n. 90, 2014.

El peligro actual de la decadente acción y actividad sindicales

Jaime ALEMAÑ CANO*

RESUMEN: La «acción sindical» y la «actividad sindical», conceptos que se analizarán en este trabajo, se encuentran en una franca decadencia desde que se produjo la crisis económica y financiera a nivel mundial. Tal crisis ha sido aprovechada por Estados y gobiernos para volver a definir la denominada «cuestión social», y ello está produciendo un cambio sustancial en el conjunto de las relaciones laborales.

Palabras clave: Acción sindical, actividad sindical, sindicato, globalización, libertad sindical, pobreza, crisis económico-financiera, cuestión social, solidaridad.

SUMARIO:1. Introducción. 2. Sentido de las locuciones «acción sindical» y «actividad sindical». 3. El nuevo estatus. 3.1. Redefiniciones programadas. 3.2. Ruptura de la tradicional lucha reivindicativa. 3.3. Cuestión social y contrato. 3.4. La soledad del trabajador. 4. De nuevo al punto de partida (a modo de conclusión). 5. Bibliografía.

* Profesor Titular de Universidad. Universidad de Alicante, España.

The current danger of download Trade Union action and activity

ABSTRACT: «Trade union action» and «trade union activity», concepts to be analyzed in this paper, have been in a state of decline since the global financial and economic crisis. Such a crisis has been used by States and governments to redefine the so-called «social issue», and this is producing a substantial change in all industrial relations.

Key Words: Trade union action, trade union activity, globalization, freedom of association, poverty, economic and financial crisis, social issue, solidarity.

1. Introducción

La disminución de la «acción sindical» tanto en el seno de las empresas como fuera de las mismas, es un hecho irrefutable tal y como se ha hecho constar en otros foros distintos del actual, y tal y como se hará referencia, igualmente, en este trabajo. Pero no solo la colectivización de dicha acción, sino también las actividades individuales («actividad sindical») se están contrayendo hasta el extremo de llegar a un individualismo-egoísmo sin parangón desde los inicios de la industrialización.

La razón de este comportamiento colectivo e individual tiene su entronque en el colapso económico y financiero mundial que todavía se está padeciendo, y que se alargará porque, en definitiva, lo que se pretende es la ruptura con el modelo tradicional de relaciones laborales.

Los Estados, con sus respectivos gobiernos al frente, no buscan soluciones, no interesa. Si se pretende el cambio – la quiebra de la llamada «cuestión social» –, lo más razonable es mantener el estatus actual, o incrementarlo en la comprensión neoconservadora que está imperando en los países occidentales.

El breve estudio que a continuación se va a exponer es, a todas luces, insuficiente; de ello se es plenamente consciente. Lo único que se pretende es ofrecer unas mínimas bases para posteriores estudios – que habrán de ser, necesariamente, multidisciplinarios –, sin negar u ocultar la evidencia; unos estudios que engloben, así mismo, la crisis económico-financiera, la pobreza, la ineficacia y radicalización política actuales, y la involución en el ámbito laboral.

2. Sentido de las locuciones «acción sindical» y «actividad sindical»

A) La fijación, en este trabajo, de la expresión «actividad sindical» no es gratuita en modo alguno, pues pretende responder a una clara distinción entre «actividad» y «acción». Estos vocablos no se contraponen; antes al contrario, pues aquel es la comprensión general o aptitud universal para emprender sucesos de relevancia sindical. Por su parte, la «acción» se desenvuelve en aspectos específicos por existir, en los sujetos obrantes, una especial tarea para dirigir su obrar de manera singular en cuestiones sindicales.

B) La «acción sindical» no es extraña ni para el legislador ni, por supuesto, para la jurisprudencia emanada, principalmente, del Tribunal Constitucional. En el plano legislativo, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de

agosto, de Libertad Sindical, El Título IV, bajo el epígrafe «De la acción sindical», viene a recoger con carácter normativo – como señala la Exposición de Motivos – *las competencias, facultades y garantías que en esta materia se introdujeron en España por primera vez a través del Acuerdo Marco Interconfederal*. Pero es el art. 8.1 de la expresada ley el que configura el conjunto de acciones que pueden desarrollar determinados sujetos en función de la representación ostentada (art. 6.1 LOLS): a) constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato; b) celebrar reuniones, previa notificación al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa; y c) recibir la información que le remita su sindicato.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ampliado la noción «acción sindical». No obstante, y antes de exponer dicha ampliación, el referido órgano judicial ha venido a definir qué ha de entenderse por tal acción, y en este sentido, se ha considerado que se trata de una *actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores*¹⁶⁹; una definición esta que presenta un problema de adecuación gramatical, pues con el ánimo puesto en evitar repeticiones el Tribunal emplea el sinónimo «actividad» por «acción», lo cual no es incorrecto pero lo que sí es bien cierto es que ambos términos no tienen los mismos significados. *Los sinónimos considerados en su sentido más estricto, es decir, como voces distintas de significación idéntica, se dan en muy contadas ocasiones*; con los sinónimos se pretende, no tanto indicar palabras con significados distintos, como la de proporcionar aquellas que, *en su contexto semántico concreto, pueden ser reemplazadas o sustituidas por otras que expresen un matiz o sentido específicos*¹⁷⁰. Por lo tanto, emplear este recurso lingüístico no siempre es acertado, y en determinado tipo de textos *que requieren mucha precisión, la repetición puede ser un requisito, como sucede en (...) textos jurídicos (...)* La idea de que la repetición es inevitable y a veces necesaria [no debe ser] excesiva y [resultar] pesada, para lo cual pueden valer otros recursos como los pronombres, posesivos, numerales, demostrativos o mediante la elipsis¹⁷¹.

La edición del tricentenario del Diccionario de la Lengua Española, ofrece, como primer significado de «actividad» la de *facultad de obrar*¹⁷²; y como también primer significado de «acción», la de *ejercicio de la posibilidad*

¹⁶⁹ STC 118/1983, de 13 de diciembre, fundamento de derecho cuarto, párrafo segundo.

¹⁷⁰ *Diccionario de sinónimos y antónimos*, Prólogo, Espasa Calpe, Madrid, 1994.

¹⁷¹ Paredes García, F., Álvaro García, S. y Paredes Zurdo, L., *Las 500 dudas más frecuentes del español*, Instituto Cervantes. Espasa, Madrid, 2013, pp. 398-399.

¹⁷² <http://dle.rae.es/?id=0chgoNb>

de hacer¹⁷³. Es evidente, pues, que «facultad» no es idéntico que «ejercicio», pues aquel significa *aptitud, potencia física o moral* (o, en su segunda acepción, *poder o derecho para hacer algo*)¹⁷⁴; mientras que el segundo de los términos alude a *acción de ejercitar o ejercitarse*¹⁷⁵ (ejercitar, segunda acepción: *hacer uso de un derecho, capacidad o virtud*)¹⁷⁶.

Resaltada la equívoca definición empleada por el Tribunal de Amparo, se venía a decir, dicho órgano ha ampliado¹⁷⁷, con matices, el contenido de la llamada «acción sindical»: *La CE ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos eludiendo la consagración de un monopolio del Sindicato, de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (art. 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (art. 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (art. 37.1)*. Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento positivo permite la existencia de un sistema dual en el que la acción sindical puede ser llevada a cabo tanto por el sindicato como por el comité de empresa, *ello no significa ni que exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el art. 7 de la norma fundamental constitucionaliza al Sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar, como dijera la sentencia de este Tribunal núm. 37/1983, de 11 May., una indirecta vinculación con el art. 129.2 CE*¹⁷⁸.

C) La «actividad sindical», por su parte, tiene un espectro más amplio, tal y como ha podido constatarse en las definiciones ofrecidas. Sin embargo, hay que dar un paso más; en este caso, el acento debe situarse en la adjetivación incardinada en la expresión tratada en este lugar.

Si se atiende a la definición ofrecida de «sindical» por el Diccionario de Autoridades, aparece, como segunda acepción la de *Perteneciente o relativo al sindicato*¹⁷⁹; y a este último, pero esta vez en la primera acepción, como *Asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses*¹⁸⁰.

Sin embargo, y desde una perspectiva jurídica, “lo” sindical refiere, *ab initio*, a una colectividad¹⁸¹, y dentro del sistema de fuentes el Derecho

¹⁷³ <http://dle.rae.es/?id=0KZwLbE>

¹⁷⁴ <http://dle.rae.es/?id=HTxyZDZ>

¹⁷⁵ <http://dle.rae.es/?id=ESTMxfN>

¹⁷⁶ <http://dle.rae.es/?id=ESaauVt>

¹⁷⁷ Cfr. STC 197/1990, de 29 de noviembre, fundamento de derecho cuarto, párrafo segundo.

¹⁷⁸ STC 118/1983, de 13 de diciembre, fundamento de derecho tercero, párrafos segundo y tercero.

¹⁷⁹ <http://dle.rae.es/?id=XxkcSzS>

¹⁸⁰ <http://dle.rae.es/?id=XxoZcbH>

¹⁸¹ Palomeque López, M., C. *Derecho sindical español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 25-26.

sindical se alza no como un apéndice del Derecho individual del trabajo, sino como un *segmento jurídico de la macrodisciplina Relaciones Industriales*¹⁸². Luego, el aspecto colectivo casa adecuadamente con «acción sindical» pero no con «actividad sindical», expresión esta más amplia y que incluiría otro aspecto trascendente para las propuestas que se van a realizar; y tal otro aspecto no es otro que el individual, el de la libertad individual entendida como el derecho-facultad de todos los individuos en hacer, sin coacción alguna, lo que más se acomode a sus intereses y siempre y cuando tal decisión no conculque los derechos de otros¹⁸³. Transmutado este último aspecto a la dogmática propia de la disciplina, dicha libertad tiene un contenido concretado, positivamente¹⁸⁴, en la libertad para constituir sindicatos y en la libertad para afiliarse; negativamente, en la libertad para no sindicarse y en la libertad para abandonar el sindicato¹⁸⁵.

D) Una vez ofrecida la delimitación conceptual y distinguido entre actividad y acción sindical, por un lado, y entre libertad sindical individual y colectiva, por otro, se está en condiciones de analizar si en la actualidad (y lo que es más importante, en un futuro no tan alejado de nuestros días), «actividad» y «acción» se encuentran subsumidas en un proceso de redefinición o, en el peor de los escenarios, de desaparición.

3. El nuevo estatus

3.1. Redefiniciones programadas

El problema precedentemente planteado en torno de la redefinición o la desaparición de la «acción sindical» y de la «actividad sindical» no se encuentra focalizado localmente; trasciende, está mundializado y, lo que es

¹⁸² Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 44.

¹⁸³ *La existencia del otro aporta un límite de hecho a mi libertad (...) El verdadero límite de mi libertad está pura y simplemente en el hecho mismo de que otro me capte como otro-objeto y en el hecho, corolario del anterior, de que mi situación deje de ser situación para el otro y se convierta en una forma objetiva, en la que existo a título de estructura objetiva. Esta objetivación alienadora de mi situación es el límite constante y específico de mi situación, así como la objetivación de mi ser-para-sí en ser-para-otro es el límite de mí ser. Y precisamente estos dos límites característicos representan las fronteras de mi libertad... Este límite a mi libertad está puesto, como vemos, por la pura y simple existencia del prójimo..., y ahora vemos, al hacer entrar en nuestras consideraciones la existencia del otro, que mi-libertad, en este nuevo plano, encuentra también sus límites en la existencia de la libertad ajena* (Sartre, J. P. *El ser y la nada*. Traducción: Juan Valmar, Altaya, Barcelona, 1993, pp. 547-549).

¹⁸⁴ *Vide* Convenios 87, 98 y 151 de la O.I.T.

¹⁸⁵ Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I., *Derecho sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 61 y ss.

peor, se ha enquistado y su enucleación parece de muy difícil o imposible consecución.

El clima internacional creado como consecuencia de la crisis económica ha propiciado un cambio, un profundo cambio en la forma de entender, no solo la economía, sino también las estructuras políticas y sociales en los llamados países desarrollados. Y una primera cuestión a tratar es si tal cambio se ha producido antes en la Economía o, por el contrario, ha tenido lugar precedentemente en la Política de los Estados implicados.

La adopción por priorizar antes o después el cambio de modelo político o económico, ambos a nivel global, es más aparente que real. Podría pensarse a priori que es el modelo económico el que propició la transformación actual; al menos así se apreciaría por la mayoría de los ciudadanos que han sufrido, y sufren, el rigor de los recortes de todo tipo y el notable descenso del nivel de vida si se compara con épocas precedentes y no tan alejadas en el tiempo.

Sin embargo, si se analiza, siquiera con la superficialidad que puede merecer un mero observador, se aprecia que los cambios referidos se han producido al unísono, como si uno estuviera esperando al otro para irrumpir en las sociedades avanzadas. Repárese que detrás de los grandes imperios económicos están los *lobbies* que intentan, y en la mayoría de casos consiguen, manipular, controlar o dirigir – o las tres cosas a la vez – a los dirigentes políticos, a sus asesores y a los que están entre bambalinas de aquellos¹⁸⁶. No es infrecuente verlos en la entrada del Parlamento Europeo, por ejemplo. Y claro, la pregunta – y la respuesta – es clara, quién está medrando ante los cariacontecidos parlamentarios, pues no debe olvidarse que los sujetos propagandísticos que se sitúan en lugares estratégicos de la Cámara son meros engranajes de una larga cadena de transmisión. La respuesta, diáfana como se ha dicho, no es otra que los grandes imperios financieros, que no actúan aisladamente, sino en connivencia con diferentes estratos políticos y en cada período determinado.

El cambio de modelo económico se presenta como ariete en la modificación actualmente existente; un cambio este inesperado para casi todos, excepto para los que la propiciaron. Evidentemente, el crack producido en la mayoría de los Bancos Centrales no fue casual, sino buscado por quienes querían – y han conseguido – un giro brusco en la concepción tradicional de las estructuras económicas. El tsunami que

¹⁸⁶Para Tirole se trata de un auténtico «secuestro al Estado». Tirole, J., *La economía del bien común*, Taurus, Madrid, 2017, p. 179.

supuso el fenómeno de la globalización ha tenido una réplica inversa¹⁸⁷; se quería volver al estado previo a dicho fenómeno y la excusa ha sido el derrumbe de las economías tradicionales, o la provocación, mejor, de dicho derrumbe. A ello debe añadirse que quien pergeñó el colapso mundial – y no se trata de ninguna teoría de la conspiración¹⁸⁸ – aprovechó para rehacer o revisar los compromisos sociales existentes desde la Revolución Industrial. Son perfectamente asumibles al día de hoy las palabras de STIGLITZ a propósito de la globalización, al indicar que la misma ha supuesto la implantación de nuevas dictaduras de las finanzas internacionales; para millones de personas este fenómeno no ha funcionado, antes al contrario, les ha perjudicado y han visto cómo *sus empleos eran destruidos y sus vidas se volvían más inseguras. Se han sentido cada vez más impotentes frente a fuerzas más allá de su control. Han visto debilitadas sus democracias y erosionadas sus culturas*¹⁸⁹.

3.2. Ruptura de la tradicional lucha reivindicativa

El drama, para muchos, que se vive en la actualidad reside, entre otras cosas, en la falta de entusiasmo por la obtención general de una sociedad mejor; y si ello se traslada al mundo de las relaciones laborales, la lucha reivindicativa es prácticamente inexistente. Puede haber, ello sí, atisbos, querencias atávicas (lo “atávico” es empleado aquí como un eufemismo porque hasta hace no más de diez o quince años todavía se podían encontrar sujetos y colectivos que exigían – o al menos lo intentaban – un sistema más justo y equilibrado) o recordatorios sobre igualdad de oportunidades, equiparación laboral entre hombres y mujeres, sueldos más dignos, contratos de larga duración, etc. Pero todo ello, tal y como se conoció, tal y como se ha mantenido, con mejor o peor fortuna, desde los albores de las primeras revoluciones, si no ha desaparecido, sí, en cambio, ha disminuido notablemente su intensidad.

Las dos próximas generaciones van a ser cruciales en el devenir de las acciones reivindicativas, porque de persistir en el estado actual, tales generaciones ya no tendrán parangón, y aceptarán como bueno todo aquello que se obtenga o se otorgue.

Las actuaciones políticas han jugado desde siempre un papel decisivo a la

¹⁸⁷ Sobre la distinción entre «mundialización» y «globalización», vide Alain Touraine, citado por Estefanía, J., *La cara oculta de la prosperidad*, Taurus, Madrid, 2003, p. 78.

¹⁸⁸ Vide Napoleoni, L., *La economía canalla. La nueva realidad del capitalismo.*, Paidós, Madrid, 2008, pp. 253-254.

¹⁸⁹ Stiglitz, J., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002, pp. 308-309.

hora de acelerar o ralentizar el compromiso de los distintos gobiernos en acceder o no a unos mayores y mejores posicionamientos de las clases trabajadoras, bien se plasmen tales actuaciones en políticas activas como en políticas pasivas. Y quien ha llevado a cabo, se quiera o no reconocerlo, la lucha reivindicativa han sido tradicionalmente los partidos de izquierdas (aunque los partidarios de ideologías contrarias también se hayan beneficiado de ello, también se quiera o no reconocer). Sin embargo, consecuencia de la involución que en todos los aspectos se está padeciendo, por un lado, y a la carencia de estructuras organizativas fuertes que continúen con la labor desarrollada durante más de dos siglos, por otro lado, todo ello hace que se esté sufriendo un gran estancamiento en el actuar de los agentes sociales. Este estancamiento podría devenir indefinido, y con él, y a la vuelta de no más de cincuenta años, nada quedará por reivindicar y quien esté y quienes sufran las decisiones estatales en manera social las aceptarán como mal menor y agradecerán lo poquísimo que dichas decisiones puedan mejorar su estatus.

Entre no tener nada y tener un poco, se preferirá, obviamente, esto último. La lucha de clases – ya se está avecinando – desaparecerá, y quien pretenda levantar la voz para exigir un mejor sistema de relaciones laborales será acallado por la gran mayoría y por temor a perder lo “mucho” que el gran padre Estado les está proporcionando.

No se trata, con las precedentes palabras, de exponer las consecuencias casi apocalípticas de una sociedad que, hoy por hoy, está agonizante. Una sociedad esta que ha sufrido la peor de las pesadillas con la renombrada «crisis económica» que, interesada o no, ha supuesto la vuelta atrás en todo lo que hasta el momento la sociedad había conseguido.

3.3. Cuestión social y contrato

La cuestión social es el posicionamiento (estatus) ocupado por los trabajadores frente a un poder preexistente; de no existir este último aquel estatus no tendría razón de ser. La cuestión social se viene a presentar como un acto de contestación ante una forma de actuar antitética respecto de quienes ostentan (en algunos casos detentan) el poder establecido en un momento determinado. Desde una perspectiva histórica la cuestión social suponía «solidaridad» entre la gran mayoría de los trabajadores con el fin de enfrentarse a la opresión y abuso existentes.

Frente a la indicada «cuestión social» cuyos orígenes se sitúan tras la Revolución Industrial y el conjunto de revoluciones sociales y políticas acaecidas en los siglos XVIII y XIX, se presenta una «nueva cuestión

social», pero esta vez es insolidaria consecuencia ello del individualismo exacerbado del trabajador. Como se ha tenido oportunidad de indicar en otro foro distinto del actual¹⁹⁰, la sociedad de hoy es tremendamente egoísta y ello trasciende, obviamente, a la clase trabajadora reflejo esta última de la sociedad en la cual vive. La nueva cuestión social no se basa en postulados reivindicativos; en realidad, pocas cosas pueden reivindicarse, si acaso mantener lo conquistado, e impedir a todo trance la reducción o supresión de los derechos adquiridos, extremos todos ellos que se antojan de difícil consecución, pues es de apreciar un retroceso patente en las conquistas alcanzadas, incluso de los mínimos teóricamente garantizados, lo cual representa una auténtica involución.

La precitada «involución» era hasta hace bien poco impredecible y se hablaba, incluso, de una «redefinición del contrato social» y de una reelaboración de las *políticas sociales y su instrumentación a través de la construcción de un nuevo marco jurídico de derechos sociales; es decir, una modernización, del entero Derecho social y del Trabajo como instrumento de mediación y conformación de las relaciones sociales*¹⁹¹.

El modelo de contrato tal y como fue concebido se presenta muy distorsionado. Como se ha tenido oportunidad de indicar en otro momento¹⁹², la sociedad actual es una sociedad extremadamente compleja y ello se refleja en el ámbito de las relaciones laborales. Esta complejidad es producto de múltiples factores, algunos jurídicos y otros no; factores atinentes a la pérdida de la solidaridad, al avance galopante del individualismo y a la amalgama de situaciones, de nuevas situaciones necesitadas de previsión normativa. El Derecho del trabajo no es ajeno a todo ello, o al menos no lo debería ser; y el Derecho del trabajo debe admitir, so pena de quedar anquilosado, los cambios estructurales acaecidos en el mercado de trabajo. Paralelamente a esto último, una disciplina social y tan indefectiblemente próxima al trabajador y a las nuevas situaciones nacidas en el seno de las empresas y en la sociedad del presente, no puede obviar el o los nuevos modelos de Estado; modelos adaptados a unas sensibilidades distintas de las existentes al tiempo de la creación del Nuevo Estado surgido tras la Revolución Francesa. La realidad podrá gustar más o gustar menos, incluso se podría tildar de conservadora o de, en algunos casos, extremadamente conservadora. Pero los hechos son constatables, y frente a los mismos o bien se asiste como

¹⁹⁰Alemañ Cano, J., «La nueva cuestión social y el futuro del contrato de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 148, 2010, pp. 947-949.

¹⁹¹Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 214.

¹⁹²Alemañ Cano, J., *La nueva cuestión social...*, *op. cit.*, p. 950.

mero espectador, o bien se participa en la función y se intenta suavizar aristas para impedir (controlar en el peor de los casos) el fatal asentamiento de posturas neoliberales en el universo de las relaciones laborales.

Pero el contrato de trabajo es proclive a sufrir un triple embate: la revisión fáctica del concepto de Estado social, el decaimiento progresivo de las organizaciones de identidad colectiva¹⁹³ y, finalmente, la crisis y recesión económicas. El peligro subyace en el resurgimiento de dicho contrato como arrendamiento de servicios bajo la plataforma mercantil del contrato de adhesión¹⁹⁴.

No debe olvidarse que el ciudadano en general cedió gran parte de su individualismo a favor de la colectividad, y el trabajador, además, cedió parte de su autonomía en pos de la protección ofrecida por el Estado y por los sujetos colectivos. Pero cabría preguntarse si este estatus permanece o ha desaparecido o es tendente a su desaparición.

La respuesta a tal pregunta es que tiende a desaparecer a pasos agigantados. Y una de dos, o se adquiere un conformismo a ultranza – que todo apunta en tal dirección – o se retoma la anacrónica (pero quizá necesaria) lucha de clases.

3.4. La soledad del trabajador

El trabajador hoy se encuentra solo debido, principalmente, a un triple factor: la insolidaridad, el egoísmo y la pérdida de protagonismo de los sujetos colectivos¹⁹⁵.

En cuanto a la «insolidaridad», se ha pasado de un deseo genérico de la masa de trabajadores por la solidaridad y la cooperación en común para alcanzar unos mínimos aceptables, al individualismo posesivo, a la insolidaridad y a la falta de compromiso social¹⁹⁶. Esta nueva actitud desencadena un dañino individualismo, el cual no duda en velar por intereses propios y obviar los generales o los de una específica colectividad. Dos cuestiones se plantean aquí, por un lado, cuál es la razón de ello, y, por otro lado, quién es el que ha diseñado esta nueva forma de

¹⁹³ Cfr. Stiglitz, J., *Los felices 90. La semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003, p. 111.

¹⁹⁴ Cfr. Galiana Moreno, J.M., “Crisis del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998, p. 48.

¹⁹⁵ Se anticipaba todo ello en otro foro, Alemañ Cano, J., *Mañana como hoy. Un ensayo sobre el destino de la sociedad y el trabajo*, ECU (Editorial Club Universitario), San Vicente (Alicante), 2011.

¹⁹⁶ *Vide* George, S., *El Informe Lugano II*, Deusto, Barcelona, 2013, pp. 184-185.

entender el trabajo. En cuanto a la primera de las cuestiones, la respuesta a ofrecer radica en la propia naturaleza del ser humano, de su comportamiento ante o frente la escasez de recursos, pues no en vano, acceder a un empleo (si es digno mejor) cada vez es más difícil y su mantenimiento muy costoso, y no cesará en conseguirlo y en mantenerlo a ultranza y frente a cualquier contingencia no dudará un momento en utilizar todas las armas a su disposición para impedir que otros ocupen su lugar. Y en relación con la segunda de las cuestiones que plantea la insolidaridad analizada («el *quiéms*»), la respuesta no puede ser otra que el propio Estado, sus zonas grises u oscuras proclives a manejar los hilos de una economía basada, principalmente, en intereses singulares.

Las consecuencias mediatas producto de la dislocada y, digamos, atractiva nueva forma de acceder a un empleo, redundarán en un mayor grado de subordinación, mayores dificultades para mantener dicho empleo, muchas veces precario, y en un incremento de la marginalidad. Cualquier consideración atinente a la mejora del sistema de relaciones laborales, al día de hoy, no deja de ser una utopía. En tanto los Estados y las fuerzas económicas no se muestren tolerantes (y no lo serán nunca), no cabe albergar esperanza alguna para la implantación de un nuevo orden basado en la cooperación, la solidaridad y la justicia.

El segundo factor que viene a demostrar la soledad en la que se encuentra el trabajador es el «egoísmo» (fenómeno este que no debe centrarse exclusivamente en el empresario¹⁹⁷). El trabajador ha pasado de ser colectivista a solitario, de solidario a egoísta, y con ello, con este comportamiento, el trabajador se levanta de hombros porque se ve impotente para cambiar, porque no puede cambiar a la sociedad. La ilusión del bienestar social (ilusión porque no elimina la pobreza ni la desigualdad) solo auxilia a los más débiles en determinados momentos. Este auxilio se realiza a través de correcciones del mercado (de sus disfunciones) con el fin de posibilitar a la gran masa de ciudadanos la adquisición de (entre otros) bienes de consumo inalcanzables si no fuera por la práctica de dichas correcciones. Esta situación económica, ilusionante, pero ilusoria, crea unos determinados comportamientos en los ciudadanos, en función de su capacidad de gasto, y ello, no cabe duda, tiene la facultad de fragmentar la sociedad al crear rivalidades, al generar el egoísmo laboral y al considerar al trabajador como un individuo capaz de aumentar la competitividad entre sus iguales.

Por último, y como tercer factor, se encuentra la «pérdida de

¹⁹⁷Para Tirole, *el mercado fortalecería el egoísmo de sus actores, haciéndoles menos capaces de vínculos afectivos hacia los demás* (Tirole, J., *La economía del bien común...*, op. cit., p. 62).

protagonismo de los sujetos colectivos»¹⁹⁸. La actividad sindical de carácter reivindicativo ha decrecido notablemente en las últimas décadas. Los argumentos esgrimidos y que justifican tal decaimiento reivindicativo deben buscarse, principalmente aunque no como única circunstancia, en la obtención, primero, y en la consolidación, después, de un gran número de metas alcanzadas (léase derechos) otrora impensables. Ahora bien, las políticas sociales actuales parecen venir arrinconando de manera paulatina las conquistas obtenidas en otros tiempos. Estas políticas de un nuevo corte neoliberal superponen, con la aquiescencia de las fuerzas sindicales, el superfluo, artificial y perecedero bienestar social al conjunto de garantías laborales obtenidas con tanto esfuerzo y sacrificio. En un período de inestabilidad o recesión, la actividad sindical parece no reaccionar, o si lo hace es por puro compromiso (también por oportunismo según el color del ejecutivo reinante en un período concreto), mera justificación, si cabe, por el pago de la cuotas sindicales y los beneficios obtenidos según su posicionamiento en el ranking sindical. Los movimientos sindicales, si aparecen, son livianos, y esta actitud es aprovechada por la derecha neoconservadora para poner en solfa, quizá con razón, a la clase obrera y a sus dirigentes. La gran mayoría de los trabajadores no confía en los sindicatos. La idea primordial del trabajador es la obtención de la recompensa por el trabajo realizado; es su leitmotiv. La obtención de dicha recompensa (fin último aunque no siempre el único) está supeditada en la actualidad al concurso de otros dos agentes participativos en la obtención de ingresos: el empresario y el Estado. Esta terna es real y no aparente; es más, los tres se necesitan recíprocamente para la obtención de sus diferentes fines.

En el mundo laboral existe la figura del representante del trabajador como existe el representante del ciudadano. Esta representación puede presentarse bajo diferentes focos ideológicos, o estar más o menos apegadas a un determinado sindicato; o, en algunos casos, se muestra como parte del propio sindicato, elongaciones del mismo en la empresa, pero también fuera de ella. Esta representación, embrión de otra superior cual es la sindical por antonomasia, es capaz de controlar la actividad empresarial en el sentido de adecuarla (o enderezarla, según los casos) a la normativa vigente a través de la utilización de los canales adecuados posibilitados por la legislación al uso. Esta representación focalizada en el entorno empresarial es el embrión de otra mayor, la sindical o la representación ostentada por determinados sindicatos en una suerte de

¹⁹⁸Vide Goodman, A., *Voces contra la globalización*, obra colectiva dirigida por Estévez, C. y Taibo, C. Crítica. Barcelona, 2007, p. 163.

delegación para la defensa (lucha, en otros tiempos) de intereses más generales del conjunto de los trabajadores pertenecientes a varias empresas. Y esta representación o defensa general puede llegar a transmutarse, a ampliarse hasta el extremo de convertirse en una representación y defensa de un espectro espacial superior y alcanzar cotas de representación tan elevadas como para mantener un serio pulso con las altas instituciones del Estado. Es la acción institucional del sindicato; una acción consistente, principalmente y de manera genérica, en el control del mercado de trabajo.

La acción, pues, se institucionaliza, se mimetiza con las instituciones, o son verdaderas instituciones, pues pretenden, en principio, luchar (eufemismo contrastable) en un plano de igualdad con el ejecutivo y con las organizaciones empresariales, principalmente; una lucha esta centrada en la política económica y social, y, a la postre, en el control del mercado de trabajo. Pues bien, los sindicatos cuanto más se alejan de sus bases, cuanto más lejos están del trabajador, se hacen más proclives a finalizar compromisos impensables en el estatus para el cual fueron creados. Ello lleva a una cuestión de trascendencia constantemente actual, cual es la del compromiso, al día de hoy, de los sindicatos imperantes. Pero el compromiso pudiera tender a desvanecerse, no en vano, por el desvalor cada vez más creciente del derecho laboral en la regulación de las condiciones de trabajo, la aproximación del derecho mercantil en tal regulación, la precariedad laboral y el auge de sectores como el de autónomos en detrimento del régimen general, más costoso y más comprometido para el empresario. Todo ello apunta hacia un claro desvanecimiento o alejamiento de los sindicatos respecto de la clase trabajadora. Además, todas las anteriores circunstancias no favorecen, en modo alguno, la sindicación, de la cual se aleja el trabajador o se le obliga, tácitamente, a alejarse; en una suerte de *blacklist* virtual, sin cuerpo específico o sin materializarse plenamente, el trabajador puede llegar a ser consciente (ya lo es en muchos aspectos) de las nefastas consecuencias de su pertenencia a un sindicato para la búsqueda de un empleo.

El fin último del actual sindicalismo es el poder institucional en las bases, el sindicato a pie de trabajador funciona, y en la mayoría de las ocasiones funciona bien. Pero una vez obtenida la mayor representatividad, una vez (se quiera o no reconocer) alejado de la empresa y del propio trabajador, el comportamiento del sindicato es similar a la de cualquier institución del Estado, corporativamente perfecto, demagógicamente perfecto. El comportamiento del sindicato, así entendido, es un comportamiento dual, con dos caras: la singular y defendible de acometimiento de la problemática social y laboral en la base, y la institucional y desconocida

para dicha base. Los sindicatos, triste es decirlo, si no existieran habría que crearlos, aunque pasado un tiempo volverían a ser tal y como hoy se les conoce.

En realidad, y a la vista de los tres factores expuestos y que vienen a demostrar la soledad en la que se sitúa el trabajador actual, todo ello no ha sido producto del azar; antes al contrario, ha sido planificado de manera concienzuda bajo el subterfugio de la «crisis económica». No es un tema nuevo, ni tan siquiera es nuevo el análisis relativo al decaimiento de los sindicatos. En este sentido, otro Premio Nobel¹⁹⁹, pero de corte neoliberal, Hayeck, y en una época muy dura en Reino Unido, década de los ochenta con el *thatcherismo* en ristre, vino a sostener en relación con los sindicatos, en primer lugar, que el desarrollo del sindicalismo ha sido posible porque *la política se basó en la creencia de que al interés público convenía que los obreros estuviesen lo más organizados posible, y que los sindicatos no debían encontrar obstáculos en la consecución de un fin tan loable*. En segundo término, los monopolios sindicales y los métodos tributarios disuaden las inversiones privadas. En tercer lugar (en clara alusión a la «insolidaridad» y al egoísmo precedentemente expuesto), el individuo, para hacer el mayor bien, *tiene que dejarse guiar por signos abstractos e impersonales, [pues] no puede pretender conscientemente el mayor beneficio para otros, sino, a lo sumo, beneficio para sí y para sus socios [...] Estos instintos morales derivan del pequeño grupo cazador de unos cincuenta hombres y de la posterior sociedad tribal, en que el interés de cada uno por las necesidades conocidas de sus semejantes era esencial para la supervivencia del grupo [...] La fórmula que, en creencia extendida, ofrece una solución, a saber, la «justicia social», cuando se la ha probado, ha resultado ser totalmente buera*. Por último, se viene a afirmar que los poderes legalizados de los sindicatos *han llegado a ser el mayor obstáculo a la elevación del nivel de vida de la clase obrera en su conjunto. Son la causa principal de las diferencias, innecesariamente grandes, entre los obreros mejor y peor pagados*²⁰⁰.

A la luz de estas reflexiones («¿se parecen a las actuales?») que tienen casi cuarenta años de existencia, puede intuirse claramente el denominador común de las políticas neoliberales, de los compromisos de los gobiernos conservadores y, lo que es más desalentador, el porvenir de una clase

¹⁹⁹ Concepción bipolar de la Economía, la de Stiglitz y Tirole (ambos también Premios Nobel de Economía) a los que se ha hecho referencia precedentemente, y la de Hayeck al que se aludirá de inmediato de un tono neoconservador de los años ochenta pero perfectamente asumible en la actualidad.

²⁰⁰ Hayeck, F.A., *Sindicatos, ¿para qué?*, Unión Editorial, Madrid, 2009, pp. 20, 28, 78-79 y 87-88. Un análisis de la época de Margaret Thatcher, puede verse en Fernández Sánchez, J.F., *El Thatcherismo. Historia y análisis de una época*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999.

trabajadora centrada exclusivamente en sus propios intereses y en el desapego cada vez más consolidado de las organizaciones colectivas.

4. De nuevo al punto de partida (a modo de conclusión)

El Banco de España – repárese en un dato altamente significativo que por muy reciente no es menos sorprendente – alerta de que los beneficios empresariales crecen más que los salarios (en torno a un seis por ciento, mientras que los salarios, desde el inicio de la crisis están prácticamente estancados o han experimentado una subida, todo lo más, del uno por ciento). Durante la crisis era normal que los excedentes empresariales aguantasen porque las compañías necesitaban sanearse. Estos efectos positivos no se han visto reflejados en los asalariados; es más, los nuevos trabajadores contratados cobran un salario medio inferior al de los ya empleados²⁰¹. Pues bien, con estos mimbres («¿Responsabilidad social de las empresas?»²⁰²) y en otros tiempos no tan alejados en el tiempo, tanto la clase trabajadora como los propios sindicatos no se lo hubieran pensado mucho en iniciar actos de protesta y reivindicación. El precedente dato económico es solo uno de los muchos que se pueden encontrar – de manera un tanto críptica para los no iniciados en la Ciencia Económica – en las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística y del Banco de España, entre otras.

La tétrada, oscura y ominosa (crisis económico-financiera, pobreza, ineficacia y radicalización política, e involución en el ámbito laboral), ha creado una situación de emergencia social. Quien o quienes debieran poner fin a la misma o no saben o no quieren, o ambas cosas a la vez. En otro tiempo esta situación, al menos en el ámbito laboral, que es el que aquí incumbe, encontraba respuesta decidida que, en mayor o menor medida, obtenía resultados.

Sin embargo, las organizaciones decimonónicas – incluidas las sindicales – , tal y como han sido conocidas, se extinguen paulatinamente desde el mismo instante en que ha arraigado la mundialización de la economía; *la mundialización es algo que destruye lo viejo*²⁰³, y en muchos países, especialmente los anglosajones – aunque poco a poco se extiende a los «continentales» –

²⁰¹http://economia.elpais.com/economia/2017/05/30/actualidad/1496138430_717937.html

²⁰² Tirole, J., *La economía del bien común...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

²⁰³ Negri, T., *Voces contra la globalización*, obra colectiva dirigida por Estévez y Taibo, C. Crítica, Barcelona, 2007, p. 63.

no solo las empresas rehúyen de los sindicatos, sino que son los propios trabajadores los que tienden a repeler a aquellos otros trabajadores afiliados²⁰⁴, pues ello les puede provocar graves problemas, incluida la resolución de los contratos laborales. La deslocalización, entonces, se presentaría como reversible, al menos parcialmente²⁰⁵.

Si a la precedente consideración se añade el que se ha producido *un desplazamiento de poder desde los gobiernos a los mercados, cuya consecuencia es una pérdida de autonomía de las autoridades nacionales en la elaboración de la política económica (ROJO)*²⁰⁶, cabría preguntarse, entonces, sobre el rol institucional a desempeñar por las organizaciones sindicales, qué ha de suceder, en definitiva, con la acción sindical y cuál habrá de ser su futuro, máxime, como se sostiene, cuando uno de los problemas principales es que los sindicatos (y aun los partidos políticos) *se han mantenido arraigados en la política nacional sin darse cuenta de que una gran parte de las decisiones han pasado a tomarse en el ámbito internacional*²⁰⁷.

La «acción sindical», conceptuada en un sentido colectivo pero restringido al mismo tiempo, y «actividad sindical», entendida ampliamente como libertad individual, en ambos casos en los términos atendidos en este trabajo, no parecen subvenir a las necesidades generales y particulares de la clase obrera. Como ha quedado apuntado, las organizaciones sindicales no están – así se presentan – a la altura de los compromisos tácitos adquiridos por la sociedad actual; ya se estaban separando antes de irrumpir la crisis económica. Y, por otro lado, buena parte de los trabajadores no solo no ven con buenos deseos el sindicalismo y todo lo que representa, sino que procuran el beneficio individual y rehúyen del colectivismo y la solidaridad porque a nivel individual se les ha arrinconado y aislado “sabiamente” en una suerte de recreación de miedo visceral a perder el empleo o determinadas condiciones de trabajo. *Si las personas persiguen su propio beneficio como única meta o como meta suprema, y actúan unas contra otras, aprenden a ser más astutas que los demás y a creer que ésta es la*

²⁰⁴ Vide Calleja Jiménez, J.P., *Estrategias de revitalización de los sindicatos españoles*, Tesis inédita (Universitat de València Facultat de Ciències Socials. Departament de Sociologia i Antropologia Social). <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/53581/TesisEstrategiasdeRevitalizacionSindical-Calleja.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Abril, 2016, pp. 13-15 y 88.

²⁰⁵ Cfr. Giner de san Julián, S., “La naturaleza de la mundialización”, en AA.VV. (Capella Hernández, J.R. dir.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52.

²⁰⁶ Estefanía, J. *La cara oculta de la prosperidad...*, *op. cit.*, p., 74.

²⁰⁷ George, S., “Otro mundo es posible: el movimiento de los ciudadanos en el mundo”, en AA.VV. (Nair, S., dir.), *Frente a la razón del más fuerte*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005, p. 13.

*forma correcta y normal de actuar. Si engañamos a los demás en todo, entonces no nos estamos comportando como seres equivalentes. Estamos perdiendo nuestra dignidad*²⁰⁸.

La tiranía del poder financiero y económico ha conseguido destruir en apenas una década una buena parte de las conquistas sociales y laborales llevadas a cabo en el último siglo, y ha socavado, con ello, no solo la acción colectiva y actividad de sindicatos y trabajadores, sino también, y lo que es más importante, la ilusión por conseguir – siquiera por mantener – más y mejores condiciones laborales. Los Parlamentos, la mayoría de corte conservador, se ven dócilmente avasallados por *lobbies* que presionan a una buena parte de los representantes de los ciudadanos que, con complacencia, aceptan las nuevas políticas económicas de orientación neoliberal.

Esta situación es apreciable sin dificultad alguna; hasta se puede decir que, sin necesidad de elevados estudios académicos, se constata en las empresas, entre los trabajadores y hasta en los *mass media* el gran cambio producido en las sociedades del otrora occidente opulento. Y la pregunta que resta por formular es si esta situación es reversible, si es posible volver grupas y regresar al estatus de donde nunca debió salirse. Y la respuesta no puede ser otra que la negativa; nada volverá a ser como antes y como se dice en el Rey Lear ... *Y podría [ser] peor. No estamos en lo peor mientras podamos decir que algo es peor*²⁰⁹.

5. Bibliografía

- Alemañ Cano, J., “La nueva cuestión social y el futuro del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 148, 2010.
- Alemañ Cano, J., *Mañana como hoy. Un ensayo sobre el destino de la sociedad y el trabajo*, ECU (Editorial Club Universitario), San Vicente (Alicante), 2011.
- Estefanía, J., *La cara oculta de la prosperidad*, Taurus. Madrid, 2003.
- Galiana Moreno, J.M., “Crisis del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 2, 1998.
- Felber, C., *La economía del bien común.*, Deusto, Barcelona, 2015.
- Fernández Sánchez, J.F., *El Thatcherismo. Historia y análisis de una época*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999.
- George, S., *El Informe Lugano II*, Deusto, Barcelona, 2013.

²⁰⁸Felber, C., *La economía del bien común*, Deusto, Barcelona, 2015, p. 42.

²⁰⁹Shakespeare, W., *El Rey Lear*, Espasa, Barcelona, 2016, p. 80.

- George, S., “Otro mundo es posible: el movimiento de los ciudadanos en el mundo”, en AA.VV. (Nair, S. dir.), *Frente a la razón del más fuerte*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005.
- Giner de san Julián, S., “La naturaleza de la mundialización”, en AA.VV. (Capella Hernández, J. R. dir.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Goodman, A., *Voces contra la globalización*, obra colectiva dirigida por Estévez y Taibo, C. Crítica, Barcelona, 2007.
- Hayeck, F.A., *Sindicatos, ¿para qué?*, Unión Editorial, Madrid, 2009.
- Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Napoleoni, L., *La economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*, Paidós, Madrid, 2008.
- Negri, T., *Voces contra la globalización*, obra colectiva dirigida por Estévez y Taibo, C. Crítica. Barcelona, 2007.
- Ojeda Avilés, A., *Derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Palomeque López, M.C., *Derecho sindical español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Paredes García, F., Álvaro García, S. y Paredes Zurdo, L., *Las 500 dudas más frecuentes del español*, Instituto Cervantes, Espasa, Madrid, 2013.
- Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I., *Derecho sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Sartre, J.P., *El ser y la nada*, Traducción por Juan Valmar, Altaya, Barcelona, 1993.
- Shakespeare, W., *El Rey Lear*, Espasa, Barcelona, 2016.
- Stiglitz, J., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.
- Stiglitz, J., *Los felices 90. La semilla de la destrucción*, Taurus, Madrid, 2003.
- Tirole, J., *La economía del bien común*, Taurus, Madrid, 2017.

Web sites

Calleja Jiménez, J. P. *Estrategias de revitalización de los sindicatos españoles*. Tesis inédita (Universitat de València Facultat de Ciències Socials. Departament de Sociologia i Antropologia Social). <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/53581/TesisEstrategiasdeRevitalizacionSindical-Calleja.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Abril, 2016.

<http://dle.rae.es/?id=0chgoNb>

<http://dle.rae.es/?id=0KZwLbE>

<http://dle.rae.es/?id=HTxyZDZ>

<http://dle.rae.es/?id=ESTMxfN>

<http://dle.rae.es/?id=ESaauVt>

<http://dle.rae.es/?id=XxkcSzS>

<http://dle.rae.es/?id=XxoZcbH>

http://economia.elpais.com/economia/2017/05/30/actualidad/1496138430_717937.html

Necesidad de un nuevo modelo de relaciones laborales. Algunas consideraciones

Guillermo FERRIOL MOLINA*

RESUMEN: En este artículo el autor analiza algunos de los principales cambios que en la actualidad tienen lugar en el mundo de las relaciones de trabajo y sus causas, valorando cómo el modelo tradicional de relaciones laborales ya no se ajusta en parte a los variados cambios que han acontecido en los años más recientes, o a los que, en el devenir, acontecen y acontecerán en el mundo del trabajo y en el de la seguridad social. Esto determina la necesidad de realizar nuevas valoraciones en materia del Derecho del Trabajo, exponiendo cuáles podrían ser estas modificaciones lo cual permite al lector o lectora compartir o contraponerse a esas ideas, para así fomentar un necesario intercambio sobre las actuales relaciones de trabajo en gran parte del mundo.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, modificaciones, necesidad, reformas.

SUMARIO: 1. Breve introducción. 2. Algunos antecedentes y algunas consideraciones. 3. Nuevos escenarios, nuevos retos. Necesidad de establecer un nuevo modelo de relaciones laborales. 4. Bibliografía.

* Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y de Seguridad Social, Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba.

Need for a new model of industrial relations. Some considerations.

ABSTRACT: In this article, the author analyzes some of the main changes that currently take place in the world of labor relations and their causes, valuing how the traditional model of labor relations no longer fits in part to the various changes that have occurred in the most recent years, or to which, in the course of development, happen in the world of work and social security. It determines the need to make new assessments in the field of labor law , explaining what could be these modifications, which allows the reader to share or oppose these ideas, so as to foster a necessary exchange on current working relationships in much of the world.

Key Words: Labor Law, modifications, necessity, reforms.

1. Breve introducción

En no pocos congresos, seminarios, eventos o en intercambios de correos o de informaciones entre operadores y estudios del Derecho del Trabajo y, también, del Derecho de la Seguridad Social (que debemos citar más, para no preterirlo) hemos consensuado que, en no pocos países, el tradicional modelo de relaciones laborales ya no se ajusta a todos y los variados cambios que han acontecido en los años más recientes, o a los que, en el devenir, acontecen y acontecerán en el mundo del trabajo y en el de la seguridad social, de modo que se pone en riesgo no la propia existencia de estas ramas del Derecho que, por necesidad continuarán existiendo, sino que se amenaza el debido respeto a sus principios y el real cumplimiento de sus regulaciones.

Digo, en primer lugar, que no se pondrán en riesgo la existencia de estas ramas del saber y, sobre todo, del hacer porque sus áreas de regulación existirán como parte consustancial al desarrollo de cualquier sociedad. No hay sociedad sin trabajo, sin actividad manual o intelectual dirigida a su transformación y desarrollo, ni sociedad sin alguna protección social a determinados sectores que, de algún modo, como parte del ordenamiento social, no tenga amparo en normas jurídicas que regulen las formas de actuar en esos escenarios. No habrá sociedad sin normas.

Confieso que cuando intitulaba este artículo como “Necesidad de un nuevo modelo de relaciones laborales” me surgieron varias interesantes interrogantes y es que: ¿habrá que pensar en adelante en un solo modelo de relaciones laborales que incluya todas las formas de trabajo existentes o habrá que pensar en varios modelos de relaciones laborales?, ¿se podrá denominar modelo de relaciones laborales, en tanto representación abstracta, conceptual, de un fenómeno o un sistema que integra factores diversos?, o, en otro orden, si hablamos de relaciones laborales, ¿incluimos o excluimos las formas de trabajo donde no hay relación jurídica tal como hasta el presente lo hemos valorado?.

Consideraciones iniciales aparte, la realidad y los más recientes estudios demuestran que si continuamos valorando cómo debe ser el Derecho del Trabajo y el Derecho de Seguridad Social en el presente siglo con algunos cánones (no incluyo todos) y fundamentos tradicionales de estas ramas, la solución puede ser que no encontremos solución a todos los aspectos de la nueva realidad, o por otro lado, habrá que crear o recrear los cánones y fundamentos tradicionales a las nuevas realidades. Algunos hablan de repensar el Derecho del Trabajo, otros de refundarlo, se acuña la idea de que debe avanzarse hacia el Neolaboralismo, no como un neologismo más, sino como la concepción que adecue el Derecho del Trabajo a los

nuevos escenarios.

Sea una u otra la consideración a que se arribe, todas ellas tienen en común la necesidad de solucionar los variados, diversos aspectos que hoy han puesto en riesgo la existencia o el cumplimiento de los principios y fundamentos originarios y esenciales de las referidas ramas del Derecho.

De estos y otros temas se trata este trabajo, a modo de motivación para el intercambio, considerando las diversas y reiteradas opiniones que sobre el Derecho del Trabajo con frecuencia intercambiamos.

2. Algunos antecedentes y algunas consideraciones

Recordemos que el Derecho del Trabajo surge en el siglo XIX e inicios del siglo XX, como respuesta a los escenarios que tuvieron lugar en esa época.

El proceso de formación de la legislación laboral se inició, como todos conocemos, en respuesta a reclamos de los trabajadores y sus organizaciones para que se realizaran mejoras en las condiciones de trabajo, en un periodo bajo la influencia, entre otros procesos históricos, de la Constitución Mexicana de 1917, la Revolución de Octubre de ese mismo año y la fundación de la Organización Internacional del Trabajo, que, de modo especial con la formulación del tripartismo, propició un importante mecanismo de concertación, sin obviar las conocidas contradicciones entre las partes intervinientes en el proceso de trabajo. Nace este Derecho del Trabajo, a su vez, como respuesta a los efectos de algunas políticas liberales de la época.

Como características fundamentales de esta etapa originaria y su posterior desarrollo podemos recordar las siguientes (en ellas podemos apreciar que, en unión a los factores propios del proceso de trabajo, existieron otros factores sociales y políticos importantes):

- a. Se mantenían formas de organización del trabajo (Taylor, Ford) que permitían la agrupación de los trabajadores, los que generalmente desarrollaban tareas repetitivas, en un mismo lugar de trabajo, generalmente bajo un mismo techo. Estas circunstancias posibilitaron un control de las condiciones de trabajo por empleadores y organizaciones de trabajadores.
- b. Fundación de federaciones y centrales obreras como modo de articulación para la defensa de los derechos de trabajadores y trabajadoras.
- c. El principio protector del Derecho del Trabajo se constituyó como fuente importante de las regulaciones en materia laboral.
- d. Desarrollo de procesos de negociación colectiva por sectores o

regiones.

e. Se adoptaron medidas sobre salario mínimo, jornada de trabajo de ocho horas, prestaciones sociales, seguridad social, derechos de asociación, negociación, huelga y solución de conflictos.

f. Garantismo laboral con la intervención del Estado en la economía y en el establecimiento de las relaciones laborales.

g. Emisión de variadas normas internacionales y nacionales en materia de trabajo y seguridad social destinadas a regular el mejor desarrollo de los procesos de trabajo y de protección social.

h. Los trabajadores en muchos países se organizaron, alcanzándose, en algunos, altas tasas de sindicalización.

i. Contexto internacional caracterizado por la existencia de dos grandes bloques, lo que influyó en que se incluyeran en las legislaciones nacionales derechos y garantías fundamentales para trabajadores y trabajadoras.

De modo resumido y con otra óptica, el Dr. Humberto Villasmil Prieto, Especialista de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), nos refiere en el trabajo denominado “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo”, publicado por la *Revista Latinoamericana de Desarrollo Social* en diciembre de 2015, lo que a continuación transcribo:

“- Fue, desde siempre, un derecho preponderantemente heterónimo y garantista.

- Que se concibió, desde el principio, como un derecho expansivo que, por ende, cubriría progresivamente todo el espectro del trabajo prestado por cuenta ajena.

- Que se constitucionalizó en las primeras décadas del siglo pasado, con la Constitución de Querétaro de 1917, momentum que en la historia de las ideas constitucionales se conoció como “el tiempo del constitucionalismo social”, iniciado al fin de la Primera Guerra Mundial.

- Que se levantó, por una parte, sobre el paradigma de la subordinación, asumido como criterio identificativo de la relación de trabajo y, al mismo tiempo, delimitador con otras relaciones que supusieran la prestación de alguna modalidad de servicio y, por la otra, sobre la noción de orden público indisponible, lo que justificó que, en general, fueran imperativas sus normas.

- Reglamentista, con tendencia a la regulación en detalle, lo que apartó tradicionalmente el modelo de códigos o leyes marco del trabajo.

- Que recibió una clara influencia de la legislación internacional del trabajo, a partir de la creación de la OIT y del inicio del proceso de codificación.

- Fue un derecho de algún modo mimético, si se le mira en una perspectiva regional, lo que explica que las materias de regulación y las orientaciones generales de la legislación fueran, al menos inicialmente, coincidentes.

- Fue un derecho unitario, entendiendo por ello, que la legislación latinoamericana del trabajo significó, tradicionalmente, un estatuto general del trabajo subordinado y por cuenta ajena. De tal modo, no fue un derecho modular o por pisos que diferenciara los regímenes laborales por sectores de actividad o por categorías de trabajadores, sin desconocer que fue de tradición, igualmente, la regulación de regímenes especiales del trabajo, que, no obstante, aparecían incluidos de ordinario en los códigos o leyes generales del trabajo.

-Que comenzó por la regulación de la jornada y de los accidentes de trabajo, legislación que se basó generalmente en la teoría del riesgo profesional.

-Fue, desde sus prolegómenos, un derecho intervencionista en un sentido dual: de índole protectora a propósito de las relaciones individuales, pero controlador respecto del ejercicio de los derechos colectivos”.

Transcurrida esta etapa primigenia, que, sin dudas, contribuyó al desarrollo sostenido del Derecho Laboral y del Derecho de Seguridad Social, tal como los vemos hoy, como ramas autónomas del Derecho, a partir de los años setenta-ochenta del siglo pasado, una nueva formulación ideológica, tal como otro fantasma que recorrió el mundo, impactó sobre la economía de diferentes países y, con ello, dada su innegable relación; sobre el universo del trabajo y de la seguridad social, adoptándose políticas neoliberales que revitalizaban antiguas concepciones ideológicas y cuya implementación se reflejaron no exactamente de modo positivo en las citadas ramas jurídicas. Incluso en sus postulados se expresaba el argumento de que las regulaciones en materia laboral y social debían eliminarse o disminuirse, lo que se pudiera asumir como que se les brindaba al Derecho del Trabajo y al Derecho de Seguridad Social un tiro de gracia.

Y aquí hago un breve alto. En no pocas ocasiones, en el campo de la Filosofía del Derecho, se han reconocido los nexos entre Economía y Derecho, entre Política y Derecho, entre Ideología y Derecho. Así, de esta relación, se ha concluido que el Derecho no es más que la voluntad de la clase dominante erigida en ley, que el Derecho surgió con el Estado, como instrumento de regulación de las relaciones sociales, como ordenador del escenario donde se aplique, como medio para garantizar los intereses de la clase que ostenta el poder, esencialmente el económico, en tanto no ha sido conocida la aplicación del Derecho fuera de un contexto económico,

ni ajeno a los intereses políticos de la clase que ejerce dicho poder.

Esta correlación se manifestó de modo destacado al desarrollarse en el mundo del trabajo las políticas neoliberales llegadas de la mano o del vehículo de la globalización, entendida la globalización como fenómeno objetivo que existe desde tiempos inmemoriales ante la necesidad de las naciones de relacionarse y el neoliberalismo como la ideología que en los últimos tiempos adornó el intercambio entre los Estados. Hubo así un retorno al liberalismo económico como se conoció en el siglo XIX, pero en el marco de la dominación del gran capital financiero. Como conocemos el liberalismo es una filosofía política que defiende la libertad individual, la iniciativa privada y limita la intervención del Estado y de los poderes públicos en la vida social, económica y cultural. Bajo estos principios, se sostuvo que la legislación laboral constituía un elemento que atentaba contra el desarrollo económico, por lo que para propiciar el desenvolvimiento del mercado, se aplicaron varias políticas como las siguientes:

- 1) Privatización de empresas y servicios públicos, y desregulación de las economías nacionales, mediante la derogación de las leyes o regulaciones que impiden el libre funcionamiento del mercado de trabajo.
- 2) Adopción de diversas formas flexibles de trabajo y de contratación laboral.
- 3) Desarrollo del trabajo en régimen de subcontratación.
- 4) El trabajo informal y el trabajo a domicilio.
- 5) Disminución de la intervención del Estado en las relaciones laborales. Sobre este aspecto, llama la atención que esta disminución de la actuación no se produjo para la temática comercial ni económica y los Estados continuaron interviniendo en ellas para establecer su desarrollo, acorde con las nuevas concepciones, mientras se desentendían de las relaciones laborales, con lo que se atentaba contra uno de los pilares del origen y sostenimiento del Derecho del Trabajo.

Como efectos de lo anterior, además de la disminución o negación de principios reconocidos del Derecho del Trabajo, se ha observado un aumento sostenido del desempleo, la atomización de la fuerza laboral, y, con ella, la disminución de la composición y la fuerza sindical y una sensible afectación a la negociación colectiva, base importante para establecimiento de las normas que conforman el Derecho del Trabajo.

En esencia, para los políticos neoliberales, el Derecho del Trabajo y sus normas constituían un obstáculo para el desarrollo de sus tesis. Y hay que reconocer que estos cambios fueron realizados con la utilización o mediante el ejercicio de reformas constitucionales y legislativas. Y, al parecer, estas podrían continuar, con lo que se presenta o, más bien, se

refuerza una clara dicotomía, pues la legislación laboral surge para erradicar las disfunciones sociales creadas por aquellas originales políticas liberales.

Por tanto, hoy venimos de una época en la que se trató de negar la existencia del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, *pero* existen el trabajo, los trabajadores y las trabajadoras y los empleadores, como existen los riesgos en el trabajo, la necesidad de protección social.

Se negó la existencia de las clases sociales, *pero* existen las clases y su carácter antagónico.

Es decir, hace 10-15 años parecían desaparecer el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. Hoy, junto a los efectos descritos, se encuentra que la informalización del empleo crece también en el sector formal, continúa disminuyendo la cobertura de la seguridad social, se incrementa el trabajo infantil y, en esencia, se aprecia una sensible afectación de los principios del Derecho del Trabajo, fundamentalmente, su carácter protector.

El estudio Panorama Laboral OIT 2015 nos describe lo siguiente:

“Desde hace tres años, la región de América Latina y el Caribe ha estado afectada por una desaceleración económica cuyos efectos acumulados se pueden describir como una “crisis en cámara lenta”.

El desempleo regional subirá en 2015 a 6,7% a nivel nacional, (...)significa 1,7 millones de desocupados adicionales en la región, lo cual eleva el número de desocupados en dicho marco territorial a casi 19 millones. Una mayoría de los nuevos desocupados son mujeres (8,2%) y hay también una alta proporción de jóvenes (15,3%).

La participación del empleo asalariado ha caído (-0,35 puntos porcentuales en 2015) y se ha registrado un crecimiento del empleo no asalariado.

Los salarios medios han continuado creciendo pero a tasas menores a las observadas en años previos (0,3% en el año 2014, menor al 1,1% del año 2013), y los salarios mínimos han crecido en 2015 un 2,0% con gran dispersión entre países.

Si bien en 2014 aún ha crecido la cobertura de la protección social en salud o pensiones, es probable que la reducción observada en la velocidad de creación de empleo asalariado afecte también estos indicadores en el corto plazo.

Todos estos son signos de que puede estar aumentando la informalidad, que ya alcanzaba a 130 millones de trabajadores a finales del año 2013”²¹⁰.

²¹⁰ Ver http://www.ilo.org/americas/publicaciones/panorama-laboral/WCMS_435169/lang--es/index.htm.

3. Nuevos escenarios, nuevos retos. Necesidad de establecer un nuevo modelo de relaciones laborales

La actualidad del mundo del Derecho del Trabajo como del Derecho de la Seguridad Social, por tanto, indican la necesidad de sus reformas por varios motivos (algunos fundamentos los tomé de informaciones brindadas por instituciones que tributan a estas materias):

- El estudio *Panorama Laboral 2015* de la OIT indicó “que la desaceleración económica causa un aumento del desempleo e indicios de aumento en la informalidad, que se incrementa el desempleo de mujeres y jóvenes. Y reafirma que la situación es preocupante y plantea desafíos de política a los países de la región. En 2016 el desempleo podría aumentar nuevamente y advierte que se registra un “cambio de tendencia” en los indicadores de empleo, con un deterioro en la situación laboral de las mujeres y los jóvenes e indicios de que podría estar subiendo la informalidad a través de “una mayor generación de empleos de menor calidad”²¹¹.

- El informe de la Oficina de Servicios para Empleadores (ACT/EMP) de la OIT, “Consolidando el desarrollo de empresas sostenibles en un entorno desafiante: un análisis regional comparativo”, dice que el sector privado genera 87 por ciento de los empleos en los países latinoamericanos y caribeños. Expresa que el desafío de generar trabajo decente en América Latina y el Caribe implica asumir un proceso de transformación productiva que incluya crear instituciones y sistemas de gobernanza para fomentar la creación de empresas sostenibles, pues estas son la principal fuente de empleo en la región, dice el documento difundido en el mes de agosto en la capital peruana. Sin un buen entorno para las empresas, la baja productividad y la informalidad se asocian resultando en una escasa calidad del empleo. Agrega que la situación es aún más apremiante en el contexto económico actual, caracterizado por el fin del ciclo de fortaleza en los precios de las materias primas, que coloca a los países ante el reto de redoblar esfuerzos para impulsar la productividad y la formalización de la informalidad, que es un problema endémico en la región y destaca que los países tienen que resolver la

²¹¹ OIT, *Panorama Laboral 2015*, disponible en http://www.ilo.org/americas/publicaciones/panorama-laboral/WCMS_435169/lang-es/index.htm.

debilidad de las instituciones encargadas de vigilar el cumplimiento de las leyes, y hacer frente a los déficits en la calidad de la educación, corrupción e inseguridad, entre otros, pues se trata de situaciones que vulneran el Estado de derecho, condición sin la cual no se garantiza un ambiente fértil para las empresas sostenibles²¹².

- En el Seminario-Taller “Avances y desafíos en la medición del gasto social en América Latina” Quito, en julio de 2016, auspiciado por la CEPAL, se expresa que en 2014 las tasas de pobreza e indigencia en América Latina se mantuvieron estables respecto a los años previos, con 168 y 70 millones, respectivamente, pero se estima que ambas se hayan incrementado durante 2015. Se expone, además, que la vulnerabilidad con relación a los ingresos ha disminuido, pero que la mitad de la población sigue en esa condición, en tanto, por otra parte, la heterogeneidad estructural afecta la productividad y el empleo, manteniendo y aumentando las brechas. Y en materia de protección social, pese a los avances en cobertura, dos tercios de los ocupados no estaban afiliados a un sistema de pensiones en 2013, a lo que se añade que una de cada tres mujeres no tiene ingresos propios y es económicamente dependiente, que el 22% de jóvenes no están estudiando ni ocupados en el mercado de trabajo, siendo la mayoría de ellos mujeres que se dedican al trabajo doméstico no remunerado.

En cuanto a los derechos laborales, en la publicación “La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después”, un análisis comparado, de la Oficina Regional para América y el Caribe de la OIT se expresa “que la evidencia muestra que los efectos esperados como consecuencia de las reformas no se alcanzaron, pues si bien se generó mayor empleo, este fue de baja calidad, mientras que el número de trabajadores que integran la economía informal ha seguido creciendo con una paralela desprotección social y un escaso goce de beneficios.

Añade que en 11 de los 17 países considerados se haya dado una reforma laboral más o menos profunda con orientaciones flexibilizadoras, y que éstos representen aproximadamente al 70% del empleo asalariado de la región. No obstante, precisa que es necesario resaltar que la mayor parte de las reformas registradas en la región desde 1999 responden a ajustes dirigidos a flexibilizar la legislación en alguno de sus aspectos (salario, trámites administrativos, jornadas) y sólo con relación a la pequeña y micro empresa. Esto indica una variación interesante en la tendencia flexibilizadora, que ahora se concentra de modo más matizado en un

²¹² Ver http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_514158/lang-es/index.htm

único sector del total de las empresas. Este sector representa entre el 30 y el 40% del total de la ocupación urbana, por lo que cualquier reforma legal en este ámbito tiene un especial impacto”.

Unido a lo anterior, en materia de (des)protección de los derechos laborales se han desarrollado procedimientos para facilitar de modo más expedito la terminación del contrato de trabajo y disminuir los costos salariales, incluida la indemnización por despido. Podemos mencionar también otros mecanismos que han permitido la vulneración de los citados derechos como la adopción de nuevas modalidades de contrato temporal, la extensión del período de prueba, aprobar flexibilidad horaria y salarial por convenio colectivo y nuevas formas de solución extrajudicial de conflictos.

Estas nuevas condiciones indican la necesidad de retomar los principios fundacionales del Derecho del Trabajo y del Derecho de Seguridad Social y también de establecer nuevas formas de abordarlos. Y en virtud de ello, para tratar de aportar al análisis, me permito realizar varias consideraciones.

Quizás, a modo de paralelismo histórico, podemos observar que el Derecho del Trabajo de inicios del siglo XX surge y desarrolla como respuesta a los efectos de algunas prácticas liberales de la época y hoy se ha de procurar construir un Derecho del Trabajo como respuesta a los efectos de prácticas neoliberales.

¿Cuáles podrían ser estas consideraciones para el análisis?:

a. Es innegable la relación dialéctica entre la economía, el trabajo, la productividad y el Derecho del Trabajo, pues tal como evolucione la economía así será el comportamiento de los procesos de trabajo, la organización del trabajo, la organización y distribución de los salarios, la seguridad social, mas, debemos comenzar a pensar que en esta relación dialéctica el trabajo y las normas que lo regulan no pueden continuar siendo observadas en segundo plano, solo actuando como dicten los factores de la economía, sino todo lo contrario, debe situarse al Derecho del Trabajo en el mismo nivel o lugar de importancia que lo económico, en tanto en la medida que se ejerciten adecuadamente las normas laborales así podrá avanzar mejor y más rápido o no la economía, se podrán evitar o no disfunciones en el proceso de trabajo, se pueden evitar conflictos, lo que es beneficioso para todas las partes en el proceso de trabajo. Por tanto, el Derecho del Trabajo en esa relación no es segundo, no puede continuar siendo segundo.

b. La fuerza de trabajo en la actualidad se ha diversificado, por diversas razones, por tanto, ¿el tratamiento normativo sería igual para todas las formas de trabajo? Este es uno de los principales retos que hoy

se observan para el tradicional Derecho del Trabajo, entre otros elementos, porque este no incluye a estas formas de trabajo en gran parte de sus regulaciones, tampoco en las normas de la OIT se comprenden de modo exhaustivo y lo más interesante es que estas formas de trabajo ya no constituyen excepción, sino que son parte del diverso escenario económico y laboral de cualquiera de los países.

Hoy observamos que, junto al empleo formal con modos tradicionales de organización del trabajo o no existen múltiples formas de trabajo como las reconocidas en la Recomendación Número 204 de la OIT, adoptada el 12 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, que las describe del siguiente modo:

- las unidades que emplean mano de obra.
- las unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados.
- las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria (aquí pregunto: ¿los socios son trabajadores?).
- los trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la economía informal.
- los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados.
- los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas.

También existen diversas definiciones de informalidad económica y laboral y de sus diferentes consideraciones podemos concluir que ya no solo se desarrollan los trabajadores del denominado sector formal o estructurado, sino muchos otros, por diversos factores, entre ellos los derivados de nueva organización del trabajo o de la aplicación de las nuevas tecnologías que vienen de la mano del veloz desarrollo tecnológico (informática, comunicaciones, robótica, nanotecnología).

c. En unión a lo anterior, hay que recordar que hay personas que se incorporan a la economía informal no por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento, lo que constituye otro segmento de la denominada economía informal.

De todas estas formas, hay que diferenciar aquellas que realmente deben ser objeto del Derecho del Trabajo de aquellas que en su prestación

niegan sus principios y fundamentos, se trata de distinguir, por ejemplo, aquellas modalidades que surgen de nuevos modos de organización del trabajo, por la prestación de servicios por trabajadores de una misma unidad económica en locales diferentes, de forma individual o aislada, por la aplicación de nuevas tecnologías, las que generalmente son aceptadas, de aquellas otras que precarizan el empleo o afectan las condiciones esenciales de vida de trabajadores y trabajadoras como las que se relacionan con nuevas formas de organización del tiempo de trabajo en las que la duración de la jornada laboral es inferior a la estándar, el empleo a tiempo parcial y el empleo por llamados, o los trabajadores en régimen de sub contratación, donde se observan mayores riesgos laborales, menor protección, salarios menores y más inestables. Los primeros deben ser objeto de regulación del Derecho del Trabajo en las nuevas condiciones, los segundos deben considerarse como negación de los derechos fundamentales por sus efectos.

En esencia, una importante cantidad de trabajadores que antes eran considerados como excepción hoy no lo son en esa condición, son parte del escenario económico de muchos países, modificándose por ello las condiciones que dieron origen al Derecho del Trabajo, por lo que continuar valorándolo del modo tradicional puede, y de hecho ocurre, excluir a estas nuevas categorías de trabajadores o nuevas formas de trabajo de las normas laborales.

¿Cómo, entonces, integrar o incluir a todas las categorías de trabajadores en las normas laborales que son necesarias para el buen desarrollo económico si aceptamos la primera idea planteada?

Aquí para continuar desbrozando el análisis, a lo mejor sería necesario modificar la definición sobre Derecho del Trabajo.

Desde pregrado definimos el Derecho del Trabajo a nuestros estudiantes como una rama de Derecho público que estudia un conjunto de principios y normas jurídicas, que regulan las relaciones, derechos y obligaciones entre trabajadores y patronos, y crea instituciones para resolver sus conflictos. O les decimos que el Derecho laboral, también conocido como Derecho del trabajo o Derecho social, es una rama del Derecho cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónomo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales.

Es decir, esta definición tradicional solo reconoce objeto del Derecho del Trabajo al trabajo humano realizado por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación, con lo que se excluye

gran parte de la población laboral de muchos países. Es como si el conjunto de estos otros trabajadores, comprendidos en las denominadas formas atípicas de trabajo, pues lo que hacen es trabajar, no lo fueran, recordemos que el trabajo no es más que el conjunto de actividades que son realizadas con el objetivo de alcanzar una meta, la solución de un problema o la producción de bienes y servicios para atender las necesidades humanas.

Por tanto, es posible que sea necesario modificar la definición tradicional de Derecho del Trabajo en razón de incluir las formas de trabajo donde no existe relación de subordinación.

De lo anterior se deriva otra consideración que permitiría una fundamentación integral de lo planteado en el punto anterior, pues de no solucionarse lo que valoraremos a continuación, el resultado que tendría lugar sería similar a lo que ahora se debe modificar.

Es de apreciar que al considerarse la aplicación del Derecho del Trabajo se ha tomado como fundamento la también tradicional división de la economía en sectores formal o informal, observándose que el sector formal, en tanto de mayor extensión y peso en la economía en decenios anteriores, era objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, mientras que el sector informal, originariamente de menor tamaño y peso en la economía, en ocasiones con puntos cercanos a la marginalidad, no era objeto, como regla, de esta rama jurídica. Al considerarse que el sector formal era parte de la economía que debía ser estimado por el Estado, el informal quedaba fuera de toda regulación.

Pero recordemos que esta es una tesis nacida en momentos en que el desarrollo de los procesos de trabajo se hacía bajo formas de organización que entonces eran casi generalizadas (fordismo, taylorismo, tareas repetitivas, en grupos o colectivos, en un mismo lugar), lo que permitió, de modo directo, crear esta división.

Mas, como ya valoramos, las denominadas formas atípicas de trabajo, muchas de las cuales se encuentran aún consideradas dentro del sector informal de la economía, ocupan un lugar importante dentro de algunas economías, lo que nos hace valorar si la manutención de esa división de la economía en sector formal o informal, en las actuales circunstancias, es excluyente de formas de trabajo y de trabajadores y trabajadoras que deben tutelarse en algún modo.

Para completar la idea, es opinión de este autor, que toda forma de trabajo debe tener no solo normas que regulen su modo de realización, sino que también todo trabajador o trabajadora que participe del proceso de trabajo debe tener disposiciones que le protejan ante las diferentes incidencias que en su labor se puedan producir. Por lo tanto, sería pertinente transcurrir

del concepto económico por el que se conceptualizan los sectores (formal o informal) para la aplicación de las normas laborales, al concepto jurídico y social de la protección de los trabajadores, de modo que se tenga en consideración el lugar donde presten sus servicios.

Analicemos. ¿Qué ha pasado hasta ahora?, pues que han acontecido cambios en los escenarios, ha primado el pensamiento económico y se ha afectado el principio protector del Derecho del Trabajo. Aquí recuerdo aquella reflexión que al principio realicé de que, contrariamente a lo que ha sido deseado por sus detractores, el Derecho del Trabajo continuará existiendo como siempre va a existir el trabajo. Es que el Derecho del Trabajo no es ajeno a ningún escenario económico, nace de la propia vida y de las necesidades sociales, lo que ahora debe readecuarse hacia nuevos escenarios y nuevas modalidades de producción o de servicios que no existían o eran desconocidas en los periodos anteriores de su desarrollo.

Es decir, la idea es que cada persona que realice una labor, un trabajo, tenga la correspondiente protección sea cual fuere el segmento de la economía, ya no quiero hablar de sector, sino de dónde se desarrolla.

Aquí tendrían espacio todos aquellos modos de trabajo hasta la fecha considerados como atípicos que con esta variante de solución perderían este calificativo hoy excluyente. Y de otro modo, se ordenarían la producción y los servicios que se desarrollen, evitándose aquellas incidencias y conflictos que la falta de normativa jurídico-laboral pudiera crear.

No omito en este punto de análisis, por supuesto, al grupo de trabajadores que en el sector denominado informal hoy no prestan labores por un tiempo, sino que subsisten en un escenario de supervivencia, para ellos la solución ha de ser social, procurando se logre su inclusión en tanto su inserción – la denominada informalidad – no fue por su elección.

El Derecho del Trabajo hay que apreciarlo al mismo nivel, en la misma dimensión que los cambios económicos y ha de actuar como límite a lo económico cuando éste cree desprotección.

Múltiples razones podemos abordar y esgrimir para este aspecto, una de ellas, que integra los intereses de todas las partes intervinientes en un proceso de trabajo, es que la desprotección con el paso del tiempo genera caos en el comportamiento laboral y social, lo que no beneficia a ninguna de ellas.

d. Se trata, en consecuencia, de aplicar los mismos principios del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social en las nuevas condiciones.

e. ¿Formalización del empleo o formalización del trabajo?

A esta altura del análisis podemos continuar con otra idea.

Como regla, hablamos de la formalización del empleo, que por tradición

comprende la labor que se presta bajo subordinación, ajenidad, por cuenta de tercero, y es cierto, mas si ahora valoramos que deben protegerse todas las formas de trabajo, incluidas aquellas que se prestan por propia cuenta, pues, ¿podríamos o necesitamos hablar de formalización del empleo o formalización del trabajo?. Para mí lo segundo.

Entonces, ¿cómo entender en el nuevo escenario la formalización del trabajo?

En las organizaciones donde existe el trabajo bajo subordinación, por cuenta ajena, el modelo hasta ahora conocido puede ser efectivo siempre que se eviten los vestigios de informalidad que se han originado en este segmento, razón adicional que nos hace decir que la división de lo formal y lo informal ya no es adecuada.

Por su parte, las unidades económicas de la denominada economía informal podrían tener un tratamiento diferente a las anteriores en el caso de aquellas donde no exista trabajo subordinado, como algunas de las referidas en la citada Recomendación No. 204 de la OIT, a saber:

- las unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados.

- las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria (para ellos repito la pregunta ¿los socios son trabajadores?).

Agrego también en este aspecto aquellas formas de trabajo nuevas que vienen de la mano del veloz desarrollo tecnológico (informática, comunicaciones, robótica, nanotecnología), que presuponen nuevos modos de organizar el trabajo, los cuales pueden no ser en grupos ni en el mismo lugar o empresa, pueden ser a distancia. Por tanto, hay trabajadores que por estos cambios tecnológicos ya no trabajarán en las condiciones tradicionales (subordinados o no), ¿cómo protegerlos en correspondencia con esos cambios?

Bueno, en estos últimos ejemplos, estamos en presencia de la conocida y tradicional contraposición entre las nuevas tecnologías y la disminución o afectación de la fuerza de trabajo, que ahora se desarrolla de modo más veloz. ¿Qué hacer en estos casos?, ¿Negar, no aplicar las nuevas tecnologías?, ¿Recalificar la fuerza de trabajo?

A nuestro juicio, si bien no existe en todos los casos relación de trabajo, quienes se desempeñan en estos segmentos, en tanto trabajadores, deben poseer condiciones de seguridad y salud en el trabajo, régimen de trabajo y descanso, vacaciones, seguridad social, por ejemplo. De no tener estas condiciones, el desgaste de esta fuerza de trabajo puede ser excesivo en poco tiempo, con las implicaciones negativas para los procesos productivos o de servicios que esto conlleva, así como para la economía

de las organizaciones y la salud de los trabajadores.

Con relación a esta valoración hay algunas reflexiones de algunos estudiosos del Derecho del Trabajo que afirman que aquellos que reciben los servicios de estas organizaciones donde no existe trabajo subordinado serían temporalmente sus empleadores porque emplean los resultados de su fuerza de trabajo, teoría con la que pudiéramos estar de acuerdo o no.

Ahora bien, en su acción estos trabajadores en no pocos países están bajo la égida de normas registrales, tributarias, sanitarias, sobre salarios mínimos, por ejemplo, constituyéndose los órganos emisores de estas disposiciones, ya no empleadores, sino contrapartidas de dichas formas de trabajo. Tradicionalmente, el Estado ha asumido estas funciones, y hay que valorar cómo hacer que cumpla esta función que le deviene por su naturaleza, si se trata de un Estado que acoge la práctica neoliberal que niega la participación en las relaciones laborales.

h. Participación de los actores y sujetos de Derecho del Trabajo.

El conjunto de consideraciones descritas, que solo constituyen unas primeras ideas para continuar nuestros intercambios, reflejan que el campo del Derecho del Trabajo, en las nuevas condiciones, ha de sobrepasar las fronteras de los establecimientos tradicionales donde ha sido enmarcado, para también constituirse, como una necesidad, en todos aquellos escenarios donde se desarrollen otros modos de trabajo. Hacia este nuevo escenario deben dirigirse todos los operadores de esta rama del saber y del hacer como modo de solventar parte importante de las irregularidades presentes en el mundo del trabajo. Siempre, al valorar sus efectos, expresamos que el Derecho del Trabajo es una rama jurídica transversal, más ahora que se extiende en diferentes formas organizativas en todo el entramado social. Ya no es transversal solo por sus efectos, ahora también lo es por su extensión y práctica en todos los estamentos de las sociedades.

Para concluir recuerdo una frase de Rafael Alburquerque, abogado y político dominicano, actual Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1994, cuya vigencia es innegable: “se puede flexibilizar lo que es rígido, pero es absolutamente inadecuado que por la mera imitación de lo que acontece en las naciones industrializadas, los países en desarrollo con costos laborales mucho más bajos, transiten por el camino de una desregularización que únicamente los conduciría al viejo arrendamiento de servicios, dominado por el principio de la autonomía de la voluntad, que en los hechos se convierte en una imposición del más fuerte en la relación de trabajo”.

Si coincidimos en que esta rama jurídica bien ejercitada promueven el

equilibrio social, estamos situados en un instante de la historia, en que se precisa de la (re)elaboración conjunta del Derecho del Trabajo del siglo XXI, manteniendo sus principios originarios en las nuevas condiciones, para que no transite hacia su pre historia, cuyo resultado sería peor no solo para los trabajadores y las trabajadoras, sino para toda la sociedad. El reto es de urgencia y de trabajo conjunto.

4. Bibliografía

Oficina de Servicios para Empleadores (ACT/EMP) de la OIT, *Consolidando el desarrollo de empresas sostenibles en un entorno desafiante: un análisis regional comparativo*.

OIT, *Panorama Laboral* 2015.

OIT, Recomendación Número 204 de la OIT, junio de 2015.

Villasmil, H., “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo”, *Revista Latinoamericana de Desarrollo*, n. 21, julio-diciembre de 2015.

La prevención de los riesgos psicosociales: una perspectiva comparada (Italia-España)*

Fabiola SILVAGGI**
José SÁNCHEZ PÉREZ***

RESUMEN: Puede apreciarse que cada día resulta mayor el protagonismo de los riesgos psicosociales en el ámbito del trabajo pudiéndose advertir que su proyección sobre la salud del trabajador muestra datos que invitan al análisis y a la reflexión. Procedemos a analizar esta materia que resulta de particular interés y actualidad incidiendo en la prevención y la gestión de los riesgos psicosociales desde una óptica comparada entre el ordenamiento jurídico italiano y español. Repasando los estudios y las consecuencias de los riesgos psicosociales que sufren los trabajadores en las empresas, se procede a la comparación de las disposiciones en esta materia y los modelos de organización y gestión para la prevención relativa a los factores organizativos del riesgo de estrés laboral. En el contexto descrito, jugará un papel fundamental la norma administrativa sancionadora que centrará las iniciativas en el ámbito preventivo. Concluimos con una reflexión acerca de las nuevas fórmulas de trabajo y de producción, predicables de la gran transformación del trabajo actual, no plenamente integrada en una cultura de la prevención.

Palabras clave: Riesgo psicosocial, accidente de trabajo, estrés laboral, daños psíquicos, prevención laboral.

SUMARIO: 1. Aspectos preventivos en el tratamiento de los riesgos psicosociales. 2. El tratamiento normativo de los riesgos psicosociales. 2.1. El ordenamiento español: la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como punto de partida. 2.2. El ordenamiento italiano: el Decreto Legislativo 81/2008. 3. La política de empresa en materia de salud. 4. Los modelos de organización y gestión para la prevención: la valoración del riesgo de estrés laboral desde una óptica comparada. 4.1. La implicación directa del empresario en el campo de la prevención. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente trabajo incorpora un estudio crítico comparado de la regulación existente en Italia y en España relativa a la prevención de riesgos psicosociales. Tal trabajo se ha desarrollado a partir de la estancia investigadora realizada por el profesor Sánchez en el mes de julio de 2016 en la sede de ADAPT en Bérgamo.

** Doctoranda de investigación de la Escuela Internacional de Doctorado en Formación de la persona y mercado del trabajo. Universidad de Bérgamo.

*** Profesor Ayudante Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

Prevention of psychosocial risks at work; a comparative approach (Spain-Italy)

ABSTRACT: It is noticeable that psychosocial risks play an increasing role at work while their impact on worker's health prompts and analysis and reflection on data. We analyse this special and topical interest area, focusing on prevention and management of psychosocial risks in a comparative perspective between Spanish legal system and the Italian. Reviewing the studies and consequences of psychosocial risks on workers, this paper compares legal provisions in this area and models of organization and management for the prevention of organizational risk factors of stress. In this area the role of administrative disciplinary law occupy a predominant place. This paper concludes with a discussion on new ways of working and production, concerning the great transformation of work in progress, not fully integrated into a culture of prevention.

Key Words: Psychosocial risk, occupational accident, occupational stress, psychic damages, occupational risk prevention.

1. Aspectos preventivos en el tratamiento de los riesgos psicosociales

El análisis de los riesgos psicosociales no se consolida hasta las últimas décadas del pasado siglo XX. Pese a que describen riesgos vinculados con el desarrollo de las relaciones laborales y que, por tanto, se trata de un fenómeno considerablemente antiguo su tratamiento no ha obtenido un desarrollo adecuado hasta tiempos recientes²¹³. Actualmente existe una mayor conciencia de los derechos declarados fundamentales y que afectan a los trabajadores. Entre ellos se encuentran la integridad moral, el honor, la intimidad o la dignidad.

Debe destacarse que, en buena medida, el avance protector que se produce a nivel normativo de las situaciones vinculadas a los riesgos psicosociales tiene bastante relación con el tratamiento y la tutela que se ofrece alrededor de los comportamientos que afectan a la salvaguarda de los derechos fundamentales. Es por ello que la doctrina constitucional²¹⁴ ha pasado a ofrecer una tutela específica frente a la vulneración de derechos fundamentales, de modo que se estima suficiente para declarar la existencia de daño moral, la identificación y descripción de las circunstancias en que la aludida vulneración de derechos se haya podido producir. Es por el motivo expuesto que en la doctrina reciente resulta suficiente la mera aportación de indicios para que se despliegue la acción protectora en forma de sentencia que ampare los comportamientos que atenten contra los derechos fundamentales – significativamente la dignidad y la integridad moral – aún teniendo en cuenta que resulta frecuente la imposibilidad de ofrecer una prueba concreta del perjuicio o daño sufrido, ni de su cuantificación desde la perspectiva indemnizatoria. Como puede comprobarse hoy persiste una menor tolerancia hacia los comportamientos característicos de los riesgos psicosociales, a la vez que el ordenamiento jurídico reacciona de un modo más eficaz para tutelar los derechos infringidos cuando los mismos se producen. Si bien es cierto que la respuesta del ordenamiento jurídico no ha alcanzado un nivel de madurez que se pueda considerar adecuado también se puede constatar que permite poner en marcha distintas opciones, bien para instar la cesación de los comportamientos infractores de los derechos fundamentales aludidos, bien para solicitar la extinción indemnizada del

²¹³ AA.VV., *La negociación colectiva en Prevención de Riesgos Psicosociales en el Trabajo. A los 20 años de vigencia de la LPRL*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente, UGT-CEC, 2015, p. 14.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio.

contrato de trabajo o, en último término, para solicitar las indemnizaciones que pueda corresponder ante la verificación de daños de carácter físico, psíquico o moral. También, por otra parte, cabe la opción de solicitar la calificación del proceso a que se pueda dar lugar como derivado de accidente de trabajo en todos aquellos procesos que ofrezcan un origen indubitado en los riesgos psicosociales, pudiéndose acceder así de un lado a una protección más completa que la propia de las contingencias comunes y, de otro lado, a la entrada en acción de la normativa preventiva de los riesgos profesionales.

Entre los riesgos psicosociales destaca de forma especial por los costes que tiene asociados el estrés laboral. Su incidencia ha alcanzado tales niveles que la política comunitaria en materia de salud en el trabajo ha planteado iniciativas para promocionar el «bienestar en el trabajo» que no sólo abarcan el aspecto psico-físico sino que se extienden al ámbito moral y el social²¹⁵. La relevancia de este factor ha implicado el despliegue de iniciativas por parte de la OIT, la OMS, la Comisión Europea así como Consejo Europeo (DOCE 161 de 5 de julio de 2002, Resolución de 3 de junio de 2002, sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad 2002-2006).

Asimismo la Organización Mundial de la Salud ha tratado el problema de las enfermedades relacionadas con el trabajo identificándolas como: «procesos multifactoriales en los que la ocupación, el trabajo o las condiciones de trabajo pueden ser uno de los muchos factores etiológicos».

Como podemos considerar la definición que se reproduce no se corresponde con las enfermedades profesionales desde la perspectiva y noción clásica, pero sí describe a las patologías en que los riesgos laborales actúan de forma conjunta junto con otros factores que resultan ajenos a la actividad laboral. Como resulta apreciable la actividad laboral se desempeña en un contexto de exposición frente a diversos factores que comportan un riesgo que puede ser físico, químico, biológico, organizativo o de carácter psicosocial, pudiendo provocar efectos inmediatos o bien exteriorizarse a medio o largo plazo²¹⁶.

²¹⁵ AA.VV., *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿La «sal de la vida» o el «beso de la muerte»?*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas), 1999.

²¹⁶ García Ruiz, P., *Control de los procesos por incapacidad temporal asociados a los riesgos del trabajo y su interacción con el trabajo sin ser riesgos profesionales*, Tratado de Salud Laboral, Aranzadi, 2012

2. El tratamiento normativo de los riesgos psicosociales

Una vez que se identifica el problema surge la necesidad de ofrecer un tratamiento normativo adecuado que ofrezca una tutela preventiva eficaz frente a los riesgos psicosociales.

Desde esta perspectiva en Europa ha jugado un papel referente la Directiva marco (89/391/CEE), en cuyo artículo 5 se establecía la obligación del empresario de «*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*». Entre los principios preventivos que contempla la Directiva aparece el objetivo de «*evitar los riesgos*», «*combatir los riesgos en su origen*» y «*adaptar el trabajo a la persona*». Asimismo se contempla en la Directiva que «*el empresario planificará la prevención buscando un conjunto coherente*».

Desde nuestra perspectiva de análisis las soluciones dadas en países como España e Italia permiten mostrar perspectivas diferentes que pretenden promocionar el «bienestar en el trabajo» y encontrar soluciones adecuadas ante un problema que muestra perfiles complejos en su tratamiento.

2.1. El ordenamiento español: la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como punto de partida

En España, la aparición de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 31/1995, de 8 de noviembre, (en adelante LPRL) supone un paso hacia adelante en la tutela de la salud y de la integridad psicofísica en el trabajo. Según esta norma referente las empresas tienen la obligación de adoptar las medidas que procedan frente a las condiciones de trabajo que puedan resultar peligrosas o inadecuadas para la salud de trabajadores, tal como se desprende del artículo 4.7 en virtud del cual «*se entenderá como condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador*».

También esta ley en su artículo 14.2 realiza la transposición de la obligación básica contenida en el artículo 5 de la Directiva incorporando la obligación empresarial básica de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores empleados en todos aquellos aspectos que puedan tener relación con el trabajo. Esta obligación genérica encontró su previsión específica, en lo que afecta a los riesgos psicosociales, a través del RD 39/1997, de los Servicios de Prevención, en cuyo artículo 34 se describe la formación precisa para alcanzar la condición de técnico superior de prevención de riesgos laborales en la especialidad particular de Ergonomía y Psicología, reconociendo en la forma descrita a los

factores psicosociales como factores de riesgo que pueden afectar a la salud de los trabajadores²¹⁷.

A la hora de investigar la incidencia de los riesgos psicosociales, los factores organizativos y psicosociales juegan un papel central. Desde esta perspectiva queda en entredicho el modelo de corte clásico o «*industrial*», pasando a tener un peso más determinante la «*terciarización*» de la economía, así como los nuevos modelos productivos fuertemente condicionados por la globalización y la incidencia de las nuevas tecnologías.

La evaluación de los riesgos psicosociales ha pasado a ocupar un papel central, tal y como se desprende del artículo 16 LPRL, según la versión derivada de la Ley 54/2003. Al fin descrito el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante INSHT) ha formulado una propuesta en la que plantea comenzar por la identificación del riesgo, continuando por la evaluación de su probabilidad para, más adelante, proceder a su gestión e intervención.

Debe destacarse que a tenor de lo preceptuado en el artículo 15.b LPRL deben ser objeto de valoración todos aquellos riesgos que cumplan una doble condición: que no hayan podido ser eliminados y que puedan afectar a la salud y a la seguridad de los trabajadores en el desempeño de la actividad laboral.

En el análisis a realizar en este ámbito cabe tener en consideración un amplio abanico de riesgos vinculados a la organización laboral, tales como el contenido de las tareas a realizar, la dirección de las mismas, la supervisión del trabajo, el desarrollo del trabajo en grupo e incluso la incidencia que pueden tener las personas ajenas a la organización empresarial entre los que se encuentran los propios clientes. Junto a estos elementos de análisis también resultan relevantes las propias características psicosociales del trabajador que puede mostrar una condición de mayor sensibilidad frente a los condicionantes externos de la actividad laboral.

Por otra parte los efectos de los riesgos psicosociales pueden repercutir no sólo sobre la salud y seguridad de los trabajadores, sino también sobre los resultados y la eficiencia de las empresas. Entre los efectos que pueden provocar sobre los trabajadores cabe destacar, en primer término aquellos que alcanzan a la salud física de los trabajadores (a través de afecciones como las de tipo vascular, la afectación sobre el sueño y el descanso, sobre el sistema músculo-esquelético, etc.) en segundo lugar los que se afectan a la salud psíquica de los trabajadores (expresándose a través de la ansiedad,

²¹⁷ Moreno Jiménez, B., *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT, Madrid, 2010, p. 13.

la depresión, el síndrome del trabajador quemado, el estrés laboral). En lo que se refiere a los efectos que se proyectan sobre los resultados del trabajo y de la organización empresarial cabe destacar la disminución de la productividad, la causación de procesos de incapacidad temporal, el incremento de la conflictividad laboral y del absentismo, etc.

De forma preponderante la valoración de los riesgos psicosociales implica la identificación de factores de riesgo entre los que se encuentra de forma destacada el sistema organizativo empresarial así como el estrés. Hay factores como el nivel de atención preciso para el desarrollo de una actividad laboral, el ritmo o la carga de trabajo, así como los déficit existentes a la hora de alcanzar una comunicación eficaz, la monotonía de las actividades realizadas que pueden incidir en la aparición de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²¹⁸.

A modo de conclusión, las condiciones particulares en que se lleva a cabo la actividad laboral pueden generar situaciones que impliquen un riesgo que favorezca la aparición o el incremento de patologías que puede afectar genéricamente a cualquier individuo, y en las que resulta difícil determinar una relación de causalidad directa con la actividad profesional desempeñada, ya que pueden aparecer vinculadas con una amplia relación de agentes etiológicos, que a su vez muestran una compleja interrelación.

2.2. El ordenamiento italiano: el Decreto Legislativo 81/2008

En Italia la normativa que existía con carácter previo a la Directiva marco (89/391/CEE) identificada por el Decreto Legislativo 626/1994, no incluía la menor referencia a los riesgos organizativos. En aquella norma sí aparecían como agentes de riesgo los agentes químicos, de tipo físico o biológico que se encuentran presentes en el trabajo o son potencialmente perjudiciales para la salud (artículo 2. g). Se venía a definir la actividad preventiva como el conjunto de disposiciones o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad laboral con el fin de evitar o disminuir los riesgos profesionales desde la perspectiva de la salud de la población y de la salvaguarda del medio ambiente. Se sostenía así la intención de examinar la salud desde una visión meramente tradicional en el sentido de ausencia de enfermedad.

La necesidad de adaptación a la normativa europea derivó en la aprobación del Decreto Legislativo 81/2008 en el que se introduce un

²¹⁸ AA.VV., *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2015-2020*, INSHT, Madrid, 2015, p. 16.

cambio de perspectiva que permite atribuir un amplio espacio a la regulación de las obligaciones del empresario en relación a la valoración y a la gestión de los riesgos asociados al estrés laboral.

3. La política de empresa en materia de salud

El tema de la salud en el ámbito empresarial encuentra una nueva dimensión a través del fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. La Cumbre de Lisboa del año 2000 fijó como objetivo la conversión de Europa en una economía competitiva que había de perseguir junto al objetivo de un crecimiento económico sostenible una mayor cohesión social. Para alcanzar este objetivo comienza un proceso de diálogo que cristaliza en julio de 2001 en el llamado “Libro Verde” que integra las líneas que han de definir la política gubernamental europea en esta materia.

La Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RSC) se traduce en una forma de dirección de las empresas consistente en la gestión del impacto que su actividad proyecta sobre sus clientes, trabajadores, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre el entorno social en general²¹⁹.

La RSC plantea el fomento de prácticas correctas en las empresas; contemplando el modo de vincular las políticas nacionales con los estándares fijados a nivel internacional. Se persigue así fomentar la conexión y el establecimiento de soluciones negociadas entre las empresas y los interlocutores sociales; incitando a las empresas a la promoción de iniciativas que permitan activar una actitud proactiva tras el objetivo del desarrollo sostenible; procediendo a incorporar prácticas de responsabilidad social en la gestión de dirección²²⁰.

La inversión en capital humano constituye uno de los aspectos más relevantes de las estrategias y de las políticas desarrolladas desde la perspectiva empresarial. Entre las medidas preventivas ya no sólo se tiene en consideración la salud y la seguridad en el trabajo, contemplados desde la frecuencia y la gravedad de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales. Ahora se debe considerar la adopción de medidas relativas a los sistemas de gestión entre los cuáles se han de definir aspectos propios

²¹⁹ Libro verde - *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. /* COM/2001/0366 final */ Disponible en la URL: <http://nubr.co/8jasFR>

²²⁰ Desde el punto de vista de la perspectiva italiana se debe consultar Massaini, M. “La responsabilità sociale delle imprese”, *Diritto e pratica del lavoro*, 2004, n. 23.

de la estructura organizativa, la actividad de planificación, la programación y el control.

Desde esta óptica, la RSC auspicia la difusión y la eficacia de una cultura de la prevención. Sin embargo en el nuevo Código de la Seguridad Social italiano (Decreto Legislativo 81/2008) ha venido a imponerse la idea de que el legislador pretende hacer prevalecer una solución sancionadora frente a los comportamientos infractores.

Parece necesario cuestionar el perfil escasamente ambicioso de la norma italiana, que no parece acometer la necesidad de que se lleve a cabo un cambio de perspectiva por parte de las empresas, sustituyendo la ética del beneficio por una ética social. Desde este posicionamiento, se pasa a identificar la salud como un bien capital en el que la lógica del beneficio a corto plazo debe ceder ante un seguimiento más adecuado de los problemas sociales.

En este contexto la denominada RSC, dentro del ámbito organizativo empresarial, pretende facilitar los procesos de cohesión interna, en tanto que hacia el exterior respondería a las expectativas de creación de una imagen social de la organización.

En España, por su parte, el modelo preventivo tiene un marcado matiz coercitivo imponiendo el modelo sancionador como principal criterio de actuación. El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) donde se establece la prevención contenida en el artículo 8.11 determina que se podrá sancionar al empresario con una sanción administrativa por aquellos actos en que incurra que falten al respeto de la vida privada o que lesionen la dignidad del trabajador.

A la anterior se añaden las sanciones contempladas para aquellos supuestos en que se incurra o se permita comportamientos relacionados con acoso de tipo sexual (artículo 8.13).

La delimitación de la actuación del empresario en relación con el tratamiento de los riesgos psicosociales puede determinar también la imposición de una consecuencia que carece de traslación en el derecho italiano. Se trata de la figura del recargo de prestaciones que cabe imponer frente a la falta de medidas de seguridad desplegadas por la empresa ante la verificación de riesgos psicosociales. Esta institución impone un recargo de todas las prestaciones de seguridad social a que tenga derecho el trabajador afectado por la omisión o deficiencia en materia de prevención de riesgos laborales empresarial entre un 30 y un 50% de las mismas y siempre a cargo de la empresa.

Resulta relevante en relación a las obligaciones de prevención que afectan a las empresas la doctrina de los tribunales donde se recogen las

consecuencias concretas que derivan de los distintos tipos de incumplimientos.

Las resoluciones judiciales en el ámbito de los riesgos psicosociales suelen proyectarse en la triple opción que permite la norma procesal (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 a 184). El trabajador afectado puede solicitar en primer lugar la cesación del comportamiento que atenta contra su dignidad o integridad moral. En segundo lugar puede interesar la reparación del daño causado y en último término puede plantearse la opción de la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, esgrimiendo incumplimientos graves de las obligaciones empresariales²²¹.

Ejemplo significativo de la última opción descrita viene determinado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de mayo de 2016 (Rec. 1215/2016)²²² al mostrar los efectos que puede tener la ausencia total de reacción de la empresa – que pese a todo disponía de un protocolo antiacoso – ante una situación de una trabajadora que sufre sucesivas bajas médicas con diagnóstico de ansiedad vinculadas con una situación prolongada de estrés laboral. La Sala articula su fundamentación jurídica sobre la base de que se ha producido un «... incumplimiento empresarial en la medida que no ha dado a la trabajadora demandante una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que garantizarse su integridad física...». Por otra parte, justifica el sentido de su resolución «... a la vista de la situación de enfermedad de la trabajadora, el origen de la misma directamente vinculado a circunstancias del trabajo, y la inactividad empresarial, tanto de cara a prever dicho riesgo, como a actuar ante tal problema una vez que pudo y debió tener conocimiento del mismo». Esta circunstancia es considerada como un «incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario» que encaja con la opción contemplada en el artículo 50.1.c) del ET que permite la extinción indemnizada del contrato otorgando a la trabajadora la consecuente indemnización. Entiende la Sala que la empresa incurre en un incumplimiento grave y culpable al no haber adoptado las medidas adecuadas que hubieran evitado o paliado la situación de la trabajadora respondiendo por la omisión llevada a cabo. Llama la atención que pese a que no se verificó la existencia de acoso laboral que también alegaba la trabajadora si un trabajador se siente acosado en su ámbito laboral, cabe la opción de plantear que la empresa no ha cumplido adecuadamente con la

²²¹ Sánchez Pérez, J., “El proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción laboral y su vertiente reparadora”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 8, 2016.

²²² Se puede consultar la sentencia en la URL: <http://nubr.co/uo0bL8>

obligación que le alcanza relativa a la prevención de riesgos psicosociales. La pretensión alternativa que sí obtiene la protección jurisdiccional no se apoya pues en la constatación de acoso laboral sino en que la empresa no llevó a cabo, ante los iniciales síntomas de ansiedad, actuaciones de prevención adecuadas (como pudiera haberlo sido un reconocimiento médico con especial atención al estado psicológico) no ofreciendo en tal caso a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que pudiera haber garantizado su integridad física, sin que obste a tal consideración que el protocolo de acoso que efectivamente existía constituyera una actuación de prevención eximente respecto de la imputación de responsabilidad²²³.

Han sido menos frecuentes las reclamaciones relativas a la obligación de establecer medidas de carácter preventivo. No obstante el Tribunal Constitucional ha marcado la línea a seguir. La sentencia TC 62/2007, de 27 de marzo, (FJ 5) ha destacado que «en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución». De ahí se deduce el reconocimiento de derechos fundamentales como la vida y la integridad física (artículo 15 CE), el derecho a la salud (artículo 43 CE) instando a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE). Partiendo de la premisa descrita la LPRL permite articular una interpretación integradora de la protección constitucional de los derechos descritos. El artículo 14 de esta norma dispone que los trabajadores ostentan un derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, derecho que se traduce en un deber paralelo del empresario que debe articular la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. En atención a este deber el empresario debe *«garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores»*.

El Tribunal Constitucional pone en conexión la actividad preventiva que debe desplegar la empresa con el respeto a los derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física. El régimen de tutela que se perfila – acogiendo un tratamiento protector específico de los riesgos psicosociales – alrededor de la responsabilidad empresarial no solo queda

²²³ Ramón Lacomba, F., *Tener protocolo de acoso no es suficiente para excluir la responsabilidad de la empresa*, Quatrecasas Gonçalves Pereira. Laboral. Blog., disponible en la URL <http://nubr.co/azUyoK>

limitada a la ausencia de comportamientos atentatorios directamente contra los derechos de los trabajadores, sino que viene a resultar suficiente «que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse». En este sentido en tanto que «los riesgos psicosociales son riesgos profesionales en sentido estricto» han de ser incluidos «en el sistema preventivo de la empresa como el resto de riesgos contemplados tradicionalmente en la LPRL». Es por la razón expuesta que el empleador, con inclusión de las Administraciones Públicas en relación al personal a su servicio, en cuanto titular de la organización empresarial y deudor de seguridad se encuentra obligado a evaluar y prevenir los riesgos psicosociales como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 14 LPRL²²⁴.

4. Los modelos de organización y gestión para la prevención: la valoración del riesgo de estrés laboral desde una óptica comparada

En Italia con la intervención de la Comisión consultiva permanente que aparece contemplada en el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 81/2008 se establece un concreto recorrido operativo para la valoración del fenómeno del estrés laboral, fijando sus objetivos en la prevención del mismo y su reducción.

A este respecto, la Comisión aclara de forma preliminar que el documento elaborado por la misma describe «un recorrido metodológico que representa el nivel mínimo de actuación relativo a las obligaciones de valoración de los riesgos de estrés laboral para todos los empresarios públicos y privados»²²⁵.

En lo que afecta a la valoración del riesgo de estrés laboral el mismo corresponde realizarlo al empresario, asumiendo una responsabilidad plena a cuyos efectos debe recurrir al responsable del servicio de prevención y protección (Rsp) con la colaboración del médico competente.

La elección de considerar una estructura tradicional de la prevención en el ámbito empresarial sin el recurso a otras figuras especializadas – como

²²⁴ Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Pérez, J, “El recargo de prestaciones en supuestos de acoso laboral”, *AS*, n. 11, 2013, p. 66.

²²⁵ Puede consultarse la versión original del documento en la URL: <http://nubr.co/tt0XOH>. También el criterio expresado por la doctrina al respecto Frascheri, C., *Il rischio da stress lavoro-correlato. Normativa, procedure di valutazione e organizzazione del lavoro*, Edizioni Lavoro, 2011, p. 89.

pueda ser el psicólogo de empresa – ha pretendido favorecer a la pequeña y mediana empresa que podría oponer dificultades en cuanto a la disponibilidad de recursos para afrontar tales costes adicionales.

Pasando a la descripción de la valoración del estrés laboral la misma se articula en dos momentos diversos: una primera fase, denominada «*valoración preliminar*» -se define como necesaria- y una segunda fase considerada como meramente «*eventual*» y que viene a comportar una profundización en la percepción subjetiva de la organización del trabajo. Ésta última debe llevarse a cabo sólo allí donde emerjan elementos que permitan constatar la existencia de riesgo de estrés laboral²²⁶.

En lo que afecta a los contenidos metodológicos de la valoración preliminar del estrés laboral el documento de la Comisión consultiva define que la misma «consiste en la revelación de indicadores objetivos y verificables» que sean apreciables numéricamente y que han de venir definidos bien por factores de contenido laboral o bien por factores que derivan del contexto en que se desarrolla el trabajo.

En particular, entre los eventos a tener en cuenta para detectar los factores desencadenantes de riesgo laboral se pueden distinguir: los indicios de riesgos de accidentes de trabajo, las ausencias por enfermedad, la movilidad funcional, los eventuales procedimientos sancionatorios así como las indicaciones que pueda ofrecer el médico competente.

En cuanto a los factores relacionados con el contenido del trabajo entre los mismos cabría destacar a título ejemplificativo el ambiente de trabajo, la maquinaria utilizada, la carga y el ritmo de trabajo, el horario y los turnos, la correspondencia entre las competencias de los trabajadores y las exigencias profesionales que se les dirige.

Se trata, por tanto, de elementos que consideran el riesgo de la actividad desarrollada en relación a las características organizativas, dando lugar a una valoración que raramente puede prescindir también de la percepción individual del sujeto directamente interesado.

El último grupo de indicadores propuestos contempla los factores del contexto de trabajo, entre los cuales vienen comprendidos el papel de las personas dentro de la organización, la autonomía de las decisiones y el control, la evolución y el desarrollo del empleo y la gestión de la comunicación.

Por otra parte, en relación a la valoración de los factores de contexto y contenido citados previamente, resulta obligado escuchar a los trabajadores y a los delegados de prevención. En las empresas de grandes

²²⁶ Cfr. Fantini, L., “La valutazione dei rischi da stress lavoro-correlato nel testo unico di salute e sicurezza sul lavoro”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, n. 1-2, p. 65.

dimensiones tales obligaciones pueden ser abordadas por el representante de los trabajadores.

En relación a la completa actividad descrita deberá después suministrarse la oportuna documentación que habrá de integrarse en el informe empresarial de valoración de riesgos o bien en un documento específico donde se recoja una mención expresa de los procedimientos de valoración adoptados, de las medidas colectivas adoptadas o a llevar a cabo, así como los reglamentos de control de la eficacia de estos últimos.

En España no existe un protocolo como el desarrollado por la Comisión Consultiva en Italia. En este país se recurre a una solución genérica que tiene su apoyo normativo en el artículo 14.2 LPRL según el cual el empresario debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la seguridad y la salud sobre el lugar de trabajo, sobre todo cuando el empresario tiene conocimiento de la presencia de trabajadores sometidos a un fuerte estrés o bien existen indicios de que el mismo se puede producir.

El empresario queda por tanto obligado a considerar los riesgos psicosociales, entre los que se encuentra el estrés laboral, a la hora de realizar la evaluación de los riesgos laborales, de modo que queda obligado a adoptar las medidas adecuadas ante la actualización de tales riesgos.

En cuanto a las medidas potencialmente adoptables, se presenta un cuadro bastante amplio de posibles instrumentos utilizables en clave preventiva debiéndose hacer mención tanto a la dimensión colectiva como a la individual.

A nivel colectivo se sugieren intervenciones relativas a la revisión de la organización de los horarios, respecto a la conciliación entre el trabajo y las obligaciones familiares, vinculadas a una mejor definición de los procedimientos y de los roles en la organización laboral, así como a la adopción de medidas de carácter ergonómico.

Las medidas de protección de carácter estrictamente individual, sin embargo, son las más complejas de especificar dado que son potencialmente variables en función de la diversidad existente entre los trabajadores, con la interferencia añadida de factores externos en el ambiente laboral y que quizás son reconducibles al contexto privado familiar y relacional de la persona.

Desde el punto de vista del trabajo se analiza la relación existente entre la necesidad y las expectativas de la persona y la probabilidad de la organización de satisfacerla.

El modelo puede además equilibrar la valoración personal y subjetiva de los eventos estresantes con las dimensiones organizativas y las características objetivas de los recursos humanos.

En los casos en que se registra una discrepancia entre los requerimientos del ambiente laboral -como a modo de ejemplo la carga y la complejidad del trabajo- y la habilidad de la persona para afrontarlas, o entre las expectativas de la persona -como pueda ser la ganancia, la posibilidad de hacer carrera, la participación en el proceso de toma de decisiones- y los recursos ambientales disponibles para satisfacerlos se asiste al incremento de la tensión, es decir, de reacciones a corto plazo frente a los estresores derivados de las discordancias descritas.

Para la elaboración de técnicas de valoración y gestión del riesgo a los fines de la prevención resulta precisa la realización de un control constante así como de una diagnosis adecuada de los potenciales factores organizativos que puedan desencadenar los factores de riesgo del estrés laboral.

4.1. La implicación directa del empresario en el campo de la prevención

La inobservancia de las reglas en materia de valoración y prevención de los riesgos psicosociales se encuentra sujeta a múltiples perfiles de eventual responsabilidad que pueden afectar al empresario.

En Italia, desde la perspectiva penal, las hipótesis de omisión o carencia de la valoración del riesgo pueden traducirse en diversas posibilidades de sanción.

La primera situación que se baraja se refiere a aquella en la que el empresario podría no haber completado la valoración de los riesgos laborales o bien podría hacerse mención a la posibilidad de haber redactado el documento de valoración correspondiente, pero omitiendo la valoración del estrés laboral o, en otro caso, podría haberse realizado pero de modo incompleto omitiendo la identificación de las medidas de prevención y del correspondiente plan de actuación.

La situación descrita puede considerarse como un ilícito penal imputable al empresario, penado por el artículo 55.1 del D.L. 81/2008, con la aplicación de la pena alternativa de arresto (de 3 a 6 meses) o multa (de 2.500 a 6.400 €). La pena aludida es sin embargo solo la de arresto, de 4 a 8 meses (artículo 55.2),

En la Ley española no existen reglas penales análogas a las descritas. No obstante, sí se puede apreciar la existencia de consecuencias sancionadoras para los supuestos de incumplimientos de carácter culpable dentro del ámbito de la relación laboral. Así, el empresario puede ejercitar el poder disciplinario del que dispone respecto de los trabajadores que incurran en

alguna forma de responsabilidad y deber tener presente, a su vez, las obligaciones que le competen de forma que si mantiene una actitud pasiva ante la evidencia de existencia de riesgos psicosociales el trabajador tiene la opción de alegar el grave incumplimiento de las obligaciones empresariales y solicitar la extinción de su contrato de trabajo ex artículo 50 ET, con la indemnización correspondiente al despido de carácter improcedente²²⁷.

Otra hipótesis es, obviamente, aquella que concierne a la responsabilidad del empresario en el plano civil, como consecuencia de los daños causados a título individual al trabajador por las disposiciones y prevenciones referidas al estrés laboral.

En Italia, conforme a los principios generales relativos a la responsabilidad contractual «en el caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales derivadas de estrés laboral corresponderá al trabajador demostrar el daño, las condiciones nocivas de trabajo y el nexo de causalidad entre estos dos elementos»²²⁸, de tal modo que si el trabajador alcanza a proporcionar tales pruebas, el empresario podrá desvincularse de la relativa a su responsabilidad solo si alcanza a demostrar haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar o limitar el riesgo de daños eventuales para los trabajadores.

Desde la perspectiva española, merece una especial atención el ejercicio de los poderes de la empresa, como garante de la indemnidad del trabajador. El empresario debe adoptar las medidas adecuadas cuando el estrés laboral se manifiesta. Los factores de riesgo pueden derivar bien de la organización del trabajo o bien del comportamiento de trabajadores de la empresa. En ambos casos el empresario debe reaccionar adoptando las medidas adecuadas a través del sistema preventivo. En otros términos debería reorganizar el sistema preventivo de la empresa para hacerlo inocuo para los trabajadores y, si se da el caso, aplicar las sanciones que procedan frente a aquellos que contravengan la responsabilidad vinculada a la manifestación del riesgo²²⁹.

Al fin descrito tiene una importancia crucial el papel de los convenios colectivos, desde el momento en que son instrumentos fundamentales

²²⁷ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, *TS*, n. 145, 2002, p. 20.

²²⁸ *Vid.* Cataudella, M.C., “Lavorare stanca, Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2010, p. 685.

²²⁹ Tascón López, R., “Responsabilidad laboral y civil por el daño causado a partir del riesgo psicosocial”, in AA.VV., *Las enfermedades del trabajo: nuevos riesgos psicosociales y su valoración en el derecho de la protección social*, MTSS, 2006. Se puede consultar en la URL: <http://nubr.co/sGDlq3>

para poder desarrollar un régimen sancionador adecuado. Se puede constatar cómo los convenios colectivos han comenzado a incluir los riesgos psicosociales – y entre ellos el estrés laboral – como uno de los aspectos específicos de la acción preventiva²³⁰.

Para el supuesto de que el empresario adopte una posición de pasividad el trabajador podrá adoptar la decisión de abandonar la empresa. En tal caso se ha anticipado podría esgrimir un incumplimiento grave encuadrable en el artículo 50.1.c ET al que vendría asociada la violación de sus derechos fundamentales, en particular del derecho a la dignidad y a la integridad física. En tal caso, además, el trabajador podrá solicitar el resarcimiento del daño causado.

Desde esta perspectiva el Tribunal Supremo español, STS 13 de junio de 2011 (Recurso 2590/2010) sostiene la posibilidad de resolver el contrato y además sostener la acción de tutela con el consecuente derecho a ser indemnizado²³¹.

5. Conclusiones

El sistema regulador de la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo no despeja todas las dudas que se refieren a la efectividad de los instrumentos aportados por el legislador. La impresión, no obstante, es que a pesar de los pasos significativos que se han dado hacia delante en los dos países confrontados no se puede afirmar que la regulación y la situación actual hayan alcanzado un nivel adecuado y aceptable de madurez. En este sentido no puede ocultarse que las nuevas formas que adoptan las relaciones laborales y la transformación del trabajo avanzan con más rapidez que las medidas que al respecto adopta el legislador.

La proliferación de trabajos que no se desenvuelven en las sedes tradicionales de las empresas, pudiendo desempeñarse a nivel individual plantean problemas absolutamente nuevos y diferentes respecto a aquellos tradicionales. Especialmente determinan una cantidad de factores de riesgo de los cuales se comienza ahora a asumir la certeza de su existencia y alcance perjudicial.

Las exigencias de las empresas normalmente trasladadas hacia una detallada reglamentación de las obligaciones de los trabajadores y su

²³⁰ AA.VV., *La negociación colectiva en la Prevención de Riesgos en el Trabajo. A los 20 años de vigencia de la LPRL*, in UGT, Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2014, p. 45 e ss. Se puede consultar en la URL: <http://nubr.co/wJi3kV>

²³¹ Sánchez Pérez, P., *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: Una visión global y práctica*, 2016, Comares, pp. 20 y ss.

necesaria presencia en el lugar de trabajo contrasta – en relación con su obligación de pago salarial – con un sistema retributivo tendencialmente estático y, en cualquier caso, inadaptado.

En tal sentido, la clave de la cuestión se encuentra en el desequilibrio entre los requerimientos reales asociados a las exigencias de carácter laboral y las capacidades concretas de que disponen los trabajadores apreciados como sujetos individuales, generando unas condiciones ambientales de malestar que se trasladan a la dinámica de las relaciones laborales.

La cuestión, por tanto, queda en manos de los múltiples actores intervinientes: los empresarios, en primer lugar, llamados a completar y sucesivamente a implementar la valoración de estos riesgos específicos; la parte social, llamada a promover una cultura que busque conjugar la eficiencia organizativa con el bienestar organizativo; y, ciertamente, todos los sujetos que por diversas razones se encuentran involucrados en la gestión empresarial de la prevención.

Sobre el plano legislativo se pueden contabilizar numerosos y relevantes progresos, si bien aún queda mucho camino por recorrer. Los convenios colectivos han comenzado a introducir normas relativas a la prevención y al control de los riesgos psicosociales, si bien esta tendencia debería consolidarse a través de una mayor participación de los actores sociales.

Con la finalidad de hacer frente a las graves consecuencias asociadas a los riesgos psicosociales, la ley y la jurisprudencia española consideran a las patologías asociadas a los mismos como «*accidente de trabajo*».

En este contexto, si se mantiene la consideración del estrés laboral como contingencia o enfermedad común – no asociada al trabajo – no será posible establecer un sistema preventivo eficaz que pueda afrontar adecuadamente los desafíos del actual escenario productivo del siglo XXI.

6. Bibliografía

AA.VV., *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2015-2020*, INSHT, Madrid, 2015.

AA.VV., *La negociación colectiva en Prevención de Riesgos Psicosociales en el Trabajo. A los 20 años de vigencia de la LPRL*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente, UGT-CEC, 2015.

AA.VV., *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿La «sal de la vida» o el «beso de la muerte»?*, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas), 1999.

AA.VV., *La negociación colectiva en la Prevención de Riesgos en el Trabajo. A los 20 años de*

- vigencia de la LPRL*, en UGT, Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2014.
- Cataudella, M.C., “Lavorare stanca, Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 3, 2010, p. 685.
- Fantini, L., “La valutazione dei rischi da stress lavoro-correlato nel testo unico di salute e sicurezza sul lavoro”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, n. 1-2.
- Frascheri, C., *Il rischio da stress lavoro-correlato. Normativa, procedure di valutazione e organizzazione del lavoro*, Edizioni Lavoro, 2011.
- García Ruiz, P., *Control de los procesos por incapacidad temporal asociados a los riesgos del trabajo y su interacción con el trabajo sin ser riesgos profesionales*, Tratado de Salud Laboral, Aranzadi, 2012.
- Massaini, M., “La responsabilità sociale delle imprese”, *Diritto e pratica del lavoro*, 2004, n. 23.
- Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, *TS*, n. 145, 2002, p. 20.
- Monereo Pérez, J.L., y Sánchez Pérez, J., “El recargo de prestaciones en supuestos de acoso laboral”, *AS*, n. 11, 2013, pp. 66.
- Moreno Jiménez, B., *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT, Madrid, 2010.
- Ramón Lacomba, F., *Tener protocolo de acoso no es suficiente para excluir la responsabilidad de la empresa*, Quatrecasas Gonçalves Pereira. Laboral. Blog., disponible en la URL <http://nubr.co/azUyoK>
- Sánchez Pérez, J. “El proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción laboral y su vertiente reparadora”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 8, 2016.
- Sánchez Pérez, P., *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: Una visión global y práctica*, 2016, Comares.
- Tascón López, R., “Responsabilidad laboral y civil por el daño causado a partir del riesgo psicosocial”, en AA.VV., *Las enfermedades del trabajo: nuevos riesgos psicosociales y su valoración en el derecho de la protección social*, MTSS, 2006.

La compatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad permanente y el trabajo u otras actividades lucrativas en el ordenamiento jurídico español

Ángel Luis DE VAL TENA*

RESUMEN: La legislación española de Seguridad Social reconoce prestaciones económicas ante la actualización del riesgo de incapacidad permanente, que presupone una limitación parcial o total para trabajar, de ahí que, sobre todo, en el caso de reconocerse una pensión vitalicia, sustitutiva de las rentas del trabajo, se plantee la duda de si dicha prestación pública es o no compatible con el desarrollo de un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia. En este estudio se analizan los supuestos de compatibilidad o incompatibilidad con las prestaciones públicas de Seguridad Social por incapacidad permanente, tomando como referencia la delimitación legal de los grados de incapacidad permanente, según la incapacidad sea parcial o total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o una gran invalidez, en conexión con las reglas específicas sobre compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con la percepción de ingresos por el trabajo, y ello a la luz de la doctrina de los tribunales para aportar seguridad jurídica.

Palabras clave: Incapacidad permanente, grados de incapacidad (parcial para la profesión habitual, total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo, gran invalidez), compatibilidad con el trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Grados de la incapacidad permanente y situaciones de compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo. 2.1. La profesión habitual como referencia. 2.2. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. 2.2.1. Delimitación legal. 2.2.2. Compatibilidad plena con el trabajo. 2.3. Incapacidad permanente total para la profesión habitual. 2.3.1. Delimitación legal. 2.3.2. Compatibilidad con el desempeño de una profesión distinta a la habitual. 2.4. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. 2.4.1. Delimitación legal. 2.4.2. El ejercicio de actividades compatibles con el estado del incapacitado. 2.5. Gran invalidez. 2.5.1. Delimitación legal. 2.5.2. El trabajo o las actividades compatibles con el estado del incapacitado. 3. Síntesis conclusiva. 4. Bibliografía.

* Profesor Titular – acreditado a Catedrático – de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Zaragoza, España.

Compatibility between Social Security benefits for permanent disability and work or other gainful activities in the Spanish legal system

ABSTRACT: The Spanish legislation on Social Security matters recognises economic benefits for risk of permanent disability, which implies a partial or total limitation to work, therefore, above all, in case of a recognized lifelong pension, substitutive of employment incomes, there are many doubts about compatibility or incompatibility between such public Social Security benefit with an employed or self-employed lucrative job. This paper analyses these situations of compatibility or incompatibility with the public Social Security benefits for permanent disability, depending on the different degrees of work incapacity, such as partial or total permanent disability for regular occupation, absolute permanent disability for all types of work or serious disability, connected with the specific rules on compatibility between a permanent disability benefit with work incomes, it all considered in the light of case law rules in order to provide legal certainty.

Key Words: Permanent disability, degrees of work incapacity (partial permanent disability for regular occupation, total permanent disability for regular occupation, absolute permanent disability for all types of work, serious disability), compatibility with work.

1. Introducción

El legislador, en primer término, precisa el concepto legal de incapacidad permanente, a los efectos de concretar el supuesto de hecho protegido. Así, la incapacidad permanente, en el nivel contributivo, es “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral” (art. 193.1 TRLGSS).

Deducimos de este precepto legal los elementos que configuran la situación de incapacidad permanente, a saber: 1) la grave alteración – “reducciones anatómicas o funcionales” – de la salud; 2) que pueda ser valorada objetivamente, esto es, que dichas limitaciones sean “susceptibles de determinación objetiva”; 3) que no sea posible su recuperación o que su curación sea incierta o a largo plazo, “previsiblemente definitivas”; y 4) que incida en la capacidad de trabajar de la persona, disminuyendo o anulando sus facultades laborales. Todos estos elementos definitorios deben concurrir encadenada o conjuntamente²³², si bien, de todos ellos, sin duda, el último se ha de valorar de manera principal para determinar, en cada caso, la posible compatibilidad de la situación de incapacidad permanente reconocida, con la correspondiente prestación económica, y la realización de trabajos por cuenta ajena o propia. A estos efectos, el “elemento básico”²³³ es la incidencia o no de la incapacidad permanente en la capacidad laboral del trabajador, lo que exige propiamente su graduación conforme a los términos legales vigentes.

Así, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará en uno de los siguientes grados (art. 194.1 TRLGSS):

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.

Sin perjuicio de su delimitación conceptual *ex lege*, que más adelante se expondrá, la misma denominación, que alude a la profesión habitual o a todo tipo de trabajo, según el grado, da una pista, aunque no sea

²³² *In extenso*, Roqueta Buj, R., *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 17-32. Recientemente, De Val Tena, A.L., “Incapacidad permanente: concepto, grados y requisitos”, en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 772-777.

²³³ Rodríguez Iniesta, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 184, 2016, p. 16 (BIB 2016/705).

concluyente, sobre la posibilidad o no de realizar otra actividad o trabajo por quien resulte beneficiario de una prestación de incapacidad permanente. No obstante, por si ello resultara insuficiente y para superar la inseguridad jurídica que pudiera surgir, el legislador regula expresamente, de forma parcial²³⁴, las compatibilidades entre las prestaciones económicas por incapacidad permanente y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, o de otras actividades, sean o no lucrativas (art. 198 TRLGSS). Con ello se cerraría el marco jurídico sobre las situaciones activas que resultan compatibles con una incapacidad laboral de carácter permanente, así reconocida por la Entidad Gestora.

Pese a la *voluntas legislatoris* de clarificar, se modificó, con ese fin, la redacción del precepto legal entonces vigente, el artículo 141 TRLGSS – 1994 –, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, si bien su entrada en vigor se retrasó hasta el 1 de enero de 2014 [disp. final duodécima 1.c) de la citada Ley] – aquellas situaciones que pueden resultar compatibles, lo cierto es que no se ha logrado, siendo labor de los tribunales interpretar de manera sistemática y finalista el marco jurídico de referencia, tanto la delimitación de los grados de la prestación contributiva de incapacidad permanente como los supuestos de compatibilidad en el percibo de la prestaciones económicas cuando se pretende iniciar o se realiza una actividad o trabajo por cuenta ajena o propia.

A continuación se analizan, de manera armónica, los grados²³⁵ de incapacidad permanente en conexión con las reglas sobre la compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones económicas correspondientes; en particular, su configuración y determinación legal, respectivamente, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina judicial, en aras a depurar los criterios interpretativos que aporten certeza jurídica a los beneficiarios de aquellas pensiones.

²³⁴ Ciertamente, como señala Menéndez Sebastián, P., “Dinámica de la prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con el desarrollo de actividades lucrativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n. 405, 2016, p. 19, la ausencia de indicación alguna sobre los grados menores – en realidad, solo la parcial – de incapacidad se traduce necesariamente en el entendimiento de que la declaración de incapacidad “no conlleva restricción alguna para la prestación libre de servicios lucrativos”.

²³⁵ Vid. De Val Tena, A.L., “Incapacidad permanente: concepto, grados y requisitos”, *op. cit.*, pp. 777-785.

2. Grados de la incapacidad permanente y situaciones de compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo

Es destacable, de entrada, la continuidad de un precepto, el relativo a los grados de la incapacidad permanente (art. 194 TRLGSS), cuyo tenor literal no resulta aplicable, por el momento, y “únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194”, conservando, de modo alternativo, su redacción primigenia, en su modificación por la Ley 24/1997 (disp. trans. sexta TRLGSS). De ahí que podamos calificar esa técnica como “legislación diferida”, aprobada, en su momento, e incorporada al nuevo texto refundido, pero no vigente, por cuanto se condiciona a la entrada en vigor de una normativa reglamentaria, que deberá aprobar el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre una lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos. Se está haciendo esperar dicha regulación reglamentaria, lo que ha supuesto frustrar una importante reforma²³⁶ e intensificar la inseguridad jurídica, al quedar postergada sin fecha esa nueva forma de valorar y calificar la situación de incapacidad permanente²³⁷.

Según la incidencia de las reducciones anatómicas o funcionales graves sobre la capacidad laboral de la persona afectada, la incapacidad permanente se calificará en el grado que corresponda, en función – se insiste – del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, sin que influya en dicha calificación gradual la causa determinante, sea de origen profesional o no, derivada de enfermedad o de accidente.

La calificación gradual, en todo caso, se realiza aplicando un binomio: lesiones o enfermedades de la persona que las padece y profesión habitual antes del hecho causante, siempre a los efectos de valorar la disminución de su capacidad laboral, cuando no resulte anulada en su totalidad.

2.1. La profesión habitual como referencia

Como los grados de incapacidad permanente parcial y de incapacidad

²³⁶ En este sentido, Roqueta Buj, R., *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, pp. 49-57.

²³⁷ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 8, 2016, p. 13 y 17.

permanente total se califican según la capacidad residual del trabajador para desarrollar su profesión habitual, la definición de lo que se entiende por profesión habitual es básica, en cuanto se debe valorar una incapacidad específica²³⁸. Así, *ex lege*, se entiende por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, “la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo”, y en caso de enfermedad común o profesional “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine” (art. 194.2 TRLGSS); esta previsión reglamentaria se recoge en la Orden de 15 de abril de 1969, sobre “prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social” [STS 18 enero 2007 (RJ 2007, 1744)], que concreta el periodo temporal de referencia: los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria – entiéndase incapacidad temporal – de la que se derive la invalidez – entiéndase incapacidad permanente – (art. 11.2). De no estar precedida de una incapacidad temporal, ese periodo de referencia se computa “desde la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades”, que es cuando se considera producido el hecho causante de la incapacidad permanente (art. 13.2, párrafo segundo, OM de 18 de enero de 1996). Durante ese lapso temporal largo, puede suceder que se hayan desarrollado diferentes – supuestos de reiterada contratación temporal – actividades profesionales, por lo que se atenderá a la ejercida durante mayor tiempo, por ser considerada esta la “profesión prevalente”, más aún si la última o últimas se han ejercido como consecuencia de la pérdida de aptitudes a causa de la situación invalidante [STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007, 8605)].

A efectos de fijar un criterio, se debe subrayar que la regla general es la reglamentaria de los doce meses, si bien matizada en el sentido de que no han de computarse para ello los periodos de incapacidad o de desempleo para llenar esos doce meses [STS 7 febrero 2002 (RJ 2002, 3504)]. Con todo, ese plazo puede superarse en ocasiones sin que exista ruptura del encuadramiento profesional anterior, siempre que el plazo de dedicación a otra profesión posterior sea breve y notablemente inferior al período de desempeño de la profesión primera [STS 9 diciembre 2002 (RJ 2003, 1947)]. Para que sea aplicable esta doctrina es preciso que se cumplan las siguientes condiciones básicas [STS] Castilla y León/Valladolid 10 enero 2007 (AS 2007, 678):

²³⁸ Así, Barba Mora, A., *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 57.

- a) Que la profesión primera no haya sido abandonada voluntariamente por el beneficiario, salvo causa justificada, para lo cual ha de tomarse en consideración la causa del abandono de la profesión anterior, si, a pesar de los empleos posteriormente desempeñados, se ha mantenido la búsqueda de empleo en la profesión anterior durante ese período y, siempre, es preciso que entre la finalización de la dedicación a una profesión y el inicio de la siguiente no exista una ruptura temporal significativa, sin computar en ningún caso como ruptura el tiempo de inscripción como desempleado demandando una colocación en la profesión que se pretende tomar en consideración. En caso contrario, la dedicación a la profesión anterior a la última habría cesado y no podría tomarse en cuenta.
- b) Tampoco se debe computar como ruptura de la dedicación profesional el período de alejamiento temporal de la misma por motivos de salud, cuando esté instrumentado a través de incapacidades temporales del sistema de Seguridad Social o de medidas de movilidad funcional temporal dentro de la empresa, si bien, en este último caso, sin que se pueda superar nunca el plazo máximo legal de duración de la incapacidad temporal (STSJ Cantabria 1 octubre 2004 (JUR 2004, 277244)).
- c) Que el período de dedicación a la última profesión sea “breve”, aunque supere los doce meses, lo que puede estimarse que ocurre cuando no excede de la duración máxima legal de la prestación contributiva de desempleo, que es de dos años (art. 269 TRLGSS). En suma, el criterio de tomar como referencia el régimen de una prestación distinta tiene por objeto el dar una regulación sistemática al régimen de protección social, que integre los efectos tuitivos de las distintas contingencias. En este sentido hay que tener en cuenta que si el trabajador que queda en desempleo puede acceder a la prestación contributiva hasta un máximo de dos años, por ese período habrá de admitirse el alejamiento de lo que es su profesión habitual sin menoscabo de su profesionalidad, puesto que lógicamente habrá de preferirse que esa persona opte por trabajar temporalmente fuera de su profesión habitual a que, por no hacerlo, perciba una prestación pública, sin que pueda hacerse de peor condición a quien opta por trabajar fuera de su profesión habitual que a aquél que opta por percibir la prestación. De hecho, el artículo 301 TRLGSS utiliza el mismo término de “profesión habitual” que el contenido en el artículo 194, estableciendo la misma como límite para la oferta de empleos que puede realizar el servicio público de empleo, sin que a ello obste el que se permita a la Oficina de Empleo ofrecer a los desempleados que vengán percibiendo prestaciones durante más de un año ocupaciones distintas a lo que es su profesión habitual, porque ello se concibe, precisamente, como una medida excepcional, esto es, como un alejamiento de esa profesión

habitual en beneficio de la ocupación del desempleado que percibe prestación, pero no como una ruptura forzosa de la profesionalidad de ese trabajador.

d) Que el período de dedicación efectiva, sin computar incapacidades o desempleo, a la antigua profesión sea significativamente superior a la dedicación efectiva a la nueva profesión, excluyendo también del cómputo los períodos de incapacidad o desempleo. Se trata en este caso de precisar el alcance de un concepto jurídico indeterminado y para ello habrá de tomarse en consideración no solamente el dato objetivo del tiempo transcurrido, sino el nivel de formación exigido para el desempeño de esa actividad anterior, así como la cualificación de la misma y demás datos relativos a la importancia profesional y social de ambas, así como la precariedad de los trabajos desempeñados en ambas, puesto que obviamente no es lo mismo que el desempeño de la segunda profesión constituya una forma de subempleo en relación con la primera profesión a que, por el contrario, suponga una mejora social y profesional.

Nótese cómo el legislador no da un concepto de profesión, centrando el esfuerzo delimitador en cuándo una profesión es habitual. Una posible alternativa es acudir a la Clasificación Nacional de Ocupaciones [STS] Castilla y León/Valladolid 10 enero 2007 (AS 2007, 678)], estando en vigor la aprobada por el RD 1591/2010, de 26 de noviembre, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones – CNO-11 –. A tal fin, se puede atender, por supuesto, no solo a las funciones o trabajos concretos que se estuvieran realizando al sobrevenir el hecho causante, sino también a todas las funciones propias que integran objetivamente su profesión, las cuales vienen delimitadas, en ocasiones, por las de su propia categoría profesional o, en otras, las de su grupo profesional, según los supuestos y el alcance que en cada caso tenga el *ius variandi* empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable [SSTS 12 febrero 2003 (RJ 2003, 3311), 27 abril 2005 (RJ 2005, 6134), 23 febrero 2006 (RJ 2006, 2093) y 10 octubre 2011 (RJ 2011, 7269)]. En definitiva, no cabe identificar automáticamente la profesión habitual con las funciones de un determinado puesto de trabajo, con una categoría o un grupo profesional o nivel salarial [SSTS 15 octubre 2004 (RJ 2004, 7025) y 28 febrero 2005 (RJ 2005, 5296)]; la equiparación entre profesión habitual y categoría profesional se ha de rechazar más aún en la actualidad, tras haber desaparecido la segunda del texto del artículo 22 TRLET, en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna [STS 26 octubre 2016 (RJ 2016, 5416)]. El grupo de cotización del trabajador es un indicio importante para la determinación de su actividad profesional, aunque está directamente en función del trabajo que se desempeña en un

puesto concreto de trabajo y una categoría profesional, conceptos ambos no idénticos al de profesión habitual, a que debe referirse la decisión sobre la incapacidad permanente [STS] Aragón 14 julio 2011 (JUR 2011, 323873)].

Así, solo fijada la profesión habitual puede acometerse la valoración de la incapacidad permanente, si bien debe hacerse de manera casuística o individualizada²³⁹. El método que suele emplearse consiste en [STS] Madrid 18 octubre 2011 (JUR 2011, 35028)]:

a) Traducir a limitaciones funcionales las secuelas de las patologías. Por ejemplo, se establece que las dolencias limitan o impiden sedestaciones o bipedestaciones prolongadas, trabajos en altura, de estrés o responsabilidad, subir o bajar escaleras, caminar por terrenos irregulares, levantar pesos, sobrecarga de columna, esfuerzos físicos intensos, etc.

b) Se analizan los cometidos profesionales desde la misma perspectiva. Se valora si la profesión exige esfuerzos físicos intensos o solo medios durante la jornada, si permite el cambio postural durante la jornada, etc.

c) Se procede a la comparación funcional de secuela y profesión. Este esquema obliga, con naturalidad, a atender al cometido característico de cada trabajo. Por ejemplo, si un comercial esta impedido para la conducción de vehículos, ello no determina su incapacidad, pues el uso de automóvil propio es una opción organizativa – decisoria – que no le veda el ejercicio de la profesión, pues puede utilizar medios de locomoción alternativos. No es un taxista o un conductor de camiones. En cambio, una dolencia psíquica crónica sí puede incapacitarle, pues afecta a la función de captación de clientes. El cometido de un auxiliar administrativo no exige sedestación continua, pues puede cambiar de postura durante la jornada, pero sí una buena capacidad manual para usar el elemento habitual clave de su función, el ordenador.

De todos modos, la jurisprudencia considera que un mismo grado de incapacidad no puede ser reconocido más de una vez respecto de una misma profesión, pues, aun cuando no se trate de las mismas lesiones, sino de otras secuelas susceptibles de apreciación conjunta con las anteriores, si no conducen a un grado superior de incapacidad nos encontraríamos ante un grado ya anteriormente reconocido – en el supuesto enjuiciado se trataba de una incapacidad permanente parcial para la profesión de vigilante de seguridad – y que carecería de todo sentido volver a reconocer [STS 26 julio 2015 (R) 2015, 3963)].

²³⁹ Roqueta Buj, R., *La incapacidad permanente*, op. cit., pp. 36-37.

2.2. Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual

2.2.1. Delimitación legal

En este grado, como en el siguiente, un primer dato determinante es la profesión habitual del afectado y el otro la capacidad laboral residual que mantiene tras las lesiones o secuelas constitutivas de la incapacidad permanente. Así, tiene la consideración legal de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual “la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma” (art. 194.3 TRLGSS). En consecuencia, siempre que pueda seguir realizando las tareas fundamentales de su profesión habitual, queda delimitada entre dos franjas. Por abajo, el trabajador ha de quedar limitado en un porcentaje que debe ser igual o superior al 33 por ciento en su rendimiento normal, porcentaje que se configura *ex lege* como umbral mínimo, en tanto que de ser inferior no actualiza la cobertura de la incapacidad permanente; dicho con otras palabras, para acceder a la prestación en el grado de parcial esa incapacidad permanente ha de alcanzar ese umbral mínimo, no basta – aunque así se declare probado – con que después del accidente quedara parcialmente incapacitada para desarrollar su profesión [STSJ Andalucía/Sevilla 19 febrero 2014 (JUR 2014, 112354)]. Por arriba, las reducciones anatómicas o funcionales no han de alcanzar las consecuencias que se exigen para la incapacidad permanente total, es decir, no le deben impedir la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual.

Sin duda, la principal dificultad es valorar el porcentaje en que disminuye el rendimiento considerado normal para la profesión habitual. La minoración de la capacidad de trabajo ha de medirse en términos de rendimiento; ahora bien, no se impide el reconocimiento de la incapacidad permanente parcial, aun manteniendo el mismo rendimiento, cuando el trabajador tiene que llevar a cabo un mayor esfuerzo físico para compensar sus deficiencias, haciendo su trabajo más penoso para alcanzar el rendimiento adecuado que le es exigible por la empresa [STSJ Madrid 14 febrero 2005 (JUR 2005, 109701)]. La disminución del rendimiento que caracteriza a la incapacidad permanente parcial deviene no solo atendiendo a lo que objetivamente pueda rendir el trabajador afectado, sino teniendo en cuenta también la mayor peligrosidad o penosidad que comporta [SSTSJ Cataluña 21 noviembre 2013 (JUR 2013, 382808) y 29

septiembre 2015 (JUR 2015, 280623), entre otras]. Otro dato a considerar es la disminución del ritmo de trabajo, la necesidad de invertir más tiempo que antes para realizar o concluir los trabajos que se le encargan [STSJ Islas Baleares 7 enero 1993 (AS 1993, 153)] o la necesidad de cooperación de otras personas.

Como criterio orientativo, los órganos judiciales admiten los parámetros valorativos que recogía el derogado artículo 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 [STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (JUR 2006, 152419) y STSJ Cantabria 3 octubre 2007 (JUR 2008, 22714)], puesto que podían constituir incapacidad permanente parcial los siguientes supuestos:

- a) La pérdida funcional de un pie o de los elementos indispensables para la sustentación y progresión.
- b) La pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro.
- c) La pérdida de dedos o falanges indispensables para el trabajo a que se dedicaba el accidentado.
- d) Las hernias definidas no operables.

2.2.2. Compatibilidad plena con el trabajo

Como la incapacidad permanente parcial, según la determinación legal, no le impide al trabajador la realización de las tareas fundamentales de la que es su profesión habitual, se deduce que es compatible con el mantenimiento del trabajo que viniera realizando, por más que conlleve una disminución en su rendimiento normal, así como también con cualquier otro trabajo o profesión²⁴⁰. De ahí que se reconozca al incapacitado parcial una indemnización a tanto alzado (art. 196.1 TRLGSS) y no una pensión de carácter vitalicio.

Al resultar compatible con la actividad laboral que se venía desarrollando, la declaración formal, administrativa o judicial, de incapacidad permanente parcial del trabajador no produce, por sí misma y de forma automática, la extinción de la relación de trabajo, en tanto posibilita la inmediata reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo²⁴¹; pero ello, sin

²⁴⁰ Prueba de ello es el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta – cuando trabajaba como vigilante jurado – derivada de enfermedad común posterior a una situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual – peón de limpieza – causada por accidente de trabajo [STSJ Castilla-La Mancha 3 julio 2001 (AS 2001, 2468)].

²⁴¹ González de la Aleja, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 78-79.

perjuicio de la posible actualización de otras causas extintivas, como la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52.a) TRLET], caso de que el trabajador viera reducida sensiblemente su capacidad laboral para la realización de las funciones propias de su concreto puesto de trabajo.

2.3. Incapacidad permanente total para la profesión habitual

2.3.1. Delimitación legal

La incapacidad permanente total para la profesión habitual inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194.4 TRLGSS). Esta situación incapacitante se caracteriza por un doble elemento: primero, por su carácter profesional, lo que implica que para su calificación jurídica habrán de valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos que presenta el trabajador, la limitación que ellos generen en cuanto impedimentos reales, esto es, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para dejar imposibilitado a quien los padece para iniciar y consumir las tareas propias de su oficio, por cuanto son esas limitaciones funcionales las que determinan la efectiva reducción de la capacidad de ganancia; y segundo, por su carácter de permanencia que implica la necesidad de estabilización de su estado residual, en el sentido que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo, dado que la posibilidad de recuperación clínica se estima médicamente como incierta o a largo plazo [STS] Asturias 19 octubre 2001 (AS 2001, 3935)]. A consecuencia de ella, el trabajador ha de sufrir la pérdida de su capacidad laboral para ejercer la que venía siendo su profesión habitual en sus tareas fundamentales, ya sea por imposibilidad de realizarlas, ya sea porque su realización le exija un esfuerzo físico acusado o riesgos adicionales.

Es, por ello, esencial y determinante para una adecuada calificación jurídica de la situación residual del afectado la determinación de su profesión habitual, de manera que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no constitutivas de incapacidad permanente en función de las actividades o tareas que requiera la profesión del trabajador, pues no se olvide que se relaciona con la profesión habitual. En consecuencia, tal grado solo deberá ser reconocido cuando las secuelas existentes impidan el desempeño de las tareas propias de la actividad laboral con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige [STS

26 junio 1991 (RJ 1991, 5165)].

También con valor indiciario u orientativo, los órganos judiciales se basan en lo que disponía el derogado artículo 38 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, que consideraba como incapacidad permanente total para la profesión habitual las siguientes lesiones o secuelas:

- a) La pérdida de las partes esenciales de la extremidad superior derecha, considerándose como tales la mano, los dedos de la mano en su totalidad, aunque subsista el pulgar, o, en igual caso, la pérdida de todas las segundas y terceras falanges.
- b) La pérdida de la extremidad superior izquierda, en su totalidad o en sus partes esenciales, conceptuándose como tales la mano y los dedos en su totalidad.
- c) La pérdida completa del pulgar de la mano que se utilice preferentemente para el trabajo en cada caso particular, entendiéndose que, salvo prueba en contrario, es la mano derecha.
- d) La pérdida de una de las extremidades inferiores en su totalidad, considerándose incluida en este caso la amputación por encima de la articulación de la rodilla.
- e) La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos de un cincuenta por ciento.
- f) La sordera absoluta, entendiéndose como tal la de los dos oídos.
- g) Las hernias no operables, que impidan al trabajador realizar las tareas de su profesión habitual.

El reconocimiento de una incapacidad permanente total para la profesión habitual extingue el contrato de trabajo, salvo en dos supuestos: uno, la declaración de incapacidad permanente con previsible mejoría que será causa de suspensión de la relación de trabajo (art. 48.2 TRLET); otro, cuando el convenio colectivo, vigente en el momento de la declaración administrativa, reconozca – cláusula de recolocación²⁴² – el derecho del trabajador a ocupar otro puesto de trabajo en la empresa compatible con su estado, supeditado a la existencia de vacante adecuada a la capacidad laboral residual del trabajador beneficiario de la prestación [SSTS 29 junio 2010 (RJ 2010, 271312) y 12 julio 2010 (RJ 2010, 3616)].

Se debe advertir, finalmente, que la – así denominada – incapacidad permanente total cualificada no es un nuevo grado de incapacidad permanente, sino que se reconoce, en realidad, un complemento que aumenta el importe de la prestación reconocida por la situación de

²⁴² González de la Aleja, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 99.

incapacidad permanente total [STS 7 septiembre 1993 (RJ 1993, 7830)]²⁴³. Así, en efecto, los declarados afectos de incapacidad permanente total percibirán la pensión prevista “incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior” (art. 196.2, párrafo segundo, TRLGSS). La intención del legislador ha sido acoger una verdadera presunción legal, cuyo hecho base se compone de determinadas circunstancias personales del trabajador – edad y falta de preparación – y circunstancias socio-laborales negativas, que permiten concluir que el declarado incapacitado permanente total difícilmente va a encontrar una profesión distinta a la que venía desempeñando habitualmente; no obstante, el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo. En la mayoría de los casos, el otorgamiento del referido incremento alcanzará a pautas de automaticidad, cumplido el requisito de los cincuenta y cinco años de edad, pudiendo la Entidad gestora proceder a su denegación, caso de contraprueba de que no concurren los requisitos legales, destruyendo así la referida presunción [STSJ Madrid 5 diciembre 2003 (AS 2004, 572)].

2.3.2. Compatibilidad con el desempeño de una profesión distinta a la habitual

La compatibilidad de este grado de incapacidad permanente con la realización de otra profesión distinta a la habitual está implícita en su propia denominación legal, al igual que en su delimitación normativa, por cuanto se califica como incapacidad permanente “total” y solamente – por ahora – “para la profesión habitual”; dicho con otras palabras, esa denominación legal “presupone la imposibilidad de que se lleven a cabo los trabajos propios de la profesión habitual” [STS 19 diciembre 2003 (RJ 2003, 9382)]. A *sensu contrario*, siendo total para la profesión habitual, no tendría que extenderse necesariamente la incapacidad a otras profesiones diferentes de la considerada habitual en el momento de suceder el hecho causante de la prestación, salvo que no se tenga habilidad o capacidad física.

De manera explícita, el legislador, primero, declaró compatible “la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual con el

²⁴³ En la doctrina, Roqueta Buj, R., *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, p. 43.

salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta con el alcance y las condiciones que se determinen reglamentariamente” (art. 141 TRLGSS -1994-) y, después, siendo el texto ahora vigente, confirma la compatibilidad de la “incapacidad permanente total” con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total” (art. 198.1 TRLGSS). Ha desaparecido de la redacción del precepto en vigor la referencia a la profesión habitual, en coherencia con su nueva denominación proyectada, así como la conexión de la incapacidad permanente con “la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada” (redacción dada al art. 141.1 TRLGSS -1994-, por el art. 3.2 Ley 27/2011). Al margen del *iter* normativo, lo relevante sigue siendo que se mantiene el criterio general de compatibilidad entre el cobro de la pensión por incapacidad permanente total y la retribución correspondiente a un trabajo en el que se ejerciten funciones distintas a las que se valoraron para reconocer este grado de incapacidad, siendo tales funciones valoradas todas o las fundamentales tareas que corresponden a la profesión habitual (art. 194.4 TRLGSS). Solo de existir identidad de funciones entre profesiones diversas – de policía y de vigilante jurado o, también, conductor de autobús y maquinista de tren, por ejemplo – la incompatibilidad derivaría de la nueva redacción del artículo 141.1 TRLGSS -1994- y no de la delimitación legal del grado de incapacidad permanente total.

La vigente redacción del artículo 198.1 TRLGSS, en su estricta literalidad, no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento consolidado sobre la incompatibilidad entre la pensión y el salario cuando se realiza la misma profesión, siendo así que admite su percepción simultánea “siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, de manera que esta última referencia legal bien pudiera entenderse alusiva – lo exige el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis – a la coincidencia de “funciones” entre profesiones diversas, tal como impone la comprensión del precepto en relación con la definición de incapacidad permanente total que previamente hace el artículo 194.4 TRLGSS.

Como ha señalado la jurisprudencia, la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, primando una exégesis que atienda a la obligada búsqueda de la deseable igualdad y atendiendo a la conveniente lectura finalista de la norma – el objeto de la prestación es ser sustitutiva del salario perdido –, lo que “lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el

conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma” [STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 2488)].

En definitiva, el principio básico es la absoluta incompatibilidad entre la prestación económica por incapacidad permanente total y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad, puesto que la pensión se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia, al afirmar que “la pensión de invalidez permanente total tiene por finalidad, de modo análogo a lo que sucede en otras pensiones de invalidez o incapacidad y en los subsidios periódicos por incapacidad o imposibilidad de trabajo, la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva – art. 49.1.e) TRLET – o temporal – art. 48.2 TRLET – del empleo en el que desempeñaba la profesión habitual para la que se le ha reconocido incapacitado”, rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta “su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido – se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez – de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez” [STS 18 enero 2002 (RJ 2002, 2681)].

Es lógico, por lo tanto, mantener que la inactividad en la profesión a la que afecta la declaración de incapacidad permanente total “constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de incapacidad permanente total” [STS 26 abril 2017 (RJ 2017, 2488)], de manera que se confirma la incompatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente total y el desarrollo – bien por persistencia, bien por reanudación – de la misma profesión, si bien se extiende también dicha incompatibilidad a otras actividades donde se desarrollen las mismas funciones, aunque la profesión sea otra, que dieron lugar al reconocimiento de este grado de incapacidad permanente. En consecuencia, no puede defenderse la compatibilidad absoluta²⁴⁴ entre la prestación de incapacidad permanente total y el trabajo en otra profesión, cuando la diferencia entre una y otra actividad sea fundamentalmente

²⁴⁴ Así se ha manifestado Menéndez Sebastián, P., “Dinámica de la prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con el desarrollo de actividades lucrativas”, *op. cit.*, p. 29.

nominativa, esto es, habiendo entre ellas coincidencia en las funciones a desarrollar.

Como regla especial, se establece *ex lege* la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto incapacidad permanente total cualificada (art. 196.2, párrafo segundo, TRLGSS) y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social (art. 198.1, párrafo segundo, TRLGSS), resultando beneficiario de nuevo de dicho incremento cuando concluya la actividad desarrollada por cuenta propia o ajena. Ciertamente la redacción de este último precepto legal no es categórica, pues se limita a señalar que “podrá determinarse la incompatibilidad”, pero, atendiendo a la causa y finalidad – compensar las dificultades para encontrar un empleo – del incremento de la pensión, la única conclusión coherente es considerarlo incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena.

2.4. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo

2.4.1. Delimitación legal

La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (art. 194.5 TRLGSS). Este grado de incapacidad, según afirma la jurisprudencia, no solo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para cumplir, con cierta eficacia, las tareas componentes de una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral, aun las sedentarias o cuasisedentarias. A tal fin, han de valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, estas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de iniciar y consumir a quien las sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una y otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen [SSTS 9 febrero 1987 (RJ) 1987, 814) y 16 julio 1987 (RJ) 1987, 5405)]. Téngase en cuenta que la realización de una actividad laboral implica no solo la posibilidad de efectuar cualquier faena, tarea o quehacer, sino la de llevarlo a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario, durante la jornada laboral [STS 24 febrero

1987 (RJ 987, 1117)]; más aún, la prestación de un trabajo, por fácil o ligero que sea, solo puede realizarse mediante asistencia diaria al lugar de trabajo, permaneciendo en él durante la jornada laboral y estando en condiciones de consumir la tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física [STS 27 febrero 1990 (RJ 1990, 1243)].

Asimismo, conforme a una reiterada jurisprudencia, el precepto legal no debe ser interpretado exclusivamente a través de su tenor literal, entendido rígidamente, pues, de hacerlo así, terminaría resultando imposible su real aplicación, ya que en definitiva toda persona siempre estaría en condiciones de llevar a cabo alguna actividad, por liviana que sea, de cuantas integran todas las profesiones u oficios en que se descompone la variada gama de las actividades económico-laborales [SSTS 14 marzo 1979, 12 mayo y 15 junio 1981, citadas por SSTS] Islas Canarias/Las Palmas 21 noviembre 2005 (JUR 2006, 39757) y 31 enero 2013 (JUR 2013, 161495)]; y sí, por el contrario, de manera flexible para su adaptación a las cambiantes formas en que la actualidad laboral se muestra, valorando primordialmente la real capacidad de trabajo residual que el enfermo conserva, y teniendo en cuenta que el desempeño de todo trabajo retribuido lleva consigo el sometimiento a una disciplina laboral, trabajo que siempre se requiere ha de desarrollarse con profesionalidad y de modo continuo no susceptible de fases de reposo y de fases de actividad [STS] Castilla y León/Burgos 23 octubre 2015 (JUR 2015, 259380)]. No se debe valorar este grado de incapacidad permanente, en cambio, atendiendo a las circunstancias personales – edad, experiencia, formación profesional, etc. – o a las del mercado de trabajo, aunque por ellas resulte altamente improbable que el presunto incapacitado pueda encontrar un nuevo empleo²⁴⁵.

Por consiguiente, dicho grado de incapacidad no solo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad psico-física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que – aún con aptitudes para alguna actividad – no tenga facultades para ejecutar con eficacia las inherentes a una cualquiera de las múltiples ocupaciones del ámbito laboral. No debe olvidarse, de otro lado, que la aptitud laboral no puede definirse por la mera posibilidad de realizar alguna tarea esporádica o por el ejercicio de algún trabajo marginal, sino por la de poder realizar una actividad con el rendimiento normalmente exigible y con la habitualidad y

²⁴⁵ Goerlich Peset, J.M.^a, “Comentario a los artículos 136 y ss.”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 788.

profesionalidad necesarias [STSJ Asturias 21 diciembre 2013 (JUR 2013, 28450)].

Los órganos judiciales, de manera indiciaria u orientativa, acuden a lo dispuesto en el derogado artículo 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, que consideraba como incapacidad permanente absoluta las siguientes secuelas o lesiones:

- a) La pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores, de una extremidad superior y otra inferior o de la extremidad superior derecha en su totalidad, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie.
- b) La pérdida de movimiento, análoga a la mutilación de las extremidades, en las mismas condiciones indicadas en el apartado anterior.
- c) La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual.
- d) La pérdida de visión de un ojo, si queda reducida en el 50 por ciento o más la fuerza visual del otro.
- e) Lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales orgánicos – psicosis crónicas, estados maniáticos y análogos – causados por el accidente, reputados como incurables, y que por sus condiciones impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo.
- f) Lesiones orgánicas o funcionales del corazón y de los aparatos respiratorio y circulatorio ocasionadas por acción del accidente, que se reputen incurables, y que por su gravedad impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo.
- g) Lesiones orgánicas o funcionales del aparato digestivo o urinario, ocasionadas por acción del accidente, que se reputen incurables y que por su gravedad impidan al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo, tales como, en sus casos respectivos, ano contra natura, fístulas muy anchas, estercoráceas, vesicorrectales o hipogástricas y emasculación total.

Se debe recordar, por último, que la declaración de incapacidad permanente absoluta supone la extinción de la relación de trabajo, sin perjuicio de su posible revisión por mejoría.

2.4.2. El ejercicio de actividades compatibles con el estado del incapacitado

En contra de lo que se colige de su calificación legal como incapacidad permanente “absoluta para todo trabajo”, que le inhabilita, más allá de la profesión habitual, por completo “para toda profesión u oficio” (art.

194.5 TRLGSS), el legislador afirma que la pensión vitalicia derivada del reconocimiento de este grado de incapacidad – y de igual manera para la gran invalidez – no impedirá “el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión” (art. 198.2 TRLGSS). Esas actividades compatibles no excluyen la realización de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, de ahí que, a continuación, el legislador reformista²⁴⁶ añade que el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta – y también de gran invalidez – a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación “será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1” (art. 198.3 TRLGSS). Por ende, también el pensionista de incapacidad permanente absoluta – como el de incapacidad permanente total y de gran invalidez – que simultanee la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberá comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente (art. 2.1 RD 1071/1984).

Son tres las condiciones legales que determinan la posibilidad de trabajar del incapacitado permanente absoluto: 1) que las actividades sean compatibles con su estado; 2) que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión; 3) que no haya cumplido la edad de acceso a la jubilación, pues en ese supuesto se le aplicarán las reglas específicas sobre compatibilidad entre pensión jubilación y trabajo.

Como la ley contempla la posibilidad de que el beneficiario compatibilice la pensión con algún tipo de actividad o trabajo, la duda surge a la hora de determinar qué actividades o trabajos pueden ser compatibles con la situación de incapacidad laboral calificada como absoluta para todo tipo de trabajo. La interpretación jurisprudencial, *ab initio*, se decantó por una tesis restrictiva, acorde con la finalidad de la prestación económica reconocida, recordando que, si bien es cierto que la norma positiva “no consagra prohibición legal de trabajo para el inválido permanente absoluto, pues de la titularidad de tal derecho (al trabajo), en tanto que inherente a la naturaleza humana y reconocido con valor cívico por el art. 35.1 de la Constitución, no cabe excluir, a modo de imponerle

²⁴⁶ La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su artículo 3.Tres, introdujo un último apartado en el entonces vigentes artículo 141 TRLGSS.

prohibición, a quien se hallare en la citada situación”, pero solo se permite “una compatibilidad entre tal percepción y la realización por el inválido de determinadas actividades, ciertamente marginales, que no entrañen el ejercicio de una profesión u oficio, pues no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes” [SSTS 6 octubre 1987 (RJ 1987, 6841), 3 noviembre 1987 (RJ 1987, 7797), 23 noviembre 1987 (RJ 1987, 8045), 17 enero 1989 (RJ 1989, 255) y 26 enero 1989 (RJ 1989, 302)].

Este criterio tradicional del Tribunal Supremo ha sido matizado de manera muy relevante en sentencias posteriores, en el sentido de ampliar o favorecer la compatibilidad entre la pensión y el trabajo del incapacitado permanente absoluto, reiterando los siguientes argumentos [SSTS 30 enero 2008 (RJ 2008, 1984), 10 noviembre 2008 (RJ 2014, 5315), 23 abril 2009 (RJ 2009, 3115), 14 octubre 2009 (RJ 2009, 5730), 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 383) y 14 julio 2010 (RJ 2010, 7109):

- a) Las dificultades que entraña el juicio de incapacidad permanente absoluta y los amplios términos del artículo 198.2 TRLGSS invitan a considerar que el maximalismo de la definición de incapacidad permanente absoluta se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo.
- b) No existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean “superfluas, accidentales o esporádicas”.
- c) La literalidad del precepto legal apunta a la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión – “Las pensiones vitalicias (...) no impedirán (...) aquellas actividades (...) compatibles” –, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida.
- d) La remisión al desarrollo reglamentario se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, esto es, solamente para la incapacidad permanente total.
- e) El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los artículos 198.2 TRLGSS, 2 RD 1071/1984 y 18.4 OM de 18 de enero de 1996, que aplica y desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de julio de 1995, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.
- f) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en incapacidad permanente total – legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido – que al incapaz declarado en incapacidad permanente absoluta – al que se le negaría toda actividad e ingresos

extramuros de la marginalidad –.

g) La incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo – psicofísico – por parte del inválido.

h) El artículo 18.4 OM de 18 de enero de 1996 ha de ser considerado *ultra vires* respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 198.2 TRLGSS, que no se remite a desarrollo reglamentario alguno²⁴⁷, y – por lo mismo – sus prescripciones carecen de eficacia jurídica.

En conclusión, la única incompatibilidad que formula el artículo 198.2 TRLGSS para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean “incompatibles”, en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. Ello supone que el desarrollo por el incapacitado permanente absoluto de actividades no perjudiciales podrá dar lugar, en su caso, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico. Este es el sistema legal de incompatibilidad “y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva”, en tanto no se ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo; lo contrario, así se entiende, conduciría a disfunciones importantes, “como el tratamiento peyorativo de la incapacidad permanente absoluta sobre la incapacidad permanente total y la desincentivación de la reinserción de los incapacitados absolutos”, por lo que, en fin, “la incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado” [STS 1 diciembre 2009 (RJ 2010, 370)].

²⁴⁷ El artículo 18.4 OM de 18 de enero de 1996 establece: “Si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el perceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquella, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social (hoy, artículo 198.2 TRLGSS)”.

La correcta integración de esta doctrina jurisprudencial obliga, sin duda, a analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, para establecer hasta qué punto es compatible esa nueva actividad laboral retribuida con el estado del invalido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Y es que, en verdad, mantener la compatibilidad plena y sin modulación alguna distorsionaría la lógica de un sistema de protección que se fundamenta en el abono de prestaciones económicas sustitutivas de las rentas de activo²⁴⁸.

Se ha de subrayar, finalmente, que este régimen singular de compatibilidad entre pensión y trabajo no se aplicará cuando el beneficiario de la prestación económica por incapacidad permanente absoluta – y también el de una gran invalidez – alcance la edad de acceso a la pensión de jubilación²⁴⁹, siendo, en realidad, sustituido por las reglas que determinan la incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, con las excepciones previstas al respecto (art. 213.1 TRLGSS).

2.5. Gran invalidez

2.5.1. Delimitación legal

Se entiende por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 194.6 TRLGSS). Bien de manera inicial o directamente, bien desde cualquier otro grado de incapacidad permanente reconocido, por revisión al agravarse la situación personal del incapacitado o por error de

²⁴⁸ González Ortega, S., “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”, en Agustí Juliá, J. y Fargas Fernández, J. (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2010, p. 194.

²⁴⁹ Se confirma, implícitamente, la tesis jurisprudencial favorable a la compatibilidad entre trabajo y pensión; en este sentido, López Gandía, J. y Toscani Giménez, D., *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*, El Derecho Editores, Madrid, 2011, p. 187. Además, como destaca Aragón Gómez, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, en Mercader Uguina, J.R. (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 128, el legislador suprime la incoherencia que suponía que los pensionistas de incapacidad permanente pudieran compatibilizar la pensión con el trabajo más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, lo que provocaba una diferencia de trato difícilmente justificable con los pensionistas de jubilación.

diagnóstico [SSTS 20 noviembre 2002 (RJ 2003, 1918) y 7 mayo 2004 (RJ 2004, 4712)], se puede acceder a la gran invalidez, puesto que la primera condición legal es que exista una situación objetiva de incapacidad permanente, no que esta impida el desarrollo de toda profesión u oficio. Ciertamente, la gran invalidez se configura *ex lege* como un grado autónomo de incapacidad permanente, cuando es necesaria la colaboración de otra persona para autogobernarse en los actos elementales de la vida. Pese a ello, según la jurisprudencia, se infiere de la definición del artículo 194.6 TRLGSS que la gran invalidez “no es un grado más de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común, profesional o accidente, sino un estado o situación del incapaz que cualifica la prestación para paliar el coste de la necesidad de atención, por pérdida de la más básica autonomía de vida personal, mediante una ayuda complementaria” [STS 16 diciembre 2013 (RJ 2013, 8492)].

La segunda condición es que el incapacitado requiera la asistencia de otra persona para realizar actos que se consideran vitales. En la jurisprudencia, desde tiempo atrás, se describe el acto esencial para la vida como el imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia, y estimando que, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto vital, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada (SSTS 25 noviembre 1970 (RJ 1970,4581), 13 marzo 1972 (RJ 1972, 1131), 14 febrero 1977 (RJ 1977, 788), 26 junio 1978 (RJ 1978, 2712), 5 febrero 1982 (RJ 1982, 591) y 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2367)]. Para el legislador, son actos esenciales de la vida: vestirse, desplazarse, comer u otros análogos; enumeración que es meramente enunciativa y ha de entenderse que basta la imposibilidad de realizar uno de dichos actos para que, requiriéndose la necesidad de ayuda externa, concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del precepto legal [STS] Madrid 27 enero 2016 (JUR 2016, 55506)].

La doctrina judicial reconoce este grado de incapacidad cuando el sujeto sufre una dificultad y no una completa imposibilidad para el desarrollo de todos los actos descritos en la norma y también cuando el trabajador sufre una imposibilidad parcial para el desarrollo de tales actos esenciales para la vida, esto es, cuando, conservando capacidad para su desarrollo, precisa la supervisión de un tercero para efectuarlos [STS] Cantabria 7 octubre 2009 (JUR 2009, 469387)].

No debe excluir tal calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales,

temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación [STS 3 marzo 2014 (RJ 2014, 1189)].

2.5.2. El trabajo o las actividades compatibles con el estado del incapacitado

En principio, cuanto se ha expuesto sobre el régimen jurídico aplicable a la realización de trabajos o actividades, lucrativas o no, que resulten compatibles con el estado del incapacitado permanente absoluto es de aplicación igualmente al gran inválido, y ello porque el legislador regula conjuntamente las situaciones de compatibilidad o no del trabajo con la pensión, ya sea ésta de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez (art. 198.2 y 3 TRLGSS).

Esta ha sido la elección del legislador, lo que parece lógico cuando al trabajador se le reconozca una gran invalidez directamente o cuando sea consecuencia de un error en el diagnóstico o de un agravamiento de su situación incapacitante, tras haberle reconocido previamente una incapacidad permanente absoluta. No así, empero, si el reconocimiento de la gran invalidez es posterior al reconocimiento de cualquier otro grado de incapacidad permanente, como la incapacidad permanente total para la profesión habitual, cuyo régimen de compatibilidad con el trabajo es más laxo si comparado con el común para el incapacitado permanente absoluto. En cualquier caso, la opción legislativa es coherente con consideración de la invalidez permanente como un grado más, el último en cuanto a gravedad y máxima limitación, si no anulación, de la incapacidad permanente.

3. Síntesis conclusiva

La incapacidad permanente es una contingencia protegida por el sistema público de Seguridad Social, reconociéndose prestaciones de carácter económico, en el nivel contributivo, a los trabajadores que, tras haberse sometido al tratamiento prescrito, presentan reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y

previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Cualquiera que sea la causa determinante, profesional o común, se reconoce según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, lo que se traduce *ex lege* en una escala de grados, según sea menor o mayor la limitación para trabajar.

Aunque se ha proyectado una redefinición de los grados, así como anunciado un nuevo régimen de incompatibilidades de los mismos con el trabajo, todo condicionado a la entrada en vigor de la norma reglamentaria de desarrollo, entre tanto es aplicable la regulación legal originaria, que clasifica la incapacidad permanente según sea parcial o total para el desarrollo de la profesión habitual o absoluta para todo tipo de trabajo, además de la gran invalidez que se atribuye cuando el incapacitado permanente, como consecuencia de las pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida.

Partiendo de la calificación de los grados y, sobre todo, de su delimitación legal, que se contiene en el – hoy aplicable – artículo 194 TRLGSS, en los términos de la disposición transitoria vigésima sexta del mismo texto legal, se puede deducir el régimen de incompatibilidades de cada uno de los grados de incapacidad permanente con el trabajo. Así, por una parte, respecto de la profesión habitual, la incapacidad permanente parcial no limita las posibilidades de ocupación del trabajador, en la misma, puesto que no le impide la realización de las tareas fundamentales, o en otra distinta; mientras que incapacidad permanente total, como inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, no le impedirá dedicarse a otra distinta. La dificultad, en ambos supuestos, es determinar qué se entiende por profesión habitual, si bien, tanto normativa como jurisprudencialmente, se asientan criterios claros para su identificación en cada supuesto. Por otra parte, si la incapacidad permanente absoluta lo es “para todo trabajo” e inhabilita “por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, la consecuencia más razonable debería ser la imposibilidad de prestar trabajo, por cuenta propia o ajena, o desarrollar cualquier actividad.

De pretender regular las compatibilidades en el percibo de las prestaciones económicas por incapacidad permanente, habría que tomar como única referencia la calificación y delimitación de los grados, donde ya está implícito el régimen de compatibilidades, para evitar disfunciones, máxime cuando el texto refundido recoge una redacción que no está vigente. Dicha regulación no debería ser contradictoria con la calificación y delimitación legal de los distintos grados de incapacidad permanente y tampoco, en esencia, con la finalidad de la pensión reconocida, que es

compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión que venía realizando el trabajador, es decir, sustituye a las rentas del trabajo a las que el incapacitado no puede acceder como consecuencia de la reducción o anulación de su capacidad laboral. En consecuencia, la regla general no puede ser la compatibilidad entre pensión y trabajo; al contrario, sería la excepción, con mayor o menor alcance, únicamente para los grados de incapacidad permanente que valoran la capacidad para desempeñar o no la profesión habitual.

La tutela del derecho al trabajo²⁵⁰, reconocido a nivel constitucional (art. 35.1 CE), no es causa suficiente para facilitar la compatibilidad, puesto que el incapacitado permanente, como se ha dicho, obtiene la protección del sistema público de Seguridad Social en forma de rentas vitalicias que sustituyen al salario dejado de percibir. Es más, negar la compatibilidad entre la pensión y el trabajo no supone impedir ese trabajo, por cuanto el incapacitado permanente, renunciando a la prestación económica, puede trabajar libremente, siempre que conserve o haya recuperado las capacidades o habilidades necesarias. La coherencia jurídica no avala que el incapacitado obtenga ingresos simultáneos por causas contradictorias que se niegan entre sí: pensión porque no puede desarrollar un trabajo productivo y salario porque sí puede hacerlo²⁵¹. Menos aún lo justifica el régimen jurídico de las prestaciones económicas, por insuficiente en su cuantía, que abocaría a reconocer un régimen de compatibilidades amplio²⁵². De coincidir en ese diagnóstico, lo propio sería modificarlo, para incrementar la cuantía, sobre todo en el caso de la incapacidad permanente total, que es actualmente el 55 por ciento de la base reguladora, cuando no se haya encontrado otra ocupación.

²⁵⁰ En conexión – como ha expuesto Menéndez Sebastián, P., “Dinámica de la prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con el desarrollo de actividades lucrativas”, *op. cit.*, pp. 21 y 32 – con el principio de igualdad y no discriminación por discapacidad, que tiene como una de sus manifestaciones el derecho a la plena y efectiva integración socio-laboral, “lo que pasa, como es lógico, por el derecho a trabajar”, esto es, “si se admite (e incluso estimula) la prestación de servicios de estas personas”.

²⁵¹ Así lo expone, con acierto, González Ortega, S., “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”, *op. cit.*, p. 193.

²⁵² Al respecto, vid. Rodríguez Iniesta, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *op. cit.*, p. 16. En esa línea, Aragón Gómez, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, *op. cit.*, p. 140, sugiere un modelo de compatibilidad entre el trabajo y la prestación, como regla, pero con una disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementen los ingresos de activo, al tiempo que se recuperaría la prestación originaria con el cese en la actividad lucrativa.

Ciertamente el tratamiento no ha de ser homogéneo, en el sentido de idéntico o igualitario, para todas las situaciones de incapacidad permanente.

Así, la indemnización a tanto alzado que se reconoce en la incapacidad permanente parcial es plenamente compatible con el mantenimiento del trabajo que se viniera realizando, por más que pueda conllevar una disminución en su rendimiento normal, así como también con cualquier otro trabajo o profesión.

La compatibilidad de la pensión vitalicia por incapacidad permanente total con el trabajo ha de ser más limitada, ya que solo se prohíbe el desarrollo – bien por persistencia, bien por reanudación – de la misma profesión, si bien se extiende también a otras actividades donde se desarrollen las mismas funciones, aunque la profesión sea otra, que dieron lugar al reconocimiento de este grado de incapacidad permanente. A esa conclusión lleva una interpretación sistemática y finalista de los artículos 194.4 y 198.1 TRLGSS. Lógica y justa parece la suspensión – y no pérdida – de la percepción del incremento previsto para la incapacidad permanente total cualificada (art. 196.2, párrafo segundo, TRLGSS) cuando se realizan trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Respecto de la equiparación, en cuanto a la compatibilidad o no con el trabajo, de los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y la gran invalidez, no se puede compartir, en tanto la capacidad laboral puede no ser coincidente, anulada o no. Lo relevante, en cualquier caso, es que la doctrina jurisprudencial que se ha consolidado, superadora de aquella inicial que restringía la compatibilidad a las actividades marginales, esporádicas o de escasa entidad, va más lejos de la propia calificación y definición de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, sin duda al amparo de la literalidad del artículo 198.2 TRLGSS, que permite el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

En fin, hasta que entre en vigor la “legislación diferida” y su proyectado desarrollo reglamentario, se debería ajustar el contenido del vigente artículo 198 TRLGSS a la configuración legal de los grados de la incapacidad permanente, acomodando el régimen jurídico de las compatibilidades entre pensión y trabajo y, a la par, corrigiendo el criterio jurisprudencial en lo que desborda esa delimitación legal.

4. Bibliografía

- Aragón Gómez, C., “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente”, en Mercader Uguina, J.R. (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Barba Mora, A., *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- De Val Tena, A.L., “Incapacidad permanente: concepto, grados y requisitos”, en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017.
- Goerlich Peset, J.M.^a, “Comentario a los artículos 136 y ss.”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- González de la Aleja, R., *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- González Ortega, S., “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”, en Agustí Juliá, J. y Fargas Fernández, J. (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- López Gandía, J. y Toscani Giménez, D., *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*, El Derecho Editores, Madrid, 2011.
- Menéndez Sebastián, P., “Dinámica de la prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con el desarrollo de actividades lucrativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, n. 405, 2016.
- Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 8, 2016.
- Moreno de Vega y Lomo, F., “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 4, 2013 (BIB 2013/1512).
- Rodríguez Iniesta, G., “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 184, 2016 (BIB 2016/705).
- Roqueta Buj, R., *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

Sempere Navarro A.V., “El debate sobre la incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 9, 2013 (BIB 2013/10).

El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para el control judicial de los actos administrativos de naturaleza laboral

Juan ROSA MORENO*

RESUMEN: La supresión, a partir del 2 de octubre de 2016, de las reclamaciones previas a la justicia social, ha producido un debate interpretativo sobre lo pretendido con dicha supresión. Del actual texto vigente no se desprende con claridad si las reclamaciones previas han sido sustituidas por el requisito de poner fin a la vía administrativa, o incluso por la necesidad de conciliación, o únicamente se han eliminado las reclamaciones previas para permitir demandar directamente a las Administraciones públicas en estos supuestos. En este trabajo se aborda la citada problemática interpretativa y se intenta dar una solución viable, partiendo de unas premisas conceptuales y analizando la actual regulación.

Palabras clave: Acto administrativo, jurisdicción social, reclamaciones administrativas previas.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Premisas conceptuales. 2.1. La doble jurisdicción revisora de los actos administrativos. 2.2. La tipología de reclamaciones previas a la jurisdicción social. 2.3. Actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa. El recurso de alzada como único requisito previo, en su caso, para la revisión judicial. 3. Los actos administrativos laborales revisables por la jurisdicción social. 4. La debida interpretación del actual artículo 69.1 LRJS. 5. Respaldo jurisprudencial a la debida interpretación del artículo 69.1 LRJS. 6. Los plazos para la interposición de la demanda contra actos administrativos laborales. 6.1. La cuestión de las desestimaciones de los recursos de alzada en virtud de silencio administrativo. 6.2. La errónea modificación del artículo 69.3 LRJS. 7. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante. España.

The completion of the administrative procedure as a requirement for judicial control of administrative labour act

ABSTRACT: The abolition, from October 2nd, 2016, of the previous administrative claims, has produced an interpretive debate. The current text does not clear out if the previous claims have been replaced by the requirement to put an end to the administrative procedure, or even by the need for conciliation, or only the previous claims have been removed to allow public administrations to sue directly. This paper explores the aforementioned interpretative problem and attempts to provide a valid solution based on conceptual premises and analyzing the current regulation.

Key Words: Administrative act, social jurisdiction, previous administrative claims.

1. Planteamiento

Como ya es sabido una de las reformas que trajo la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), fue la supresión de las reclamaciones administrativas previas o, mejor apuntado, su fuerte retranqueo. Es decir, fue suprimida toda referencia a estas reclamaciones del articulado de la LPAC, tanto en la vía civil como en la laboral, pero se mantuvo en concretos ámbitos en la modificación que la propia LPAC realizó de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Precisamente, esta modificación citada ha sido el foco de una controversia en la doctrina y jurisprudencia de lo social, debido esencialmente a una posible doble interpretación derivada de la literalidad de la normativa vigente. En efecto, antes de la reforma operada por la LPAC, el artículo 69.1 LRJS establecía que, con carácter general, para poder demandar a las Administraciones públicas era requisito necesario haber interpuesto la reclamación administrativa previa, o bien haber agotado la vía administrativa. La reforma supuso simplemente la supresión de toda referencia a la reclamación administrativa previa, por lo que el actual artículo 69.1 únicamente hace ahora referencia al agotamiento de la vía administrativa previa como requisito para demandar a las Administraciones públicas. Como consecuencia, también se produjo la modificación del artículo 70 LRJS, que contemplaba las excepciones a la reclamación administrativa previa²⁵³ y al requisito del agotamiento de la vía administrativa; precepto que ahora solo hace referencia a estas últimas excepciones²⁵⁴. No obstante, la reclamación administrativa previa sigue operando en materia de prestaciones de Seguridad Social (artículo 71 LRJS), así como también se articula una previa reclamación en los supuestos de exigibilidad al Estado del pago de salarios de tramitación por despido (artículo 117 LRJS)²⁵⁵.

Por tanto, a partir del 2 de octubre de 2016, para demandar ante la jurisdicción social al “Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia

²⁵³ Al igual que la modificación que se realiza del artículo 64 LRJS respecto de las excepciones a la conciliación o mediación previas, en el que se suprime toda referencia a la reclamación previa en vía administrativa, y respecto del que también se ha planteado, tras la reforma, su sustitución por el intento de conciliación.

²⁵⁴ Referidas, como es sabido, a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

²⁵⁵ Aunque, como se expondrá, esta reclamación nada tiene que ver con las clásicas reclamaciones administrativas previas.

vinculadas o dependientes de los mismos”²⁵⁶, ya no se requiere interponer, con carácter general, reclamación administrativa previa, únicamente se exige haber agotado la vía administrativa, “cuando así proceda”, indica el apartado 1 del artículo 69 LRJS. El núcleo de la antes citada controversia radica en la redacción de este precepto tal y como ha quedado tras la reforma, es decir, se trata de clarificar si el agotamiento de la vía administrativa se exige con carácter general como sustitutivo de la reclamación previa suprimida o, por el contrario, únicamente el agotamiento de la vía administrativa ha de operar exclusivamente, igual que antes de la reforma, cuando concurren los presupuestos para su exigibilidad. Desde ya debo indicar que esta segunda alternativa es la única válida interpretación de este precepto, tal y como intentaré acreditar en este trabajo, por cuanto que solo cuando se está ante un acto administrativo se exige agotar la vía administrativa en aplicación del Derecho administrativo.

Además, este conflicto interpretativo conduce también a la necesidad de clarificar una serie de cuestiones de notable importancia para la revisión judicial de los actos administrativos por parte de la jurisdicción social; conjunto de cuestiones que también han sido modificadas, algunas de ellas, por la LPAC; modificaciones que afectan, por tanto, al nuevo perfil de los presupuestos procesales exigibles para el enjuiciamiento de los actos administrativos.

2. Premisas conceptuales

La consideración de las reclamaciones administrativas previas como obstáculos a la tutela judicial efectiva, a pesar de su constitucionalidad, y también su ineficacia, probada o no, han sido cuestiones reiteradamente expuestas por la doctrina, al igual que clásicamente ha sucedido y sucede en el ámbito de los recursos administrativos²⁵⁷. Las voces sobre la eliminación de estas reclamaciones previas son antiguas, y se han mantenido a lo largo de los muchos años de su existencia. Pero, para el objeto de este trabajo nada de ello estimo útil. Lo único que ahora aquí

²⁵⁶ Esto es, las Administraciones públicas, lo que nos conduce al problema de la delimitación subjetiva de este precepto, cuestión que va más allá de lo pretendido en este trabajo.

²⁵⁷ Precisamente, el XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, febrero de 2016) tuvo como objeto de debate los recursos administrativos. Véase López Ramón, F. (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016.

interesa es exponer las premisas que se deben tener en consideración para comprender y resolver el posible conflicto interpretativo planteado. Desde esta perspectiva, se debe partir de la dualidad de jurisdicciones con competencias para revisar la validez de los actos administrativos y, de igual modo, de la pluralidad de actuaciones que realizan las Administraciones públicas, sometidas al Derecho administrativo o bien sometidas a otros sectores del ordenamiento.

2.1. La doble jurisdicción revisora de los actos administrativos

En cuanto a la revisión judicial de los actos administrativos, se debe partir de dos premisas básicas. Así, en primer término, que la validez de los actos administrativos se fiscaliza por los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa no es una verdad absoluta. Es decir, no todo acto administrativo se puede revisar y declarar su nulidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, también la jurisdicción social tiene competencias para revisar y declarar la nulidad de actos administrativos y, desde la entrada en vigor de la LRJS, no son pocos los actos administrativos que solo se pueden revisar por esta jurisdicción, evidentemente en materia laboral, sindical o de la Seguridad Social²⁵⁸. En segundo término, la jurisdicción social ha sido y es la única competente para fiscalizar los actos laborales de las Administraciones públicas, actos de una Administración pública en su condición de empleador, actuaciones, en suma, no calificables de actos administrativos.

Es decir, la diversa actuación de las Administraciones públicas, en materia laboral y de la Seguridad Social, puede dar lugar a actos administrativos o a actos laborales, no administrativos. Los primeros son actos administrativos en materia laboral y son tratados por el ordenamiento como tales, esto es, como actos sujetos al Derecho administrativo, aunque la competencia para revisar su validez se atribuya, podríamos afirmar que con carácter general, a la jurisdicción social. Los segundos son actos de las Administraciones públicas en los que no ejerce ninguna potestad exorbitante a las que el Derecho laboral atribuye al empleador y cuya fiscalización, por tanto, solo se debe atribuir a la jurisdicción social.

Pues bien, las reclamaciones administrativas previas en materia laboral se

²⁵⁸ Lo que no es ajeno al planteamiento de conflictos de interpretación en cuanto a los límites entre ambas jurisdicciones y que puede ser o no criticable, pero estas interesantes cuestiones también exceden de lo pretendido en este trabajo.

han articulado clásicamente frente a actuaciones no administrativas de las Administraciones públicas. Estas reclamaciones se establecieron, en materia laboral, frente a actuaciones de esta naturaleza adoptadas por órganos administrativos, pero sin ejercer potestad administrativa alguna; se trata, por tanto, de actuaciones de las Administraciones públicas cuando actúan como un empresario, cuando se someten, por ello, a las reglas del Derecho laboral y sobre cuyos posibles conflictos se encontraban exceptuados de la previa conciliación, en virtud de la clásica, aunque también cuestionable, prohibición de transigir en el ámbito público. Por su parte, el requisito de agotamiento de la vía administrativa previo a la judicial ha sido, y es, un presupuesto que se mantiene para la revisión judicial de los actos administrativos, ya sea de actos revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea de actos administrativos revisables por la jurisdicción social.

2.2. La tipología de reclamaciones previas a la jurisdicción social

En puridad, este simple esquema que acaba de exponerse en el anterior epígrafe no es del todo cierto, por cuanto que también se han exigido reclamaciones previas frente a verdaderos actos administrativos, lo que, además, sigue estando vigente. En efecto, las prestaciones de Seguridad Social sobre las que se exige la interposición de la previa reclamación se adoptan mediante auténticos actos administrativos, por lo que se ha configurado como una particular o especial forma de poner fin a la vía administrativa. Ambas reclamaciones previas, en materia laboral y en materia de prestaciones de Seguridad Social, han tenido un diverso origen y un diverso objeto.

Sin detenerme ahora en el nacimiento y evolución normativa de la reclamación administrativa previa²⁵⁹, creo que conviene refrescar algunas cuestiones por su incidencia en lo que aquí se trata. En efecto, ya se sabe que han sido varios y esenciales los problemas que a lo largo de la historia jurídica de la reclamación previa se han tratado, desde su discutida naturaleza jurídica asimilable a la conciliación, hasta la necesidad de su existencia misma como privilegio de las entidades públicas y carga preprocesal para los ciudadanos, problemas que, por otra parte, no son

²⁵⁹ Existen clásicos y excelentes trabajos sobre ello, véase, entre otros, Santamaría Pastor, J.A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, n. 77, 1975, pp. 81 y ss.

ajenos al clásico debate sobre los recursos administrativos. Pero, con independencia de estos debates, si observamos la configuración que el ordenamiento otorgó a estas reclamaciones previas, lo cierto es que se articularon como forma de agotar la vía administrativa cuando la Administración pública actuaba sometida a otros ordenamientos distintos del Derecho administrativo, en lo que aquí interesa, al Derecho laboral, por cuanto que, en estos supuestos no era de aplicación las reglas establecidas para los actos administrativos. Sin duda por ello, las leyes de procedimiento administrativo contemplaban estas reclamaciones como requisito para el ejercicio de acciones fundadas en el Derecho laboral contra el Estado (y demás Administraciones públicas)²⁶⁰. Además, en esos momentos, la impugnación de los actos administrativos en materia laboral estaban excluidos de la jurisdicción social, de ahí que la entonces vigente Ley de Procedimiento Laboral omitiese cualquier mención a otra forma de agotar la vía administrativa que no fuera la interposición de la reclamación previa, dado que, como sabemos, la imposibilidad de transacción hacía que la conciliación como forma de evitación del proceso quedase fuera del ámbito de las Administraciones públicas²⁶¹.

La historia normativa de la reclamación previa en materia de Seguridad Social es, sin embargo, muy distinta, tanto por el momento en el que aparece, muy posteriormente a la que podríamos denominar general reclamación previa, como por el objeto de estas reclamaciones, auténticos actos administrativos, como también por la relevancia económica que indudablemente condiciona toda reforma normativa en este ámbito.

Así es, hasta el Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado segundo de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, por el que se da nueva redacción al texto refundido de Procedimiento Laboral, no se incorpora, en sentido estricto, la reclamación previa en materia de Seguridad Social, y ello por el tránsito que ordenó, la citada ley de bases, de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social. Hasta esa fecha se contemplaba únicamente un sucedáneo de reclamación contra las instituciones de previsión social y los órganos de las mutualidades laborales, antecedente de la reclamación previa en materia de Seguridad Social. Pero lo que ahora quiero destacar, como claro indicio del distinto objeto de esta reclamación previa, es lo que establecía el artículo 63 del citado Decreto 909/1966 que, al regular las excepciones a la exigencia de reclamación previa, estableció que esta no

²⁶⁰ Así se establecía en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, o en el artículo 120 de la Ley 30/1992.

²⁶¹ Véase el artículo 69 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

será necesaria “cuando los acuerdos contra los que se demande hayan sido objeto de un recurso de alzada en vía administrativa”. Es obvio, por tanto, que ya se configuraban como unas reclamaciones previas establecidas frente a actos administrativos y, por ello, sustitutivas de los ordinarios recursos administrativos. Su eventual supresión supondría, de manera indubitada, la aplicación de las reglas generales existentes para la impugnación de actos administrativos. De ahí que la reforma de 2015 mantenga su vigencia. Esta no debe ser la consecuencia si lo que se produce, como así ha sido, es la supresión de la reclamación previa general, por cuanto que su objeto se escapa de la noción de acto administrativo.

En resumen, siempre nos hemos encontrado, por tanto, con una diversa tipología de reclamaciones previas a la jurisdicción social:

-Reclamación previa laboral: frente a actos laborales, no administrativos, de las Administraciones públicas. Es la reclamación previa que ha sido suprimida.

-Reclamación previa en materia de Seguridad Social: frente a actos administrativos adoptados en materia de prestaciones de Seguridad Social. Reclamación que ha mantenido su vigencia en materia de prestaciones.

Por tanto, salvo la función o, si se quiere, su carácter de requisito preprocesal en poco más se parecen ambas reclamaciones. De hecho, esa es, al menos, una de las razones de la todavía vigencia de la reclamación previa en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Es, simplemente, la forma en que el ordenamiento regula el agotamiento de la vía administrativa ante impugnaciones de actos de las administraciones en esa materia.

Una última cuestión, tanto la doctrina como la propia Administración pública²⁶² entienden que la supresión de las reclamaciones previas tiene dos excepciones, la ya sabida referida a las prestaciones de Seguridad Social, y la relativa a las reclamaciones al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido (artículo 117 LRJS). Sin embargo, ello no es así. La reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación nada tiene que ver con las reclamaciones administrativas previas, se trata de una reclamación por responsabilidad *ex lege* del Estado. En efecto, aunque también se han planteado temores sobre esta reclamación²⁶³, el citado artículo 117 únicamente contempla la obligación de reclamar estos salarios al Estado antes de demandarlo, lo cual es no es solamente normal,

²⁶² Concretamente el Departamento social de la Abogacía General del Estado, en su Comunicación laboral 67/2016, de 18 de octubre.

²⁶³ Falguera Baró, M.A., “La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaboralismo por el Derecho administrativo”, *Iuslabor*, n. 2, 2016, p. 6.

sino que obedece a la lógica de la responsabilidad patrimonial que, en el ámbito de la Administración pública, ha de exigirse mediante el procedimiento establecido, esto es, reclamar la responsabilidad en vía administrativa “en la forma y plazos establecidos, contra cuya denegación el empresario o, en su caso, el trabajador, podrá promover la oportuna acción ante el juzgado que conoció en la instancia del proceso de despido” (artículo 117). Forma y plazo que se recogen en el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido. Se articula simplemente una reclamación por la responsabilidad que la ley atribuye al Estado en estos supuestos, al estilo e igual plazo que la reclamación de responsabilidad patrimonial. Además, de igual forma que se establece para la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, también las resoluciones que ponen fin a este procedimiento de reclamación agotan la vía administrativa, de ahí la actual rúbrica de este precepto. Este es, y ha sido siempre, el sentido y naturaleza de esta reclamación ante el Estado, diversos a las reclamaciones previas a las que aquí se hace referencia.

2.3. Actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa. El recurso de alzada como único requisito previo, en su caso, para la revisión judicial de los actos

Como inicio de este epígrafe simplemente expondré la articulación de los recursos administrativos ordinarios en virtud de la revisión judicial de los actos administrativos, sin mayor pretensión ni valoraciones que estimo no proceden en este trabajo. Pues bien, el ordenamiento jurídico-administrativo diseña el sistema de recursos administrativos ordinarios (reposición y alzada) en virtud de que el acto administrativo que se pretende impugnar ponga fin o no a la vía administrativa, de tal forma que solamente los actos que agotan la vía administrativa son susceptibles de su revisión judicial. Es decir, si el acto administrativo pone fin a la vía administrativa cabe impugnarlo directamente ante los tribunales, pudiendo el interesado, si así lo estima, interponer previamente el recurso de reposición (de carácter, por tanto, potestativo). Si, por el contrario, el acto que se pretende impugnar no agota la vía administrativa, antes de su revisión judicial se debe interponer el recurso de alzada (desde esta perspectiva, por tanto, de carácter obligatorio). Por ello, el recurso de alzada se presenta como el único requisito previo para la revisión judicial de los actos, y exclusivamente respecto de aquellos actos administrativos

que no ponen fin a la vía administrativa.

Parece obvio que la cuestión, por tanto, se traslada a saber cuáles son los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa y que, por ello, pueden ser revisados directamente por los tribunales. La LPAC establece, en su artículo 114.1, los criterios generales para la identificación de estos actos, criterios que mediante las leyes reguladoras de cada una de las Administraciones públicas se concretan (tanto en el ámbito autonómico, como en el ámbito local). Aunque, mediante ley específica o sectorial pueden modificarse esos criterios y establecer qué concretos actos ponen fin o no a la vía administrativa. Como primer criterio general a tener en consideración, ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico. La concreción de este criterio para la Administración estatal la realiza el apartado 2 del citado artículo 114 LPAC, señalando que ponen fin a la vía administrativa:

- “a) Los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno.*
- b) Los emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares.*
- c) Los emanados de los órganos directivos con nivel de Director general o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.*
- d) En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa”.*

Este primer criterio se conecta con el segundo criterio general, teniendo en consideración que los recursos de alzada se resuelven por el superior jerárquico del órgano que dictó el acto que se ha impugnado. En efecto, como segundo criterio general, las resoluciones de los recursos de alzada ponen fin a la vía administrativa. Criterio que, además, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, es aplicable a todas las Administraciones públicas y en todo procedimiento administrativo. Esto es, solo debe interponerse un recurso de alzada como requisito previo a la revisión judicial, cuyo plazo de interposición es de un mes, si el acto que se recurre es expreso²⁶⁴.

Si trasladamos todo lo expuesto a los actos administrativos laborales competencia de la jurisdicción social, lo primero que debemos identificar es si el acto que se pretende impugnar ante dicha jurisdicción pone fin o

²⁶⁴ “Si el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo” (artículo 122.1 LPAC).

no a la vía administrativa, en el primer caso se puede formalizar demanda directamente contra la Administración pública productora del acto, aunque potestativamente el interesado podría interponer el recurso de reposición; en el segundo caso (no pone fin a la vía administrativa) se debe interponer recurso de alzada como requisito para su revisión judicial, cuya resolución ya agotaría la vía administrativa y abriría la posibilidad de formalizar demanda ante la jurisdicción social. Para identificar si el acto administrativo laboral pone fin o no a la vía administrativa tenemos que acudir, en primer término, a la norma legal específica que regule el concreto procedimiento que dio lugar a dicho acto, si no se especifica criterio alguno debemos acudir a los criterios generales ya citados.

Así, por ejemplo, si nos encontramos ante una sanción impuesta por un órgano con nivel jerárquico de director general por infracción en el orden social, su normativa reguladora²⁶⁵ no indica nada al respecto, por lo que, aplicando los criterios de la LPAC, la resolución sancionadora no pondría fin a la vía administrativa, por cuanto que el director general tiene superior jerárquico y no es en materia de personal. No se podría, por ello, formular demanda directamente ante la jurisdicción social, para poder impugnar judicialmente esta resolución sancionadora se debe interponer previamente el recurso de alzada. Por el contrario, si la resolución sancionadora hubiese sido adoptada por el ministro, o consejero en el ámbito autonómico, o por un secretario de Estado (o secretario autonómico) sí agotaría la vía administrativa y se podría formular demanda directamente contra la Administración pública correspondiente.

De acuerdo con lo expuesto, cuando el artículo 69.1 LRJS indica la necesidad de agotar la vía administrativa para poder formular demanda, hace referencia a la necesaria identificación del tipo de acto administrativo que pretendemos impugnar, si pone o no fin a la vía administrativa “de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable”, indica dicho precepto. Si pone fin se podrá formular demanda directamente, tal y como habilita el citado artículo 69, si no agota la vía administrativa se deberá interponer, como requisito preprocesal, el recurso de alzada. Por tanto, este recurso, y no otro, es el único instrumento ordinario que se configura como requisito previo para poder revisar judicialmente la validez de los actos administrativos laborales²⁶⁶. No obstante, la existencia en el ámbito jurídico-administrativo

²⁶⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) y reglamento de desarrollo

²⁶⁶ Se equivoca la Exposición de Motivos de la LRJS cuando afirma que se han incorporado los procesos que exigen “otra forma de agotamiento de la vía administrativa

del recurso potestativo de reposición plantea algunas cuestiones, como la relativa a los plazos de caducidad y prescripción, que fueron completamente olvidadas por la LRJS, así como por la reforma de 2015.

3. Los actos administrativos laborales revisables por la jurisdicción social

La concreción del ámbito objetivo en el que se requiere poner fin o agotar la vía administrativa, como requisito preprocesal a la revisión judicial por el orden social, se encuentra, obviamente, en la delimitación competencial que en este orden hace la LRJS. Realizaré una simple exposición de estas categorías de actos administrativos, sin entrar, ahora, en la valoración ni en la problemática que conlleva la línea divisoria entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa en estas materias²⁶⁷.

En efecto, con la aprobación de la LRJS, la jurisdicción social se configuró como la jurisdicción revisora, con carácter general, de los actos administrativos laborales, de tal forma que la jurisdicción contencioso-administrativa asume, en estas materias, una función residual, circunscrita esencialmente a actos de naturaleza tributaria. De la atribución de competencias que realiza el artículo 2 LRJS, articulándolo con las exclusiones del artículo 3 del mismo texto legal, se deducen, esencialmente, los siguientes actos administrativos cuya revisión asume la jurisdicción social:

1º. Resoluciones administrativas de la autoridad laboral -apartado n)-:

a) Resoluciones de los procedimientos administrativos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (constatación por la autoridad laboral de existencia de fuerza mayor, en supuestos de suspensión y extinción del contrato de trabajo), -apartado n)-²⁶⁸;

distinta de la reclamación previa, en concreto, la interposición del recurso de alzada o reposición”.

²⁶⁷ Desde la aprobación de la LRJS ya han sido muchas las opiniones y los estudios realizados en este sentido. Puede verse, entre otros, Quintana López, T., y Rodríguez Escanciano, S., “Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, enero 2012, pp. 77 y ss.

²⁶⁸ Por ello, el artículo 151 LRJS que contempla la modalidad procesal (general o residual) para la impugnación de actos administrativos, realiza una referencia explícita a estos supuestos de extinción en su apartado 11 (“La sentencia que deje sin efecto una resolución administrativa en virtud de la cual se hubieren producido extinciones de la relación de trabajo derivadas de fuerza mayor declarará el derecho de los trabajadores afectados a reincorporarse en su puesto de trabajo”).

- b) Resoluciones sancionadoras en materia laboral y sindical;
- c) Cláusula general de atribución de competencias: otros actos administrativos en materia laboral y sindical, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido al orden contencioso-administrativo.

2º. Resoluciones administrativas en materia de Seguridad Social:

a) Resoluciones administrativas en materia de prestaciones²⁶⁹, -apartado o)-. En la impugnación de estos actos a través de la jurisdicción social se articula la reclamación previa, por tanto, es el único supuesto de acto administrativo atribuido a la jurisdicción social que cuenta con una especial forma de agotar la vía administrativa.

b) Resoluciones sancionadoras en materia de Seguridad Social –apartado s)-, salvo la exclusión que realiza el apartado f) del artículo 3 LRJS, es decir, esencialmente las sanciones derivadas de actas de infracción vinculadas con actas de liquidación de cuotas²⁷⁰.

c) Cláusula general de atribución de competencias: otros actos administrativos en materia de Seguridad Social –apartado s)-. No obstante, esta atribución de competencias se limita, igual que la competencia anteriormente citada, por la exclusión que realiza el apartado f) del artículo 3 LRJS, que hace referencia a los actos administrativos relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, liquidación de cuotas y actos de gestión recaudatoria.

En la impugnación de cualquiera de estos actos administrativos referenciados, salvo los relativos a prestaciones de la Seguridad Social, se aplica el requisito previo de poner fin a la vía administrativa para su revisión judicial.

Existen también otras atribuciones de competencias al orden jurisdiccional social que pueden dar lugar a la revisión de actos administrativos, como los conflictos que se pueden plantear frente al servicio público de empleo en materia de intermediación laboral – apartado p)-, conflictos bien con trabajadores o con entidades

²⁶⁹ Se incluyen las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, aunque esta atribución competencial, en virtud de la Disposición final séptima de la LRJS se pospuso a la aprobación de una ley posterior, que todavía no se ha aprobado (se otorgó un plazo de tres años al Gobierno para remitir el correspondiente proyecto de ley a las Cortes). Con fecha 17 de marzo de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados una proposición de ley para desbloquear esta situación.

²⁷⁰ Lo que ya ha dado lugar a algunos conflictos, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2015.

colaboradoras, o la competencia atribuida por el apartado ñ) respecto de las demandas contra las Administraciones públicas, incluido el Fondo de Garantía Salarial, cuando les atribuya responsabilidad la legislación laboral. Aunque no es objeto de este trabajo el análisis del concreto cauce procesal, simplemente apuntar que para la revisión de estos actos administrativos de naturaleza laboral es sabido que la LRJS diseñó una modalidad procesal común, o mejor apuntado, general, diseñada como si fuera un contencioso-laboral y a la que se aplica supletoriamente la LJCA, el denominado procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales (artículos 151 y 152 LRJS). Procedimiento que se aplicará cuando no exista otro cauce procesal especialmente previsto para la revisión del acto, lo que sucede no solo en materia de prestaciones de la Seguridad Social, sino también respecto de otros actos administrativos²⁷¹. No obstante, exclusivamente el procedimiento previsto en el artículo 151 LRJS se conecta directa y expresamente con los presupuestos regulados en el artículo 69, exigiendo que, con la demanda, se acredite el agotamiento de la vía administrativa, y ello conforme a la normativa aplicable a la Administración pública autora del acto, por lo que esta modalidad procesal ya se ha convertido en el cauce ordinario de la revisión judicial de tipos concretos de actos administrativos laborales, como, por ejemplo, las sanciones administrativas en el orden social²⁷².

4. La debida interpretación del actual artículo 69.1 LRJS

De lo expuesto hasta ahora se desprende una clara conclusión, para impugnar ante los tribunales un acto administrativo, sea en materia laboral o no, debe agotarse la vía administrativa, esto es, debe existir un acto administrativo que ponga fin a la vía administrativa. Este esquema, mientras no se modifique, sigue siendo el que establece el ordenamiento jurídico-administrativo, también respecto de aquellos actos administrativos revisables por la jurisdicción social. Así, por otro lado, lo exponía claramente la jurisprudencia, también en el orden social, en supuestos analizados a la luz del ordenamiento vigente antes de la reforma

²⁷¹ Como, por ejemplo, en materia sindical, la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos (artículos 167 y siguientes LRJS), o la impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro y de la certificación de la representatividad sindical (artículos 133 y siguientes LRJS).

²⁷² Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, (Valladolid, Sala de lo Social, Sección primera) de 29 de octubre de 2015.

aquí tratada e, incluso, antes de la propia LRJS²⁷³ De este modo, un exhaustivo resumen de la doctrina jurisprudencial, también constitucional, en este tema puede leerse en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias(Sala de lo Social) núm. 1012/2017, de 2 mayo:

“El *agotamiento de la vía administrativa* es un requisito que está previsto para los supuestos en que la Administración dicta actos sujetos al Derecho Administrativo, en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical. Así se desprende del contenido del artículo 2 letras n) y s) LRJS, en los que se atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan en relación con actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y que *pongan fin a la vía administrativa*. De igual forma, el artículo 151 LRJS regula el procedimiento para la impugnación de actos administrativos en materia laboral, y en su apartado segundo establece que con la demanda se debe acreditar el “*agotamiento de la vía administrativa*” en la forma establecida en el artículo 69 de la misma Ley. Debemos colegir, por tanto, que el “*agotamiento de la vía administrativa*” es el requisito preprocesal legalmente previsto para atacar los actos de la Administración sujetos al derecho administrativo que por dictarse en materia laboral o sindical competen a la jurisdicción social. El único procedimiento que está dispensado del agotamiento de la vía administrativa es el de “*tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*”, a tenor del apartado segundo del artículo 70 LRJS, pero es también contra actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical.

Por el contrario, las actuaciones que realiza la Administración como simple “empleadora”, y no en el ejercicio de sus potestades como tal Administración, precisan la interposición de “*reclamación previa*”, - artículo 69 LRJS -, con las excepciones que contempla el artículo 70.1 LRJS”.

Y ello es así antes y después de la reforma operada en la LRJS mediante la Ley 39/2015. Esta última idea es esencial, por cuanto que debe servir de guía para una correcta interpretación de lo que establece en este sentido la citada LRJS. No obstante, como se ha apuntado en el planteamiento de este trabajo, tras la reforma de la LRJS de 2015 se han suscitado algunas cuestiones interpretativas, esencialmente ligadas al actual tenor literal del artículo 69.1 LRJS. En este sentido, se pusieron en marcha foros jurídicos sobre estas cuestiones²⁷⁴. También algún sector doctrinal defendió con vehemencia la generalización, tras la reforma de 2015, del recurso

²⁷³ Es común citar por la doctrina, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 de octubre de 2009.

²⁷⁴ Como el titulado “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, coordinado por Lluç Corell, en *elderecho.com*.

administrativo como requisito previo para demandar a la Administración pública en todo tipo de litigios ante la jurisdicción social. En este sentido, Falguera entiende que el nuevo texto del artículo 69.1 LRJS supone la sustitución de la reclamación previa por la “vías ordinarias de impugnación de resoluciones administrativas; esto es: el recurso de alzada y el potestativo de reposición”²⁷⁵ y, unido al actual artículo 70 LRJS, que contempla las excepciones al agotamiento de la vía administrativa previa, y que antes también regulaba las excepciones a la exigencia de reclamación previa, ha llegado a la conclusión de que, salvo las demandas de tutela de derechos fundamentales, siempre es necesario el agotamiento de la vía administrativa²⁷⁶, es decir, la interposición del recurso de alzada cuando el acto no pone fin a la vía administrativa. Si admitimos esta interpretación hay razones sobradas para calificarla de absurda. No obstante, la única interpretación válida no es, precisamente, esta. Si el empleador es la Administración pública y si lo que se pretende demandar es un acto de tal empleador no es necesario agotar la vía administrativa, requisito únicamente establecido por la LRJS, antes y después de la reforma, cuando se trata de impugnar actos administrativos laborales (salvo los relativos a las prestaciones de Seguridad Social).

Afortunadamente, la doctrina laboralista también ha reaccionado en el correcto sentido²⁷⁷. De este modo, Arastey Sahún²⁷⁸, al plantearse si ha desaparecido o ha sido sustituida la reclamación previa, realiza un excelente repaso a la cuestión, con argumentos a favor de la eliminación, sin sustitución alguna, de las reclamaciones previas. El primero de los argumentos que se utiliza es la propia exposición de motivos de la LPAC que exterioriza la voluntad del legislador al señalar que “de acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas”²⁷⁹. Después, en puridad, la

²⁷⁵ Falguera Baró, M.A., “La Ley 39/2015”, *op. cit.*, p. 3

²⁷⁶ En este sentido, Blasco Pellicer, A.A., “Reclamación administrativa previa últimos pronunciamientos jurisprudenciales antes de su parcial desaparición”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 22, 2016, pp. 80 y 81.

²⁷⁷ Y la Abogacía del Estado, véase la ya citada Comunicación laboral 67/2016, de 18 de octubre.

²⁷⁸ Arastey Sahún, M.L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, febrero 2017 Disponible en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencias/>

²⁷⁹ Es lamentable, no obstante, que no se haya dejado vigente la reclamación previa en

doctrina laboralista utiliza las premisas conceptuales aquí expuestas para llegar a la debida conclusión de que en modo alguno se ha producido una sustitución de la reclamación previa por el requisito del agotamiento de la vía administrativa, al tener, desde su origen, un objeto distinto y obedecer a una actividad de distinta naturaleza de las Administraciones públicas²⁸⁰. Pero, es más, obviando ahora esas premisas conceptuales, no es cierto que el tenor literal del artículo 69.1 LRJS posibilite una interpretación distinta²⁸¹, por cuanto que hay que observar toda la literalidad del precepto. El artículo 69.1 termina indicando expresamente que “será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable”. Esta remisión a la normativa sobre procedimiento administrativo aplicable conduce inexorablemente a la exigencia de agotar la vía administrativa solo en los casos en los que estamos ante actos administrativos, únicos que son objeto de regulación por la LPAC; los recursos administrativos que se regulan en la citada ley solamente tienen por objeto actos administrativos. Intentar llegar a otra conclusión carece de todo fundamento

En conclusión, con las excepciones que la propia LRJS prevé, toda demanda contra las Administraciones públicas, fundada en Derecho laboral (como tradicionalmente se afirmaba en las leyes de procedimiento administrativo) podrá interponerse directamente ante la jurisdicción social, eso sí, dentro de los plazos de prescripción o caducidad que sean de aplicación, sin necesidad de acudir previamente a la vía administrativa²⁸².

virtud de esta justificación, por cuanto que ella nos conduciría a su configuración como potestativa, dejando en manos del ciudadano la posibilidad de utilizarla, no eliminando sin más medios de impugnación, como así opinó el Consejo de Estado. En cualquier caso, al igual que en materia de recursos administrativos, el debate es histórico. Véanse excelentes reflexiones en la obra ya citada *Las vías administrativas de recurso a debate*, (López Ramón, F. coord.), INAP, Madrid, 2016.

²⁸⁰ Utilizando estas premisas, en este sentido, Preciado Doménech, C.H., “La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral”, *Revista de información laboral*, n. 10, 2016, pp. 33 y ss.

²⁸¹ “Ni la literalidad de la norma avala la «tesis de la sustitución» ni esta resulta razonable conforme al fin práctico de la reforma”, así se expresa claramente García Giménez, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se transforma?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 405, diciembre 2016, pp. 214 y ss.

²⁸² Con acierto, esta es la conclusión a la que llegan García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R., “Dudas e incertidumbres en la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2017.

5. Respaldo jurisprudencial a la debida interpretación del artículo 69.1 LRJS

Dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la reforma (2 de octubre de 2016), no existe una línea jurisprudencial consolidada sobre la interpretación del actual 69 LRJS. No obstante, de la jurisprudencia anterior se puede colegir la interpretación que aquí se sostiene como la única viable, pero, además, ya nos encontramos con algún pronunciamiento judicial en el que, de manera certera, se argumenta sólidamente en ese sentido. Me refiero a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social, sección primera) núm. 1448/2017, de 20 junio.

En el recurso de suplicación resuelto por esta Sentencia se impugnaba un auto de un juzgado de lo social en el que se había entendido que “no puede obviarse la literalidad de los artículos 69.1 y 2 LRJS, que exigen el agotamiento de la vía administrativa”. El objeto de la demanda interpuesta, por una profesora de la Universidad del País Vasco, versaba sobre incumplimiento por parte de esta Universidad de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales y la responsabilidad derivada. La instancia entendió que, eliminada, desde el 2 de octubre de 2016, la reclamación previa (salvo en los pleitos sobre prestaciones de Seguridad Social) debía agotarse, en todo caso, la vía administrativa, cuestión que no se realizó, por lo que inadmitió la demanda y determinó su archivo.

El Tribunal en la resolución del recurso de suplicación se plantea la cuestión esencial, esto es, “si la reclamación previa ha desaparecido totalmente o si se ha visto sustituida por la exigencia de agotar la vía administrativa previa”. El Tribunal comienza por apuntar el conflicto interpretativo que puede plantearse, y así afirma que “en una primera lectura, podríamos comprender que en la actualidad el agotamiento de la vía administrativa previa es exigible en todos los casos, pues el precepto no prevé excepción alguna, por lo que habría de concluirse que la demanda ha de interponerse necesariamente tras agotar la vía previa”. Entre los argumentos que utiliza esta Sentencia, la voluntad del legislador de la reforma también es utilizada, así como prácticamente todos los que la doctrina había expuesto, concluyendo, en su FJ Segundo, que:

“(…) las demandas dirigidas frente a una Administración Pública en su condición de empleadora pueden interponerse directamente, sin que sea exigible el cumplimiento de ningún requisito preprocesal de evitación del

proceso”²⁸³.

Lo único lamentable de esta jurídicamente espléndida Sentencia es que al final de todo su razonamiento insiste en que “puede también sostenerse que del tenor literal del artículo 69.1 LRJS se desprende que la supresión de la reclamación previa lleva aparejada la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para todos los supuestos de acciones judiciales frente a una Administración Pública” y, únicamente, opone a esta interpretación la voluntad del legislador de suprimir trámites, los antecedentes legislativos y la sistemática general de su regulación. Como ya se ha expresado, incluso la literalidad del precepto impide esa interpretación.

6. Los plazos para la interposición de la demanda contra actos administrativos laborales

6.1. La cuestión de las desestimaciones de los recursos de alzada en virtud de silencio administrativo

Siguiendo el plazo general establecido en el proceso contencioso para la impugnación judicial de los actos administrativos, el artículo 69.2 LRJS establece también, con carácter general, el plazo de dos meses para formalizar la demanda contra las Administraciones públicas, plazo que se computa “desde que se deba entender agotada la vía administrativa”. La LRJS no establece ninguna diferencia en virtud de que tengamos un acto expreso o, por el contrario, concorra el silencio administrativo negativo. Por ello, el mismo precepto citado determina que a la demanda se debe acompañar bien copia de la resolución denegatoria, bien el documento acreditativo de la interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda.

Expresado en otros términos, si la resolución que pone fin a la vía administrativa, objeto de la demanda, es expresa, el cómputo del plazo se iniciará el día siguiente a su notificación. Ahora bien, si no se dicta expresamente el acto que pone fin a la vía administrativa, no se resuelve expresamente en su caso el recurso de alzada, de acuerdo con el artículo 122.2 LPAC el silencio negativo (que concurre con carácter general) se produce en el plazo de tres meses desde la interposición del recurso. A partir de esos tres meses, agotada la vía administrativa, debe computarse el plazo de dos meses para la formalización de la demanda ante la

²⁸³ Ello también elimina el problema planteado en virtud del artículo 64 LRJS respecto de la posible aplicación a las Administraciones públicas del intento de conciliación.

jurisdicción social.

No obstante lo apuntado, se deben realizar algunas matizaciones. En efecto, como ya se ha expuesto, el plazo para la interposición del recurso de alzada, cuya resolución agotará la vía administrativa, queda abierto *sine die* en los supuestos en los que no tengamos un acto expreso (artículo 122.1 LPAC), pero, además, si es el recurso de alzada el que no se resuelve expresamente, estaremos ante un incumplimiento de la obligación de resolver por parte de la Administración pública que no puede perjudicar al interesado.

Esta cuestión, largamente debatida doctrinal y jurisprudencialmente en el ámbito del Derecho administrativo, concurre con idénticos términos en el ámbito de la impugnación de actos administrativos laborales (con la salvedad del distinto plazo). Así es, el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) sigue estableciendo que “el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. *Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto*”²⁸⁴.

No obstante, establecer un plazo al ciudadano para acceder a la tutela judicial partiendo de un incumplimiento por parte de la Administración pública de su obligación para resolver no parece acorde con postulados constitucionales. No voy a reproducir aquí el elenco doctrinal y las diversas sentencias que en este sentido se han pronunciado desde hace años²⁸⁵, únicamente haré referencia a la que considero esencial Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 52/2014, de 10 de abril, que vino a resolver una cuestión de constitucionalidad planteada, precisamente, sobre el último inciso del transcrito artículo 46.1. En esta sentencia el Tribunal Constitucional realiza una interpretación de la noción de “acto presunto”, en virtud de la reforma normativa que se produjo en 1999 de la ley de procedimiento administrativo, y concluye que en los supuestos de silencio administrativo negativo el ordenamiento “excluye expresamente la constitución *ipso iure* de un acto administrativo de contenido

²⁸⁴ La cursiva es del autor.

²⁸⁵ Véase, entre otros, el notable aporte doctrinal y jurisprudencial que en este sentido ya realizó Bustillo Bolado, R.O., “Tutela judicial, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y práctica forense”, *Revista de Administración Pública*, n. 184, 2011, pp. 162 a 164.

denegatorio”²⁸⁶. De ahí, el TC entendió que “la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA” (FJ 5). Así interpretado, nos indica el TC, “el inciso legal cuestionado no impide u obstaculiza en forma alguna el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o los terceros interesados afectados por una desestimación por silencio”. Aunque el TC no procedió, por ello, a declarar que dicho inciso vulnera el artículo 24.1 de la Constitución española, lo cierto es que no puede constitucionalmente someterse a plazo la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio administrativo.

La consecuencia es aplicable, sin duda, al ámbito de la impugnación de los actos administrativos laborales. El plazo de dos meses que establece el artículo 69.2 LRJS no puede aplicarse en los supuestos de silencio administrativo negativo, es decir, en los supuestos en los que el acto expreso no ponga fin a la vía administrativa y, tras la interposición del recurso de alzada, este no se resuelva expresamente. El acceso a la vía judicial social quedará abierto sin que proceda el cómputo del plazo de los dos meses desde que transcurran los tres meses que la LPAC establece como plazo para resolver y notificar las resoluciones de los recursos de alzada. Evidentemente, el interesado podrá, si así lo estima, interponer la demanda ante la jurisdicción social tras agotarse el plazo de tres meses para resolver el recurso de alzada sin resolución expresa, esto es, tras entenderse agotada la vía administrativa.

6.2. La errónea modificación del artículo 69.3 LRJS

Una última cuestión en materia de plazos es la que contempla el artículo 69.3 LRJS, referida a las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, en las que el plazo de interposición de la demanda es de veinte días hábiles (u otro que así expresamente se prevea), contados, en todo caso, desde que se ponga fin a la vía administrativa. Pero esta afirmación que acabo de realizar no se desprende con claridad del precepto citado, y ello derivado del error cometido en la modificación que de este artículo se realizó mediante la LPAC. Y es que para eliminar la

²⁸⁶ Conviene, en este sentido, recordar lo que actualmente establece el artículo 24.2 LPAC: “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”.

reclamación previa no es suficiente con la simple eliminación de dichos términos cada vez que aparezcan en el texto normativo.

En efecto, de una simple lectura del actual 69.3 LRJS puede concluirse, sin esfuerzo, que, como mínimo, tiene una redacción claramente mejorable²⁸⁷. Este precepto parece que establece varios *dies a quo* para el cómputo del plazo, concretamente bien a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada o bien desde que se deba entender agotada la vía administrativa, en los demás casos. Sin embargo, tras la supresión de la reclamación previa ya solamente se contemplan en este artículo 69 los supuestos de impugnación de actos administrativos; los demás casos, a los que hace referencia este punto 3 son ya los únicos casos a los que se refiere la regulación que incorpora. La supresión de la reclamación previa tenía que haber producido no solo la eliminación del último inciso del anterior 69.3 (referido a la suspensión del plazo de caducidad en los términos del artículo 73 LRJS), sino también la supresión del inicio del cómputo establecido y referido, precisamente, a los casos sujetos a reclamación previa. Se debe prescindir, por tanto, de esta referencia normativa que ha quedado por causa de un “olvido” del legislador; se debe superar dicho error y estimar que ahora, en todo caso, el agotamiento de la vía administrativa es lo que inicia el cómputo de los plazos para la formalización de la demanda, también en los supuestos a los que se refiere el artículo 69.3.

Además, de acuerdo con lo se acaba de exponer, es nítido que el artículo 69.3 ya no hace referencia a las acciones por despido en virtud de un acto laboral de las Administraciones públicas, es decir, cuando la Administración pública actúa como empleador, acto contra el que se puede formular demanda directamente, sino que hace referencia exclusivamente a aquellos actos administrativos que se producen en determinados supuestos por mandato legal expreso y que cuentan, para su impugnación, con plazos especiales plazos de caducidad. Al suprimirse la reclamación previa y, por tanto, la referencia en este precepto también a los actos laborales de la Administración pública, mantener el término de despido creo que solo añade confusión. Hubiese sido deseable eliminar también dicha referencia y hacer alusión únicamente y con carácter general a aquellas acciones sujetas a plazo de caducidad que puedan existir o puedan regularse en el futuro.

²⁸⁷ En el mismo sentido, y planteando dudas interpretativas de este precepto, Tolosa Tribiño, C., “La Ley 39/2015 y su aplicación en el ámbito laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.41, enero 2017, p. 13.

Para concluir quiero subrayar una importante diferencia entre el requisito de agotar la vía administrativa respecto de los clásicos efectos de la interposición de la reclamación previa en cuanto a la suspensión de los plazos de caducidad e interrupción de los de prescripción. Como se acaba de apuntar, cuando se impugna un acto administrativo el inicio del cómputo de los plazos se produce, en todo supuesto, desde que se agota o se pone fin a la vía administrativa. Pues bien, si el acto pone fin a la vía administrativa se puede formalizar la demanda directamente, por lo que no existe ningún requisito previo que plantee el problema de los plazos de caducidad o prescripción. Si, por el contrario, el acto no pone fin a la vía administrativa todavía no comienza el cómputo del plazo, hasta que se resuelva el obligatorio recurso de alzada. En estos supuestos, solo la resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa y hace comenzar el cómputo de los plazos, por lo que tampoco es necesario realizar previsión alguna sobre los efectos de la interposición del recurso de alzada respecto de la caducidad o prescripción de los plazos. El único problema que puede, en este sentido, plantearse, es el relativo a los efectos de la interposición de un recurso de reposición (que es potestativo) sobre el cómputo de los plazos de caducidad o prescripción, por cuanto que el acto que se recurre ya, *per se*, ha puesto fin a la vía administrativa y ha dado lugar al inicio del cómputo de plazos²⁸⁸.

7. Bibliografía

Arastey Sahún, M.L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, febrero 2017. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>

Blasco Pellicer, A.A., “Reclamación administrativa previa últimos pronunciamientos jurisprudenciales antes de su parcial desaparición”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 22, 2016.

Bustillo Bolado, R.O., “Tutela judicial, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y práctica forense”, *Revista de Administración Pública*, n. 184, 2011.

²⁸⁸ Como ya se ha expuesto antes en este trabajo, el carácter potestativo del recurso de reposición debía haber sido objeto de atención en el LRJS, o en la reforma de 2015, para regular los efectos procesales de su potestativa interposición.

- Falguera Baró, M.A., “La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaboralismo por el Derecho administrativo”, *Iuslabor*, n. 2, 2016.
- García Giménez, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se transforma?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 405, diciembre 2016.
- García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R., “Dudas e incertidumbres en la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *Revista de Información Laboral*, n. 1, 2017.
- Preciado Doménech, C.H., “La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral”, *Revista de información laboral*, n. 10, 2016.
- Quintana López, T. y Rodríguez Escanciano, S., “Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, enero 2012.
- Santamaría Pastor, J.A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, n. 77, 1975.
- Tolosa Tribiño, C., “La Ley 39/2015 y su aplicación en el ámbito laboral”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 41, enero 2017.

El papel de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud laboral. Una visión más amplia de la prevención*

M. Carmen AGUILAR MARTÍN**

RESUMEN: En el contexto de crisis como el que nos encontramos, con una creciente flexibilización de las relaciones laborales y con un claro desequilibrio entre poderes, la salvaguarda de unas condiciones de trabajo saludables, dignas y mínimas debería ser uno de los ejes básicos de la negociación colectiva. Sin embargo, la principal preocupación para la mayor parte de la sociedad y de los interlocutores sociales parece ser otra, fundamentalmente, las altas tasas de desempleo. Esto hace que, en ocasiones, se dejen de lado otros aspectos por los que se viene luchando, sobre todo, en las últimas dos décadas, en concreto, por la mejora de las condiciones de seguridad y salud en las que prestan sus servicios los trabajadores por cuenta ajena y que se ven afectadas negativamente por el resto de circunstancias concurrentes en las empresas (falta de liquidez, exceso de oferta de mano de obra, etc.). Así, el objetivo de la comunicación es analizar el alcance y la significación que este derecho a la seguridad y salud en el trabajo tiene dentro de la negociación colectiva en el momento actual, teniendo en cuenta los últimos convenios colectivos publicados, algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, la normativa europea e interna y otros datos sobre la materia. En definitiva, se pretende ahondar en la investigación del papel que está teniendo la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores y si es el caso, reivindicar una mayor implicación de la misma.

Palabras clave: Seguridad y salud, convenio colectivo, condiciones de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral en la negociación colectiva. 3. Propuesta de posibles aspectos a incluir en el contenido de los convenios colectivos desde una perspectiva de concepción amplia del concepto de seguridad y salud de los trabajadores. 4. Consecuencias para el trabajador de un posible empeoramiento de las condiciones de seguridad y salud. Plan de acción. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado S07- Derecho del Trabajo-Universidad de Zaragoza financiado por el Gobierno de Aragón.

**Profesora Contratada Doctora, Universidad de Zaragoza, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas.

The role of collective bargaining in health and safety working conditions: A broad perspective of labour risk prevention

ABSTRACT: In a context of crisis, with growing labor flexibility imbalance between social partners, assuring healthy and decent working conditions should be one of the central issues of collective bargaining arrangements. However, the main concern for majority of the society and social partner seems to be the high unemployment rates. In fact, progress in the last two decades towards labor rights have been sometimes neglected in favor of other interest of companies (temporary lack of liquidity, excesses of labour, etc.). The aim of this communication is to analyze how labor rights are been considered in the collective bargaining process itself based on recent doctrinal and jurisprudential pronouncements, European and internal regulations and other legal information. The final purpose is to further investigate how collective negotiation and agreements on working conditions are affecting labor security and rights and to demand greater involvement and effectiveness.

Key Words: Safety and health, collective bargaining agreement, work conditions.

1. Introducción

Tras un parón en la negociación colectiva, en estos momentos de agitación política y social, parece que van saliendo a la luz algunos convenios colectivos que se habían quedado en “stand by”. No es de extrañar, en estos últimos años la negociación colectiva ha sido objeto de importantes reformas que han cambiado aspectos sustanciales de la misma, como por ejemplo, la duración del convenio. Dichas reformas están provocando un cambio en los sistemas de negociación y confiemos en que, para el futuro, los agentes sociales alcancen unas estructuras modernizadas que les permitan cumplir sus funciones con agilidad, transparencia, eficacia y eficiencia. Sin embargo, por el momento, estos avances son poco perceptibles.

Sin duda, en este contexto de cambios, la negociación colectiva, institución política y económica destinada a reglamentar y ordenar el mercado de trabajo, así como a regular las relaciones de poder entre las organizaciones en conflicto y garantizar lo que se ha denominado “paz social”, está llamada a cumplir un papel esencial. La negociación colectiva constituye la institución más dinámica y la herramienta apropiada para la asimilación y adaptación permanente a los cambios, ante la heterogeneidad de las formas de organización del trabajo, la participación de diferentes sujetos y la interrelación progresiva de los problemas²⁸⁹.

Como estandarte de la negociación colectiva, el convenio colectivo constituye un marco privilegiado para la gestión flexible y participada de las relaciones laborales. La idoneidad o adecuación de la negociación colectiva y del convenio colectivo, en su condición de instrumento jurídico negocial preferente y como la expresión más genuina de la autonomía colectiva negocial, viene confirmada por las notas que dan cuenta de su naturaleza. Hay que tener en cuenta que surge con el propósito o la finalidad de superar las desigualdades de poder existentes entre las partes de una relación de trabajo, la versatilidad que se desprende de su capacidad inherente de adaptación a las circunstancias y exigencias del entorno en el que se desenvuelve, su carácter dinámico, consensuado por las partes implicadas en las relaciones laborales, por su efectividad y eficacia²⁹⁰.

En este trabajo no se ha pretendido hacer un examen exhaustivo de todos

²⁸⁹ Mercader, J.R. y Muñoz, B., “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 14, 2002, p. 1.

²⁹⁰ Amaadachou, F., “Balance general sobre algunas de las principales materias que integran el contenido del convenio normativo del convenio colectivo estatutario (Parte 2ª)”, *Revista Información Laboral*, n. 3, 2016, pp. 12.

los convenios colectivos estatutarios²⁹¹ publicados, sino de encontrar las claves seguidas por algunos de estos convenios para conocer su evolución y hacer alguna propuesta para la discusión de modo que, si es posible, mejoren las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. A priori, se parte de la hipótesis de que la tendencia²⁹² en las últimas décadas es a la reiteración de la normativa legal y/o a repetir lo ya pactado en el anterior convenio, por lo que parece haber decaído, en la mayoría de los convenios colectivos, la posibilidad de aprovechar para sacar rédito a la oportunidad legal de mejorar las condiciones de seguridad y salud en las que los trabajadores prestan sus servicios. Tal vez, se pueda justificar esta situación, por un lado, por la complejidad del tema debido a la heterogeneidad de situaciones y contextos, y por otro lado, por la preferencia legal por el reglamento como norma para el desarrollo de su articulado.

2. La regulación de las condiciones de seguridad y salud laboral en la negociación colectiva

Como punto de partida conviene recordar algunos aspectos que vienen recogidos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). Así, ya en la propia Exposición de Motivos se dispone lo siguiente *“Al insertarse esta Ley en el ámbito específico de las relaciones laborales, se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica. En este aspecto, la Ley y sus normas reglamentarias constituyen legislación laboral, conforme al artículo 149.1.7.ª de la Constitución”*.

A continuación, en el punto 5 de la Exposición de Motivos se contempla

²⁹¹ De conformidad con la *Guía de la Negociación Colectiva 2016*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, p. 125, “Para negociar las materias relativas a la prevención de riesgos laborales, es preciso utilizar la negociación colectiva estatutaria, no siendo posible, según la jurisprudencia, utilizar los convenios colectivos extraestatutarios por su eficacia personal limitada”.

²⁹² Tendencia que viene refrendada en el Informe Durán “el tratamiento que da la negociación colectiva a esta materia no refleja, ni cuantitativa ni cualitativamente, su importancia objetiva, tanto en lo relativo a los bienes jurídicamente protegidos cuanto al interés manifestado en este ámbito por los agentes sociales, y muy especialmente, por los sindicatos”. Durán, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, 2001, p. 221.

lo siguiente: “El capítulo V regula, de forma detallada, los derechos de consulta y participación de los trabajadores en relación con las cuestiones que afectan a la seguridad y salud en el trabajo. Partiendo del sistema de representación colectiva vigente en nuestro país, la Ley atribuye a los denominados Delegados de Prevención²⁹³—elegidos por y entre los representantes del personal en el ámbito de los respectivos órganos de representación— el ejercicio de las funciones especializadas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, otorgándoles para ello las competencias, facultades y garantías necesarias. Junto a ello, el Comité de Seguridad y Salud, continuando la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral, se configura como el órgano de encuentro entre dichos representantes y el empresario para el desarrollo de una participación equilibrada en materia de prevención de riesgos.

Todo ello sin perjuicio de las posibilidades que otorga la Ley a la negociación colectiva para articular de manera diferente los instrumentos de participación de los trabajadores, incluso desde el establecimiento de ámbitos de actuación distintos a los propios del centro de trabajo, recogiendo con ello diferentes experiencias positivas de regulación convencional cuya vigencia, plenamente compatible con los objetivos de la Ley, se salvaguarda a través de la disposición transitoria de ésta”.

Ya en el articulado de esta Ley, en concreto, en el artículo 2.2 se dispone que “Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”, por lo tanto, todo lo regulado en esta Ley y en sus reglamentos de desarrollo que se refiera a las obligaciones del empresario y de los trabajadores en materia de seguridad y salud puede ser objeto de negociación colectiva, siempre y cuando se respeten los mínimos legales y reglamentarios, que podrán ser mejorados en beneficio de los trabajadores, entre otros, podrán ser objeto de negociación los derechos de información, formación, consulta y participación.

A la contra, no todo lo que viene regulado en la LPRL puede ser objeto de negociación colectiva, existen límites. Así, no podrán ser objeto de negociación colectiva por ejemplo, todo lo relativo a las instituciones públicas (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, etc.), ni tampoco

²⁹³ Maldonado, J.A., “Contenido normativo de los convenios colectivos: aspectos novedosos”, en AA.VV, Monereo, J.L. y Moreno, M.N. (dirs.), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 473.

lo regulado en el Capítulo Séptimo de la Ley relativo al régimen de responsabilidades y sanciones penales, administrativas, de recargo de prestaciones y civiles por incumplimiento de las normas preventivas.

En suma, con el fin de ser mejoradas pueden ser objeto de negociación colectiva las materias reguladas en los Capítulos tercero, cuarto y quinto de la Ley sobre los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores, los sistemas de prevención y la consulta y participación de los trabajadores, respectivamente.

No todas las materias tienen igual tratamiento, algunas presentan el carácter de mínimo y, por tanto, la Ley ejerce un papel de derecho imperativo mínimo para ser mejorado por la negociación colectiva. Mientras tanto, en otras ocasiones algunos artículos de la LPRL pueden ser objeto de negociación con total y absoluta libertad para las partes teniendo el carácter de normas dispositivas y, por tanto, sólo aplicables en defecto de pacto colectivo en contrario, por ejemplo, es el caso de los sistemas de designación o de la creación de órganos específicos (delegados territoriales o sectoriales).

También, la disposición adicional séptima del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se regulan los servicios de prevención señala que los convenios colectivos o los acuerdos interprofesionales sobre materias concretas del Artículo 83.3 ET podrán establecer²⁹⁴:

-Criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios. A través del convenio colectivo podría especificarse el número de sujetos que formarán el servicio de prevención, las especialidades preventivas que gestionará y la formación de los miembros que lo integrarán.

-Criterios para la determinación del número de trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades de prevención, del tiempo y de los medios a disponer para el empresario de su actividad.

-Criterios en materia de planificación de la actividad preventiva.

-Criterios para la formación en materia de preventiva de los trabajadores y de los delegados de prevención.

Además de este breve repaso a las referencias normativas, se han aprobado en los últimos años diferentes Estrategias de Seguridad y Salud de distintos ámbitos geográficos (Europea, Española, Comunidades Autónomas...) que tienen un fin común, mejorar las condiciones de

²⁹⁴ *Guía de la Negociación Colectiva 2016*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, pp. 123.
http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/cncc/B_Actaciones/Guia/GUIA_NC__2016.pdf

seguridad y salud de los trabajadores²⁹⁵. Cada Estrategia está elaborada para abarcar un periodo de tiempo de varios años (la última corresponde al periodo 2015-2020) y van acompañadas de un Plan de Acción donde se detallan las medidas a adoptar para la consecución de los objetivos establecidos en las estrategias.

3. Propuesta de posibles aspectos a incluir en el contenido de los convenios colectivos desde una perspectiva de concepción amplia del concepto de seguridad y salud de los trabajadores

Nos encontramos en un contexto en el que todavía cada día siguen muriendo personas y otras muchas están enfermas por causas relacionadas con el trabajo, en el que cambian rápidamente las condiciones en las que se presta el trabajo (centros de trabajo más “difuminados”, nuevas tecnologías, nuevas formas de producir, cambios en el tiempo de trabajo, nuevas relaciones sociales, etc.). Todo ello da lugar a nuevos riesgos emergentes que no han sido contemplados por el sistema que rodea a la empresa en materia de prevención, bien porque no han sido detectados esos nuevos riesgos, bien porque el proceso requiere un tiempo de adaptación. Sin embargo, los riesgos no conocen la palabra “espera” y en cualquier momento pueden dañar la salud del trabajador. Por eso, en esta materia se reivindica la reserva de un lugar privilegiado para ser ocupado por la negociación colectiva, en aras a facilitar el cambio. En definitiva, la negociación colectiva cobra un papel importante en todo el sistema porque puede ser un valioso instrumento de adaptabilidad y porque puede permitir la adecuación de la estructura desplegada por la empresa para proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

En mi opinión, una de las claves del éxito para conseguir un buen sistema de prevención de riesgos laborales dentro de la empresa está en tener una estructura de medios personales y materiales en la que todas las piezas crean en la prevención y confíen en que un buen sistema de PRL redundará positivamente en el resto del sistema que forma empresa, es decir, la clave está en conseguir una implicación global de empresarios y trabajadores. Para ello, se debe concienciar a directivos y trabajadores de los mejores resultados que puede alcanzar la empresa, de manera que si

²⁹⁵ Vid. Portal web del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (enlace a Estrategias)

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=de7991ef3e065410VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

invierte en prevención conseguirá mejorar la productividad, mejorar la eficacia de sus recursos y unos trabajadores más satisfechos y más seguros en su trabajo²⁹⁶.

La empresa, entendida como un conjunto de medios materiales y humanos puestos a disposición del empresario para alcanzar un fin (producir bienes y servicios para el mercado), necesita de ciertas herramientas para conseguir sus objetivos. Una de estas herramientas puede ser la negociación colectiva, pues le va a permitir al empresario la interlocución con los trabajadores de manera que pueda conocer mejor su posición y sus necesidades.

Dentro de la empresa se pueden producir ciertos cambios que pueden alterar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores:

- Cambios relacionados con los medios materiales, esto es, con los equipos de trabajo, bien producidos por las nuevas tecnologías, bien por la sustitución o introducción de nuevos equipos de trabajo.

- Cambios en los factores relacionados con la forma de producir y con los medios humanos. A su vez, estos se podrían dividir en:

- 1) Dentro de la organización interna de la empresa:

- Cambios en la organización del tiempo de trabajo (horario, jornada, otros);

- Duración y tipos de contrato de trabajo (contratación temporal²⁹⁷ e indefinida);

- Cambios en la atribución de funciones y tareas (movilidad funcional en la empresa);

- Cambios de centro de trabajo (movilidad geográfica);

- Modificación sustancial de las condiciones de trabajo;

- Cambios en el clima social y en las relaciones sociales con los

²⁹⁶ Un ejemplo de ello es el estudio presentado por el Grupo Mahou-San Miguel sobre “Valoración Socioeconómica del Programa de Actividad Física para los trabajadores de Mahou-San Miguel”, realizado por el Consejo Superior de Deportes (CSD). Esta institución ha analizado las actividades pioneras que, para promover un estilo de vida saludable entre sus trabajadores, lleva realizando el grupo cervecero desde hace más de una década. Entre otras conclusiones, destaca que las mismas, además de ser muy beneficiosas para los empleados al contribuir a mejorar su salud, autoestima, satisfacción personal, conciliación y ahorro económico, son muy rentables para la empresa pues implican una disminución de bajas laborales, un incremento de la productividad y una mejora de su reputación. Según el CSD, el estudio debería ser el punto de arranque de otras investigaciones en el sector y de experiencias piloto en más empresas españolas.

<http://www.csd.gob.es/csd/documentacion/01GabPr/Novedades/vida-saludable-mayor-rendimiento-en-la-empresa-estudio-csd-mahou-san-miguel/view>

²⁹⁷ Sobre la temporalidad se recomienda la lectura de Valdés, F. y Lahera, J., “Crónica jurídica de la temporalidad en España: la persistencia del empleo precario”, en AA.VV., *Hacia un cambio de modelo productivo*, Madrid, 2011, Ed.Cinca, pp. 185 a 207.

compañeros;

2) Dentro de los recursos externos a la empresa:

- Contratas y subcontratas²⁹⁸;
- Trabajadores autónomos²⁹⁹;
- Movimientos de reestructuración de las empresas³⁰⁰;
- Cambios relacionados con otros factores, en ocasiones, ajenos a la voluntad de la empresa. Por ejemplo: temperatura, humedad, concentraciones de polvo, cantidad de luz, envejecimiento del edificio, instalación de otras empresas alrededor, etc.

Pues bien, ante este contexto de cambios en los factores que pueden alterar la salud del trabajador, el empresario puede y debe planificar la actividad preventiva teniendo en cuenta los mismos y utilizando como nexo de unión con los trabajadores a la negociación colectiva.

En definitiva, es trascendental que funcione la comunicación en la empresa para la elaboración de un buen plan de prevención. La incorporación a los pactos y acuerdos de fórmulas de compromiso para su diseño durante la vigencia del Convenio sobre la base de la elaboración de mapas de riesgo y las evaluaciones ambientales necesarias, de la determinación de los riesgos existentes, su gravedad y extensión, de la fijación de objetivos preventivos sistemáticamente actualizables a fin de que permitan una puesta al día de forma constante, los plazos y fases de desarrollo, de las formas de intervención de los representantes de los trabajadores en su elaboración, control, evaluación y actualización serían materias sobre las que en un futuro ocuparse la negociación colectiva³⁰¹.

Como ya se ha anticipado en el primer apartado, son varios los aspectos en los que la LPRL permite a la negociación colectiva intervenir en la regulación de los mismos con el fin de adaptarlo a las circunstancias de cada sector y, en ocasiones, a cada empresa si se trata de un convenio colectivo de empresa. Así, algunos de los aspectos en los que está llamada la negociación colectiva para mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores son los siguientes:

²⁹⁸ Para profundizar sobre el tema, vid. Rivero, J. y De Val, A. (AA.VV.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El "Outsourcing"*, Navarra, 2003, Ed.Thomson Aranzadi.

²⁹⁹ Sobre el trabajador autónomo, se recomienda la lectura de Aguilar, M.C., *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Granada, 2015, Ed.Comares.

³⁰⁰ Para una información completa sobre la materia, vid. Rivero, J. y AA.VV., *La Reestructuración de Empresas. Diversificación de Técnicas y su Régimen Jurídico*, Navarra, 2008, Ed. Thomson Aranzadi.

³⁰¹ Mercader, J.R. y Muñoz, B., "El futuro de la negociación [...]", *op.cit.* p.4.

A) Vigilancia de la salud (regulado por el artículo 22 LPRL)

La vigilancia de la salud constituye un deber del empresario, por el que sufragará los gastos que conlleve de modo que, en ningún caso podrá suponer coste alguno para el trabajador ni económico ni de tiempo, puesto que el tiempo dedicado a la vigilancia de la salud se debe considerar como tiempo de trabajo.

Los resultados de dicha vigilancia forman parte de la información que va a recibir el trabajador, mientras que el empresario sólo recibirá el “apto”, “no apto” o “apto con restricciones” de cada trabajador. En este caso, los convenios pueden regular un procedimiento para llevar a cabo este proceso de información de resultados, siempre respetando la confidencialidad de los datos y los derechos de intimidad y dignidad del trabajador³⁰².

La vigilancia de la salud sólo podrá llevarse a cabo “cuando el trabajador preste su consentimiento”, por lo que, en principio, es voluntaria para el trabajador que podrá aceptar el ofrecimiento del empresario o rechazarlo. Sin embargo, los trabajadores tienen el deber de “cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores”. A este respecto, algunos convenios han regulado las posibles sanciones en el caso de que el trabajador se niegue a cooperar con el empresario y, por tanto, no se realice el reconocimiento médico. Otros convenios contemplan la realización del reconocimiento médico como un requisito previo para ser contratado, por lo que se convierte en obligatorio.

Algunos convenios recogen el tipo de pruebas médicas que se deben realizar, en mi opinión, debería prevalecer el criterio médico en caso de no estar de acuerdo con el convenio en llevar a cabo una determinada prueba.

B) Formación de los trabajadores

La ambigüedad de la LPRL en la regulación del este derecho del trabajador “suficiente y adecuada” debe ser aprovechada por la negociación colectiva para que efectivamente se cumpla lo dispuesto en la Ley³⁰³, es decir, que “La formación deberá estar centrada específicamente en el

³⁰² Sobre esta cuestión vid. García, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de las bajas médicas. Comentario de STC 202/1999, de 8 de noviembre”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 13, 2000, pp. 13 a 31.

³⁰³ Según lo dispuesto en el artículo 19 LPRL “el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo (...)”.

puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario”.

C) Participación de los trabajadores

Dentro de la participación de los trabajadores es importante que la empresa tenga una transparente y fluida política de comunicación interna, de manera que se facilite la participación de los trabajadores no sólo a través de sus representantes, sino que también pueda haber comunicación tanto horizontal como vertical.

D) Información y consulta a los trabajadores

Además de la información que el empresario está obligado a transmitir a los trabajadores³⁰⁴ (por ejemplo de los riesgos a los que está expuesto o de las medidas preventivas a adoptar) y más allá de la consulta en determinados aspectos a los que está obligado el empresario a tratar con los trabajadores a través de sus representantes (por ejemplo, para la introducción de un nuevo equipo de trabajo), resulta fundamental que la empresa tenga una política de comunicación interna definida y con objetivos concretos que incluyan los temas de salud.

E) Promoción de la salud

En una concepción más amplia del concepto de salud, tanto física como mental, algunas empresas han tomado la iniciativa de aportar a los trabajadores algo más que lo estrictamente obligatorio (ej. Reconocimiento médico) y van más allá intentando promover, verdaderamente, la salud del trabajador. Así ofrecen, por ejemplo: servicios médicos, soporte financiero, capacitación, deporte, flexibilidad de horarios, (...), es decir, ofrecen la posibilidad al trabajador de tener un estilo de vida saludable³⁰⁵.

Dentro de la promoción de la salud, algunas empresas se comprometen a negociar con distintas clínicas especializadas en servicios dentales, ópticos, podológicos y de operaciones oculares láser, precios especiales para empleados/as³⁰⁶.

Al hilo de esto, algunas empresas se implican en la promoción de la salud incluyendo aspectos relacionados con el género, por la presencia mayoritaria en determinados puestos de uno de los dos sexos y la mayor frecuencia en el número de accidentes, de manera que se contemplan algunas pruebas específicas en la vigilancia de la salud para evitar esas

³⁰⁴ Vid. Artículo 18 LPRL

³⁰⁵ Es el caso de algunos Convenios Colectivos como por ejemplo: VII Convenio Colectivo de BP Oil España, SAU (BOE 22-08-2014), Ford-España, S.L. (BOE 30-05-2014).

³⁰⁶ Vid. Convenio Colectivo de Mahou, SA (BOE 22-11-2013).

lesiones³⁰⁷.

Con el fin de mejorar el clima laboral y de que los empleados puedan desempeñar mejor su trabajo, otra medida que también introducen algunos convenios es la posibilidad de ofrecer al empleado el asesoramiento confidencial y profesional para ayudarle a resolver sus problemas personales y profesionales. De esta manera, la empresa consigue un mejor control de los riesgos psicosociales³⁰⁸ asociado a una intervención profesional sobre los mismos. Así, se debe prestar especial atención a este tipo de riesgos pues, en todo caso, deben formar parte de la evaluación de riesgos de la empresa. En bastantes situaciones, estos riesgos están asociados a medidas de carácter organizativo de las que ya hemos hablado, a problemas de comunicación, a conflictos con otros trabajadores, etc.

En definitiva, se trataría de conseguir lo que la Organización Mundial de la Salud (Healthy Companies) y la Red Europea de Promoción de la Salud en el Puesto de Trabajo han denominado como “empresa saludable”, es decir, aquella empresa en la que trabajadores y directivos colaboran en utilizar un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, seguridad y bienestar de los empleados y la sustentabilidad del espacio de trabajo. Por lo tanto, en este tipo de “empresa saludable” no sólo se protege sino que también se promueve la salud. Este concepto supone un paso más en la prevención de riesgos laborales en la medida que aporta un enfoque renovador a las líneas de actuación llevadas a cabo normalmente en el campo de la seguridad y salud laboral. Se trata de favorecer actuaciones que van más allá del ya clásico tratamiento del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, incorporando una visión más integral de la salud del trabajador³⁰⁹. En definitiva, el objetivo es que el lugar de trabajo contribuya a la mejora de la calidad de vida de los trabajadores, identificando y evaluando factores de riesgo que puedan afectar a la salud de cualquier individuo con independencia de su condición de trabajador, esto es, se consideran también los factores externos que estén

³⁰⁷ Vid. V Convenio Colectivo de supermercados del Grupo Eroski (BOE 30-05-2013).

³⁰⁸ Uno de los riesgos psicosociales recogido expresamente en el XXIII Convenio Colectivo del sector de la Banca (BOE 15-06-2016) es el riesgo de atraco. Así, el artículo 57 establece “El riesgo de atraco en cuanto que se trata de un riesgo laboral presente en nuestras entidades debe ser prevenido, y por tanto incluido en el Plan de Prevención, impartiendo a los trabajadores los oportunos cursos de formación. Especialmente se facilitará, desde el momento en que se sufra un atraco, el apoyo y seguimiento médico-psicológico a todas aquellas personas víctimas del atraco”.

³⁰⁹ Muñoz, A.B., “Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Información Laboral*, n. 8, 2014, pp. 1.

relacionados con los hábitos personales y actividades extra-laborales³¹⁰.

Éste podría ser uno de los principales objetivos a alcanzar por cualquier empresa en su Plan de Acción, esto es, conseguir ser una “empresa saludable”. Si esto es así, dicha empresa podrá lograr la acreditación de AENOR como empresa saludable o bien ser incluida en la lista de entidades destacadas en materia de promoción de la salud elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

A su vez, este concepto de “empresa saludable” entronca con el otro, el de Empresa socialmente responsable. De manera que la Política de Responsabilidad Social Corporativa instaurada en las empresas contribuye también al mismo fin. Así, algunos convenios³¹¹ declaran seguir una Política de Responsabilidad Social Corporativa a través del desarrollo de un marco favorable de relaciones laborales basado en la igualdad de oportunidades, la no discriminación y el respeto a la diversidad, promoviendo un entorno seguro y saludable y facilitando la comunicación con el equipo humano.

Otro eje sobre el que se puede sustentar una concepción amplia del concepto de seguridad y salud de los trabajadores enlaza con el cuidado del medio ambiente. Así, la defensa de la salud en los lugares de trabajo no puede ser eficaz, si al mismo tiempo no se asume la responsabilidad propia en relación con la gestión de la repercusión medio ambiental de las

³¹⁰ Tal y como afirma Muñoz, A.B., “Empresa saludable [...]”, *op.cit.* Los fundamentos de las políticas saludables se explican a partir de la conexión establecida entre el estilo de vida del trabajador y la incidencia de numerosas enfermedades crónicas en tanto que algunos hábitos tales como el consumo de tabaco, las dietas pobres, la adopción de un comportamiento sedentario, afectan negativamente a la salud de las personas. El Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 (BOE 03-07-2015) recoge en su artículo 55 lo siguiente: “El consumo de drogas legales e ilegales implica problemas de salud con repercusiones individuales y colectivas. El inicio o incremento del consumo de drogas en el medio laboral viene en muchos casos determinado por condiciones de paro, precariedad o malas condiciones de trabajo. De ahí que se estime conveniente incluir en este convenio, con la excepción de lo concerniente al consumo de tabaco para lo que se estará a lo dispuesto en la normativa legal específica, el siguiente plan integral de propuestas, en su vertiente preventiva, asistencial, reinsertiva, participativa, no sancionadora, voluntaria y planificada (...)”. En esta línea, se aprecia también por los Tribunales esta conexión entre los hábitos extralaborales y, en este caso, la indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional apreciada por el TSJ en Sentencia n. 3198/2016 de 20 de mayo, en la que se considera el abono procedente, por fallecimiento a causa de las lesiones pulmonares, habiendo estado expuesto a la inhalación de amianto. En la determinación de la cuantía indemnizatoria el Tribunal considera que procede una reducción del 20% de la establecida en el baremo, debido al hábito tabáquico como factor corresponsable en la producción de las lesiones.

³¹¹ Vid. V Convenio Colectivo de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 06-06-2016).

actividades laborales y no abarca la defensa del medio ambiente. Por consiguiente hay que evaluar y prevenir las condiciones en las que se desarrolla el trabajo y también las repercusiones del mismo sobre este³¹².

Esta responsabilidad exige que las empresas establezcan y pongan en práctica políticas, objetivos y programas en materia de medio ambiente y sistemas eficaces de gestión medio ambiental, por lo que deberá adoptarse una política en este sentido que contemple el cumplimiento de todos los requisitos normativos correspondientes, así como las responsabilidades derivadas de la acción empresarial en materia de medio ambiente³¹³.

Además de estas propuestas, conviene resaltar algunos problemas a los que se enfrenta la negociación colectiva y que, sin el propósito de ser exhaustivos, se recogen a continuación:

- Demostrar que la prevención es rentable
- Demostrar que la negociación colectiva puede ser una forma de solucionar con agilidad los conflictos
- Evitar la trascripción legal
- Evitar redacciones muy generales
- Homogeneizar la terminología
- Capacitación de las partes negociadoras

Dotar de tiempo suficiente para llevar a cabo las labores relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

4. Consecuencias para el trabajador de un posible empeoramiento de las condiciones de seguridad y salud. Plan de acción

Existe una relación directa entre el grado de implicación de los empresarios y trabajadores y los niveles de seguridad y salud en las empresas. A mayor implicación, mejores condiciones de trabajo, por lo que el fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales, reforzando el diálogo social y la negociación colectiva, es fundamental para conseguir unos lugares de trabajo seguros y saludables³¹⁴.

³¹² Vid. Artículo 57 del Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 (BOE 03-07-2015).

³¹³ Se recomienda la lectura de Molina, C. y García, M., “La negociación colectiva y nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental”, en AA.VV., Molina, C. (coord), *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato*, Sevilla, 2006, UGT-Andalucía, pp. 717-718.

³¹⁴ Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, pp. 33.

<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST>

A la inversa, resulta evidente que un empeoramiento de las condiciones de seguridad y salud conlleva unas consecuencias negativas para los trabajadores. Las causas de ese empeoramiento pueden ser de diversa índole, lo más probable es que no sea una sola causa, pero en todo caso, los trabajadores pueden verse negativamente afectados, bien porque aparezcan nuevos riesgos, por un aumento en las probabilidades de que se materialice alguno de ellos o bien porque la severidad del daño que ese riesgo pueda causar en la salud del trabajador sea mayor.

Tanto la probabilidad del riesgo como la severidad del daño son los dos factores clásicos a tener en cuenta en la estimación de la magnitud de los riesgos a los que puede estar expuesto el trabajador en su puesto de trabajo. En esta evaluación se valoran las condiciones de trabajo y para ello se tienen en cuenta distintos condicionantes (agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, organizativos, etc.) para poder determinar cuáles son los riesgos a los que está expuesto cada trabajador. En este caso, cobran especial protagonismo los factores organizativos, puesto que la negociación colectiva puede ocupar un papel relevante en su prevención, en la medida en que puede contribuir a mejorar las condiciones de seguridad y salud, que es el objetivo principal.

La negociación colectiva debería incorporar un sistema por el que se pudiera dar curso a las denuncias y/o peticiones de los trabajadores sobre cualquier inquietud que pudiera surgir dentro de la empresa.

En esta línea, como ideas para la reflexión y, si es posible, para ser incorporadas a la negociación colectiva, la propia Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo³¹⁵ incluye en su objetivo 4 (Fortalecer la participación de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo) una serie de medidas y líneas de actuación que tienen que ver con la negociación colectiva, por ejemplo:

- “Reforzar el papel de los órganos consultivos y de participación institucional en materia de prevención de riesgos laborales. (...)
- Potenciar la negociación colectiva para alcanzar acuerdos que promuevan la integración de la prevención de riesgos laborales en las empresas y la implicación de los trabajadores y empresarios en el cumplimiento responsable de sus obligaciones preventivas.
- Promover la incorporación en los acuerdos de negociación colectiva co-

%2015_20.pdf

Esta medida está incluida dentro del Objetivo 4: Fortalecer la participación de los Interlocutores Sociales y la implicación de los Empresarios y Trabajadores en la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo.

³¹⁵ Vid. *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo*, pp. 74 y ss.

respondientes (a través de su Comisión de Seguimiento) de criterios y orientaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

- Fortalecer el compromiso del trabajador y el empresario con el cumplimiento del plan de prevención de riesgos laborales de la empresa, las actividades preventivas que se desarrollan en la empresa y sus propias obligaciones preventivas.

- Promover la integración de la prevención de riesgos laborales en las PYMES con una mayor implicación de los empresarios y trabajadores.

- Desarrollar programas sectoriales que favorezcan una mayor implicación de los empresarios, los trabajadores y sus representantes en la actividad preventiva, mediante acuerdos específicos de las partes en la Negociación Colectiva sectorial estatal, dirigidos a las PYMES, así como programas transversales.

- Favorecer el compromiso de la dirección de la empresa en la gestión de la prevención y la colaboración de los trabajadores en la actividad preventiva para lograr una gestión de la prevención integrada.

- Diseñar e implementar fórmulas de reconocimiento e incentivación a las empresas que promuevan la colaboración e implicación de los trabajadores, a través de sus representantes, en la gestión preventiva.

- Potenciar la cultura de la seguridad y de la salud en la empresa.

- Promover la formación en prevención de riesgos laborales de los delegados de prevención y mandos intermedios por su efecto dinamizador en la consolidación de la cultura preventiva.

Potenciar la sensibilización de los empresarios sobre los beneficios del liderazgo de la dirección en la mejora de las condiciones de trabajo y la importancia de una política preventiva orientada a resultados”.

5. Conclusiones

Existe una relación directa entre el grado de implicación de los empresarios y trabajadores en las labores de prevención de riesgos laborales y los resultados de la empresa. A mayor seguridad, mayor productividad de los trabajadores y, por tanto, mayores son los beneficios empresariales.

En estos últimos años, a pesar del estancamiento de algunos convenios, se han podido observar algunas cuestiones innovadoras en otros convenios colectivos cuyas partes han hecho el esfuerzo de negociar pensando por y para los trabajadores.

A pesar de todo, los esfuerzos deben continuar, mientras muera un solo trabajador no se pueden dar por finalizados. Es una tarea que requiere una

continua revisión, pues al cambiar las circunstancias se corre el riesgo del desfase.

Las empresas deben aunar esfuerzos y aunar políticas, de manera que la prevención de riesgos laborales, la responsabilidad social corporativa, los sellos de calidad, la política de medio ambiente, los planes de igualdad y cualesquiera otras acciones que pueda llevar a cabo la empresa, vayan de la mano hacia un único fin, prevenir, preservar y garantizar la seguridad y salud tanto de los trabajadores, como del resto de personas o del entorno del centro de trabajo con los que puedan relacionarse, tanto la empresa como los trabajadores que la integran.

6. Bibliografía

- Aguilar, M.C., *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Granada, 2015, Ed. Comares.
- Amaadachou, F., “Balance general sobre algunas de las principales materias que integran el contenido del convenio normativo del convenio colectivo estatutario (Parte 2ª)”, *Revista Información Laboral*, n. 3, 2016, pp. 12.
- Durán, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, 2001, pp. 221.
- Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo*, pp. 74 y ss.
- García, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de las bajas médicas. Comentario de STC 202/1999, de 8 de noviembre”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 13, 2000, pp. 13 a 31.
- http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/B_Actuaciones/Guia/GUIA_NC_2016.pdf
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *Guía de la Negociación Colectiva 2016*, pp. 123 y ss.
- Maldonado, J.A., “Contenido normativo de los convenios colectivos: aspectos novedosos”, en AA.VV., Monereo, J.L. y Moreno, M.N. (dirs), *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Navarra, 2013, Ed. Aranzadi, pp. 473.
- Mercader, J.R. y Muñoz, B., “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 14, 2002, pp.1.
- Molina, C. y García, M., “La negociación colectiva y nuevas dimensiones de la prevención de riesgos: riesgos emergentes, cuestiones de género y dimensión ambiental externa. Los acuerdos de calidad de clima y los acuerdos de gestión ambiental”, en VVAA, Molina, C. (coord), *Estrategias sindicales y*

contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI: presente y futuro inmediato, Sevilla, 2006, UGT-Andalucía, pp. 717-718.

Muñoz, A.B., “Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Información Laboral*, n. 8, 2014, pp. 1.

Rivero, J. y De Val, A. (AA.VV.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing”*, Navarra, 2003, Ed. Thomson Aranzadi.

Rivero, J. y AA.VV., *La Reestructuración de Empresas. Diversificación de Técnicas y su Régimen Jurídico*, Navarra, 2008, Ed. Thomson Aranzadi.

Valdés, F. y Lahera, J., “Crónica jurídica de la temporalidad en España: la persistencia del empleo precario”, en AA.VV., *Hacia un cambio de modelo productivo*, Madrid, 2011, Ed. Cinca, pp. 185 a 207.

Web sites

Portal web del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (enlace a Estrategias)

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=de7991ef3e065410VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

El poder disciplinario del empleador, por Raúl Fernández Toledo *Una reseña*

El profesor Raúl Fernández Toledo ha publicado recientemente una monografía jurídica titulada de manera lacónica y severamente precisa: *“El poder disciplinario del empleador”*. Esta monografía viene a concluir y a engrosar considerablemente un largo trayecto de investigación recorrido por el autor a través de la publicación de variados artículos sobre un tema de relevancia jurídica³¹⁶ que prácticamente no había sido abordado en la doctrina nacional³¹⁷ con el rigor científico y sistematicidad desarrollada por

³¹⁶ Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, julio 2015, n. 44, pp. 423-460; Fernández Toledo, R., “Poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la falta laboral cometida por el trabajador dependiente”, *Ius et Praxis*, 2015, vol. 21, n.2, pp. 267-316; Fernández Toledo, R., Precisiones sobre el poder disciplinario del empleador, *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 6, n. 11, 2015, pp. 37-67; Fernández Toledo, R., “Límites del Poder Disciplinario del Empleador. Principios *Non Bis in Idem* y de Proporcionalidad en la Imposición de Sanciones Laborales (Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 8 de mayo de 2013, RIT O– 349-2013”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 4, n. 8, 2013, pp. 167-175; Fernández Toledo, R., “La inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario empresarial: perdón de la causal (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de agosto de 2013, Rol Reforma Laboral N° 220-2013, causa “Empresa Eca Picha S.A. con Yasmín Tapia Carvajal””, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 243-258.

³¹⁷ Los estudios del profesor chileno don Pedro Irureta también han versado sobre un análisis de las causales de despido disciplinario: Irureta Uriarte, P., “Efectos extintivos de un contrato de trabajo derivados de la ejecución de actos, omisiones o imprudencias temerarias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, julio 2015, n. 44, pp. 461-490; Irureta Uriarte, P., “La falta injustificada o sin aviso previo del trabajador que perturba gravemente la marcha de la empresa”, *Rev. derecho (Valdivia)*, junio 2016, vol. 29, n. 1, pp. 77-89; Irureta Uriarte, P., “Las inasistencias al trabajo como

el autor.

El texto del profesor Fernández otorga herramientas para afrontar un enfoque jurídico dogmático sobre el ejercicio del poder disciplinario del empleador, que ha sido definido por Rojas Miño como “la potestad que el ordenamiento jurídico laboral entrega al empleador con el objeto de mantener una disciplina y orden tal que permita el adecuado funcionamiento de la actividad laboral”³¹⁸.

El título escogido por el autor aparece, en una primera lectura, como una nominación excesivamente amplia, pues bajo tal enunciación un lector lego pudiese esperar encontrar referencias al ejercicio abusivo del poder empresarial, a descripciones históricas, sociológicas o hasta psicológicas sobre el ejercicio de uno de los poderes (o de las esferas de poder) que ha de ejercer el empleador o patrón en la relación de trabajo, cual es el poder disciplinario, sin embargo dichas expectativas no han de cumplirse en el contenido del presente texto, pues precisamente éste pretende desarrollar una exposición eminentemente jurídica. Los estudios sobre el “azote, salario y ley”³¹⁹, podemos encontrarlos en investigaciones de carácter histórico o sociológico o psicológico³²⁰, sin embargo, la pretensión del presente texto es de otorgar herramientas netamente jurídicas para afrontar la delimitación de los poderes del empleador en su dimensión disciplinaria.

Sin perjuicio de lo anterior, el título, tal como hemos señalado previamente, resulta sumamente preciso y acertado, contrario a lo que algunos interlocutores puedan creer³²¹, pues en la exposición que atraviesa los cinco capítulos del texto la orientación garantista tiene como eje central de análisis la relación de poder que define estructuralmente la relación laboral, y en particular, al agente que materialmente resulta empoderado, ante otro, que por definición típica, resulta siempre

causa de terminación del contrato”, *Rev. derecho* (Valdivia), diciembre 2013, vol. 26, n. 2, pp. 39-65; Irureta Uriarte, P., “El estándar normativo de la injuria laboral”, *Rev. derecho* (Valdivia), diciembre 2012, vol. 25, n. 2, pp. 83-109; Irureta Uriarte, P., La ejecución de actos dañosos como fundamento de extinción del contrato de trabajo, *RDUCN*, 2013, vol. 20, n. 2, pp. 147-173.

³¹⁸ Rojas Miño, I., *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, p. 295.

³¹⁹ Illanes, M.A., “Azote, salario y ley. Disciplinamiento de la mano de obra en la minería de atacama (1817-1850)”, *Proposiciones*, n. 19, Santiago, 1990

³²⁰ Soto, Á., *Flexibilidad Laboral y Subjetividades: Hacia una Comprensión Psicosocial del Empleo Contemporáneo*, ed. Santiago: LOM Ediciones; Universidad Alberto Hurtado, 2008.- 344 p.

³²¹ Lizama Portal, L., Fernández Toledo, R., El poder disciplinario del empleador, Santiago, *Revista Chilena De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, Thomson Reuters, vol. 7, n. 13, 2016, pp. 201-203.

subordinado.

El texto acierta en no circunscribir su desarrollo a las categorías relacionales elaboradas por Hohfeld³²², que permitirían orientar el análisis del fenómeno en cuestión desde las categorías correlativas de “potestad” y “sujeción”. Dicho esquema no satisface con propiedad las diferencias ontológicas existentes entre Estado y ciudadano (o persona individual), por un lado; y empleador y trabajador, por otro. Precisamente lo que supone dicha aseveración es que la posición del empleador ante el trabajador equivale a la del Estado ante el individuo, o en otras palabras, que el poder del que se supone titular el Estado sería equivalente al poder del empleador. Aquello evidencia nuevamente que, para suponer que el trabajador se encuentra en una posición de sujeción ante el empleador, tal como el individuo se encuentra sujeto a las decisiones estatales, hemos previamente de calificar la entidad del *poder* (eventualmente calificable jurídicamente) que se ejerce en uno u otro caso. Por lo mismo es acertado el uso de la expresión “poder” en el título de la monografía, pues precisamente el contenido del libro expone la regulación de dicho poder³²³, sin que sea necesario, en principio, identificarlo en su entidad con el poder estatal (sin perjuicio de que el profesor Fernández suele extrapolar garantías individuales oponibles al ejercicio del poder estatal, a las situaciones de ejercicio del poder disciplinario del empleador).

La obra del profesor Fernández se divide en cinco capítulos, titulados respectivamente (I) Fundamento y naturaleza del poder disciplinario empresarial; (II) Configuración jurídica de la falta laboral cometida por el trabajador dependiente; (III) La sanción disciplinaria. Configuración jurídica de la sanción que puede imponer el empleador al trabajador dependiente; (IV) El procedimiento previo a la imposición de sanciones disciplinarias y las formalidades de comunicación de las sanciones disciplinarias y (V) El control del ejercicio del poder disciplinario por órganos del Estado.

En el primer capítulo aborda el tratamiento doctrinario que se le ha otorgado al poder disciplinario tanto en sus fundamentos jurídicos como en su comprensión dinámica. En ese sentido expone y diferencia de manera clara los diferentes estancos que podrían otorgar fundamento jurídico al poder disciplinario, y señala bajo su comprensión que “la concepción que parece más acertada como fundamento del poder

³²² Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*. (trad. Genaro Carrió, México, Distribuciones Fontamara, tercera edición, 1995 pp. 45 y ss.

³²³ Recordemos que los actos jurídicos desplegados como potestades están sujetos a un régimen regulatorio específico como ocurre en el caso del derecho administrativo sancionador, por ejemplo.

disciplinario es la que sostiene que el mismo haya su fundamento mediato en la ley e inmediato en el contrato de trabajo³²⁴. Por otro lado, en cuanto a su naturaleza, distingue el autor claramente entre una comprensión autotutelar del poder disciplinario y una comprensión del mismo como derecho potestativo.

En el segundo, tercer y cuarto capítulo el profesor Fernández desarrolla un análisis del poder disciplinario y su dinámica desde una perspectiva dogmática que implícitamente, para fines garantistas, asimila el ejercicio del poder disciplinario del empleador con los poderes estatales ejercidos en contra de los particulares, y en particular, de lo que se ha denominado derecho administrativo sancionador.

En el desarrollo de su monografía el profesor Fernández analiza el poder disciplinario como un poder sujeto a los principios de legalidad y tipicidad, más allá de que por momentos confusamente pretende sostener simultáneamente que se trataría de un acto de autotutela, pero sujeto a legalidad imperante. En ese sentido señala por ejemplo que “el poder disciplinario constituye un acto de autotutela privada, el reconocimiento de la posibilidad concreta de aplicar por el empleador una sanción a sus trabajadores por transgresión a la disciplina laboral ha de provenir de la ley o de una fuente que se remita a la ley³²⁵”.

El profesor Fernández analiza los diversos elementos del tipo sancionatorio que autorizaría al empleador (un particular) a aplicar las medidas disciplinarias (que deben sujetarse al principio de tipicidad, modalizado a la propia dinámica potestativa de la que sería titular el empleador). Para dichos efectos el autor analiza y delimita el concepto de falta laboral, carente de descripción legal auténtica, sosteniendo a lo largo de sus páginas que a lo menos como elemento definitorio es posible señalar, entre otros aspectos, que el operador jurídico que persiga su constatación concreta ha de sujetar su juicio a determinados principios (dentro de los cuales obviamente se encuentra el principio de tipicidad) y la sanción disciplinaria, que al igual que el ejercicio del derecho administrativo sancionador, o el denominado ejercicio general del *ius puniendi* estatal, ha de sujetarse a determinados requisitos de juridicidad. Así, en el ejercicio del poder disciplinario del empleador, a efectos de determinar su juridicidad, hay que analizar una cadena de análisis del sistema de fuentes análoga a la que está sujeta el Estado. Éste último, al ejercer el *ius puniendi* estatal (tanto en de descripción del tipo

³²⁴ Fernández Toledo, R., *El poder disciplinario del empleador*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 23

³²⁵ Fernández Toledo, R., *El poder disciplinario del empleador*. Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 60.

sancionatorio como de la consecuencia jurídica perniciosa) ha de estar a lo que señale la ley, pues a su vez, la legitimidad del despliegue de su actividad la otorga la Constitución, que sujeta su ejercicio al principio de juridicidad (artículos 6° y 7° de la Constitución Política³²⁶).

Si tal como lo pretende realizar el profesor Fernández pretendemos volcar a sede laboral la lógica potestativa del Estado sancionador, el primer escollo que se nos presenta es el análisis claro del sistema de fuentes que ha de legitimar la sanción en sí, y la sancionabilidad de una determinada conducta. En ese sentido, el símil sería el siguiente: tal como el Estado actúa legitimado en último término en la constitución y en conformidad a lo que señale la ley, tanto en las medidas, conductas sancionables como procedimentalmente, el empleador por su parte, ha de actuar sólo teniendo como fuente su “poder” disciplinario en la ley, en conformidad, ya no a lo que señale la propia ley, sino que lo que él mismo disponga unilateralmente en el respectivo Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad (que obviamente ha de dictarse en conformidad a lo dispuesto por la ley, que le servirá por tanto sólo como fuente mediata) o eventualmente en la ley. Desde un punto de vista garantista la pretensión del autor puede enfrentar un conflicto inicial irreconciliable: en el caso del ejercicio del ius puniendi estatal el fundamento último de legitimidad de actuación lo otorga el constituyente en el texto constitucional, y la sancionabilidad de determinadas conductas, la modalidad sancionatoria aplicable y la regulación del correspondiente proceso de aplicación de sanciones no quedan entregados al arbitrio absoluto del agente estatal respectivo, sino que ante todo, y conforme al principio democrático han sido los propios ciudadanos los que le han determinado y terminan por vincular positivamente al Estado; mientras que en el caso del empleador la determinación concreta de sancionabilidad de determinadas conductas, y las modalidades de amonestación escrita o verbal (en cuanto a su contenido), o el ejercicio de la medida disciplinaria más gravosa, cual es el despido³²⁷, han quedado en su indeterminabilidad última sujetas al arbitrio del empleador. Por ello, al pretender asimilar para fines garantistas Estado y empleador, sólo cabría asemejar la posición del empleador con figuras no democráticas. Esto evidencia algo que ha aparecido de manera evidente y poco crítica en otra área, cual es: ¿a qué ciudadanía nos referimos cuando hablamos de “ciudadanía” en la empresa?³²⁸.

³²⁶ Soto Kloss, E., *Derecho Administrativo: Bases fundamentales*, Tomo II: El Principio de Juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 24.

³²⁷ Más allá de que están sujetas a un eventual control ulterior en caso de que el trabajador respectivo estime que resulta injustificada la aplicación de la respectiva causal.

³²⁸ Muñoz León, F., “Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-

Sin perjuicio de lo anterior, bajo la construcción dogmática del profesor Fernández nos enfrentamos a una estructura plenamente coherente, que otorga herramientas racionales para el análisis de la aplicación del poder disciplinario del empleador, lo que facilita su apreciación previa, y por supuesto, la ulterior. Precisamente respecto de éste último punto es el que versa el último capítulo del libro que describe la dinámica de control a posteriori del ejercicio del poder del empleador, que servirá de último escollo de control de juridicidad de la actuación del empleador. Resulta sumamente ilustrativo el análisis sobre cada una de las vías de impugnación de las medidas disciplinarias implementadas por el empleador, y otorga un nutrido set de herramientas doctrinarias para abordar ahora el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en el ejercicio de una potestad unilateral desarrollada por un particular.

Sin duda la obra del profesor Raúl Fernández de seguro ha de marcar en Chile el inicio de una serie de investigaciones en materia laboral que habrán de abordar de manera científica el problema del control, determinación y fundamento del poder disciplinario ejercido por el empleador en el contexto de la relación laboral. Estamos ante una obra que será de referencia obligatoria para todo jurista iuslaboralista.

Francisco Alberto Ruay Sáez*

político”, *RDUCN*, Coquimbo, vol. 20, n. 2, pp. 373-404, 2013.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Estudiante de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de los departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Ciencias Penales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

**Los riesgos psicosociales en el ámbito
laboral: una visión global y práctica.
Estrés laboral, síndrome del trabajador
quemado, acoso laboral y sexual y
enfermedades de súbita aparición,
por José Sánchez Pérez
*Una reseña***

La obra comentada comienza haciendo alusión al creciente protagonismo que los riesgos psicosociales han adquirido en el ámbito de las relaciones laborales en los últimos años. El libro se estructura en dos grandes bloques, por un lado, analiza los riesgos profesionales emergentes y su incidencia en las relaciones del trabajo, y por otro el proceso especial de derechos fundamentales como cauce adecuado para la articulación de demandas derivadas de dichos riesgos.

El primer bloque comienza con el tratamiento de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral. La causa de estas nuevas enfermedades profesionales son los factores psicológicos tanto intrínsecos (ritmo de trabajo, tareas monótonas, etc.) como extrínsecos (precariedad laboral, doble carga de mujeres trabajadoras, etc.) del trabajo.

El estrés laboral es el primer riesgo que trata y al que se le da mayor importancia. Sin embargo, está excluido de la tabla de enfermedades profesionales debido a su difícil diagnóstico y control.

Por su parte, el acoso laboral, también llamado *mobbing*, puede presentarse en tres variantes: horizontal, vertical ascendente y vertical descendente. Este fenómeno existe desde el comienzo de las relaciones laborales. Al igual que ocurre con el estrés laboral, su cuantificación también resulta muy difícil, en este caso es debido a los datos poco fiables que existen al respecto. El autor hace un recorrido por distintos puntos, empieza

hablando de la consideración del acoso laboral como riesgo emergente, para a continuación detenerse en el análisis a nivel conceptual de dicho fenómeno. Tras examinar múltiples definiciones, concluye que la más adecuada es la que aporta la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo³²⁹. Seguidamente hace un estudio sobre los derechos de los trabajadores afectados y los efectos y las opciones procesales para su tutela jurídica. Y, ya por último, analiza por extenso el tema de las dificultades de índole práctica para su reconocimiento como riesgo profesional.

Otro de los riesgos psicosociales estudiados en la obra comentada es el acoso sexual. El caso más típico es el de la víctima de sexo femenino agredida por un superior jerárquico de sexo masculino, aunque no siempre tiene por qué ser así. Las estadísticas demuestran que a la mayoría de los casos de acoso sexual se les resta importancia hasta llegar incluso a obviarlo. Prueba de esto lo es el hecho de que la mayoría de los convenios colectivos no prevean esta situación, a pesar de que sí lo hacen el Código Penal y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, entre otras.

Los elementos configuradores del acoso sexual son tres: la solicitud, el rechazo y la persistencia. Como norma general la carga de la prueba recae sobre la víctima, a no ser que su declaración se ajuste a unas características concretas: ausencia de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. A continuación el autor trata la responsabilidad de la empresa en los supuestos de desconocimiento del acoso llevado a cabo por un trabajador o tercero.

En ocasiones puede existir una utilización torticera de los derechos vinculados a la protección frente al acoso sexual, para explicar esto, el autor se apoya en dos sentencias, concretamente la sentencia de 20 de octubre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla³³⁰ y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, de 19 de abril de 2010³³¹.

El acoso sexual es una fuente de estrés que puede derivar en ansiedad, depresión, insomnio u otras alteraciones tanto psíquicas como físicas. Las físicas, en todo caso, serán consideradas como *“daño derivado del trabajo”*. Para finalizar este punto el autor comenta las medidas de prevención ante este riesgo psicosocial.

³²⁹ *“El acoso moral en el lugar de trabajo es un comportamiento irracional repetido, con respecto a un empleado, o a un grupo de empleados, creando un riesgo para la salud y la seguridad”*.

³³⁰ TSJ Andalucía, Sevilla, 20-10-2010, st. núm. 3554/2009 de 20 de octubre (AS/2010/111).

³³¹ TSJ Andalucía, Granada, 19-04-2010, Rec. Supl. 605/2010.

El síndrome del trabajador quemado (SQT) también denominado *burnout*, síndrome de desgaste profesional o síndrome de desgaste ocupacional, está relacionado con el estrés. La diferencia entre ambos radica en que en el estrés los síntomas remiten con el descanso, mientras que en este caso no es así. El SQT se caracteriza por tres síntomas: mentales, fisiológicos y de comportamiento. El autor estudia la causalidad del síndrome, así como los efectos del mismo. Posteriormente, hace una crítica al cuadro de enfermedades profesionales por no incluirlo y ser catalogado como accidente de trabajo en vez de como enfermedad profesional, y discrepa con quienes consideran esto correcto. Fundamenta su argumentación en que, a pesar de que es difícil diagnosticarlo, una vez hecho, la enfermedad presenta un perfil diáfano. Profundiza más en el tema haciendo un recorrido por los diferentes conceptos en que se puede encuadrar este síndrome: habla de su calificación como contingencia profesional y común, y también de la declaración de incapacidad permanente, tanto para la profesión habitual como para todo tipo de trabajo a causa del SQT. Finalmente hace alusión a las medidas aplicables en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Por último, el autor trata las enfermedades de súbita aparición y el supuesto concreto de las enfermedades de corazón. La mayor parte de la jurisprudencia engloba este concepto dentro del de accidente de trabajo y no en el de enfermedad profesional. Un ejemplo de este tipo de enfermedades es el infarto agudo de miocardio, concepto al que le dedica las siguientes páginas.

Los estudios sobre el estrés en el trabajo demuestran que existe una estrecha relación entre éste y la incidencia de enfermedad cardiovascular. Dicho esto, el autor explica la presunción de laboralidad apoyándose en varias sentencias. También estudia la calificación del angor o angina de pecho como accidente de trabajo.

Posteriormente, se centra en el infarto fuera del lugar de trabajo y la inexistencia de la presunción de laboralidad. En este apartado podemos encontrar ejemplos de cuáles son los casos en los que se considera accidente laboral y cuándo no. Se dice que cuando no hay presunción de laboralidad la carga de la prueba recaerá, en todo caso, sobre el trabajador. A continuación trata el concepto de accidente cardíaco en misión, considerándolo accidente de trabajo. Zanja este punto calificando el infarto agudo de miocardio igualmente como accidente de trabajo, y excluyéndolo del concepto de enfermedad, tanto profesional como común.

El autor concluye esta primera parte del libro con una reflexión sobre si es correcta la consideración de las enfermedades psicosociales como

accidente de trabajo o, en cambio, habría que integrarlas dentro del concepto de enfermedad profesional. A su juicio, lo lógico sería optar por la segunda opción.

La segunda parte de la obra estudia el proceso especial de derechos fundamentales como cauce adecuado para la articulación de demandas vinculadas a los riesgos psicosociales. Este procedimiento tiene carácter preferente y sumario, por lo que no será necesaria la conciliación previa ni la reclamación administrativa.

El proceso adopta la siguiente estructura: primero habrá que interponer la demanda en el plazo de prescripción o caducidad que corresponda, una vez admitida se señalará el acto de conciliación y juicio en los cinco días siguientes, y se deberá dictar sentencia en tres días como máximo. La indemnización que pagará el agresor a la víctima será fijada por el Juez y se tratará de un cantidad a tanto alzado que considere suficiente para resarcir a la víctima.

Este bloque finaliza con un análisis comparado de la normativa vigente en otros países como Francia, Reino Unido, Alemania y Chile. El autor aconseja tener en cuenta las iniciativas llevadas a cabo por éstos sobre los riesgos psicosociales.

Como conclusión cabe decir que estamos ante una obra muy importante por tratar uno de los temas que están adquiriendo mayor relevancia en el ámbito laboral a causa de la revolución tecnológica. Este libro resulta totalmente recomendable para el estudio de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral. Es muy completo, explica con detalle cada uno de los riesgos que trata apoyándose en todo momento en jurisprudencia para poder entender con claridad cada caso. Además, la segunda parte explica el proceso especial de derechos fundamentales como cauce adecuado para la articulación de demandas vinculadas a los riesgos psicosociales, vía extremadamente útil y que en muchas ocasiones pasa desapercibida por su desconocimiento.

Sara Mijares García*

* Becaria en ADAPT.

Gender Equality in Law, por Barbara Havelkova. *Una reseña*

La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha sido uno de los objetivos más importantes a nivel europeo. Una clara muestra de ello la encontramos en los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, que reflejan como fundamento de la Unión Europea un conjunto de valores entre los que se incluye la igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, las circunstancias políticas y económicas de cada uno de los países que integran la Unión Europea son distintas, y han condicionado el desarrollo e implementación armonizada de una perspectiva de género en sus legislaciones.

En este escenario, esta obra pretende abordar, por primera vez en un idioma distinto al checo, la evolución legal del tratamiento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en República Checa. Para ello, la profesora Havelkova realiza un exhaustivo examen de la regulación legal del status de la mujer en distintos ámbitos y su interpretación por la doctrina científica y judicial checa. En particular, presta especial atención a los avances y retrocesos en esta materia, tomando como referencia temporal dos momentos históricos relevantes: la época socialista (1948-1989) y la época post-socialista (1989-2016). De esta manera, la obra ofrece una visión cronológica de cómo ha evolucionado la normativa checa en ambos momentos temporales, y su impacto en las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

La monografía se compone de un capítulo introductorio, dos bloques de cuatro capítulos cada uno y un capítulo final de exposición de conclusiones. El primer bloque contiene los capítulos dos a cinco, y se encarga de abordar los avances normativos sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres durante el periodo socialista (1948-1989). La segunda parte la integran los capítulos seis a nueve, y

continúa la mencionada discusión en el marco temporal correspondiente a la época post-socialista (1989-2016).

El estudio se inicia con un capítulo introductorio que se encarga de exponer la hipótesis de partida, a saber la resistencia del ordenamiento jurídico checo a la introducción de medidas de igualdad de oportunidades entre sexos y cómo puede explicarse este hecho desde un punto de vista legal, teniendo en cuenta el avance en materia de derechos que aconteció durante la época socialista. Asimismo, también se detalla la estructura de la obra, una aproximación al marco teórico del feminismo y el examen de distintas cuestiones metodológicas utilizadas para llevar a cabo la investigación, tales como las fuentes consultadas o el ámbito temático, territorial y temporal de la obra.

El primer bloque de la obra se inicia mediante el capítulo dos, que se encarga de analizar el desarrollo normativo concerniente a la mujer en el ámbito familiar y del trabajo durante el periodo socialista (1948-1989). La autora pone de relieve las diferencias que existían entre la esfera pública y privada en materia de reconocimiento de derechos de las mujeres. En este sentido, destaca el papel de promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito público, mediante la igualdad formal, así como la ausencia de intervención normativa en el ámbito privado.

El capítulo tres se centra en el desarrollo de los derechos, en general, durante la época socialista (1948-1989). La profesora Havelkova, consciente de la diferencia de tratamiento normativo de los derechos en los países del Oeste y del Este de Europa, demuestra en este capítulo que la concepción de los derechos en República Checa se materializó como una proclamación política, que se tradujo en una inexistente protección de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

El cuarto capítulo presta atención a la evolución normativa de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sosteniendo que las fases del desarrollo de la igualdad de oportunidades en República Checa han sido ligeramente distintas en relación a cómo sucedieron en otros países de la Unión Europea. En particular, la igualdad de oportunidades entre sexos se centró inicialmente en un nivel económico, pero la autora denuncia que se instrumentó de forma incompleta, ya que no se acompañó de la previsión de un derecho constitucional a no ser discriminado por razón de sexo, así como tampoco por políticas de igualdad socio-culturales.

El último capítulo de la primera parte del libro se encarga de añadir un nuevo argumento a la discusión: la negación normativa de la desigualdad entre hombres y mujeres. La profesora Havelkova sostiene que la causa de este fenómeno es eminentemente ideológica, y por lo tanto, las estructuras legales y sociales se han concebido como neutrales por naturaleza. El

impacto de este fenómeno ha sido clave, y ha supuesto que el cambio de paradigma hacia la toma de conciencia de fomentar la igualdad de oportunidades de la mujer, protagonizado por los movimientos feministas en los países de la zona oeste de Europa, no se haya producido en República Checa.

La segunda parte de la obra, dedicada íntegramente al análisis de los avances normativos durante la época post-socialista, se inicia con el sexto capítulo. En esta ocasión, la autora analiza la producción normativa en materia de igualdad de oportunidades entre sexos durante los años 1989-2016, sosteniendo que, si bien se han aprobado normas que introducen cambios encaminados al incremento de la igualdad de oportunidades³³², se trata de modificaciones normativas aparentes sin ningún tipo de impacto material. El papel de la mujer sigue atribuyéndose socialmente al cuidado de los hijos, circunstancia esta que sumada a una posición conservadora en materia de igualdad adoptada por el Parlamento Checo, dificulta enormemente lograr la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

El séptimo capítulo reflexiona, desde un punto de vista general, sobre la construcción de los derechos durante la época post-socialista. Concretamente, la profesora Havelkova destaca la continuidad de una tendencia que apunta en el capítulo anterior, denominada formalismo legal, que dificultó la aplicación efectiva de las escasas disposiciones legales sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A ello debe sumársele la irrupción del liberalismo económico durante los años setenta y ochenta, hecho este que provocó que muchas de las cuestiones centrales del derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se considerasen aspectos morales, vetando así su protección jurídica.

El octavo capítulo se encarga de ofrecer un examen de la problemática de la igualdad de oportunidades desde una perspectiva judicial. Para ello, la profesora Havelkova analiza los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional Checo, así como de los tribunales ordinarios. En ambos casos, la autora detecta que la realidad judicial checa es reticente al reconocimiento de la existencia de diferencias en materia de trato por razón de sexo/género, y utiliza tres tipos de formalismos para descartar la existencia de discriminación: a) interpretación literal de la normativa; b) omisión del análisis del fondo de las cuestiones, motivado por la focalización en cuestiones de carácter procesal; c) concepción excesivamente formalista de la igualdad. A estas cuestiones, se le debe

³³² Así, por ejemplo se procedió a la neutralización de la regulación del cuidado de hijos o el reconocimiento legal de parejas del mismo sexo, entre otras medidas.

sumar la exigencia de que concurra culpa del empresario para reconocer el carácter discriminatorio del acto empresarial, que dificulta enormemente la protección en materia de discriminación indirecta.

La monografía de la profesora Havelkova continúa abordando, en el marco del capítulo nueve, la evolución de la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres desde el año 1989 hasta la actualidad. El escenario que presenta república checa es sumamente desalentador, ya que el reconocimiento de las diferencias por razón de sexo es una cuestión totalmente ignorada. Las razones que explican este fenómeno se fundamentan, según la autora, en la ausencia de un sector feminista que reivindique la importancia de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la consolidación de un enfoque que considera innecesaria la introducción de un trato diferenciado por razón de sexo, ya que asume que las normas son neutrales y justas por naturaleza.

El último capítulo de la obra agrupa las reflexiones plasmadas a lo largo de la monografía, recordando los hitos más importantes que acontecieron durante los dos periodos históricos de referencia. En este sentido, la profesora Havelkova sostiene que la evolución de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres alcanzó su cénit durante la época socialista (1948-1989), y el bloqueo intelectual hacia el reconocimiento de un trato diferenciado por razón de sexo ha propiciado una degradación de los derechos de la mujer, hasta tal punto que la regulación actual en materia de igualdad de oportunidades por razón de sexo no ofrece una protección efectiva.

Como puede observarse, nos encontramos ante una obra que analiza, por primera vez, la realidad jurídica de República Checa en materia de igualdad de oportunidades entre sexos. De hecho, nos encontramos ante la primera contribución escrita en inglés que ofrece un análisis detallado de la normativa checa y su impacto desde una perspectiva de género. Y esta es, precisamente, una de las aportaciones más importantes que efectúa la obra de la profesora Havelkova: La discusión y tratamiento, en inglés, de las fuentes normativas checas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Se trata, pues, de una lectura obligada para cualquier persona interesada en conocer el tratamiento normativo de la igualdad entre sexos en países del Este de Europa.

David Gutiérrez Colominas*

* Personal investigador en formación (programa fpu 2013) de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo