

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
123/2014 - Primer Trimestre

123



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

123

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
MANUEL GABRIEL PÉREZ MARÍN	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 123/2014
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- La ultraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas. ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudescimiento de las medidas de conflicto colectivo? 13
M^a TERESA DÍAZ AZNARTE
- El régimen fractal de la jubilación. Marco institucional y consideraciones críticas de un reformismo inacabable 39
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ
- Cerrando el círculo: El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado 79
OLGA FOTINOPOULOU BASURKO
- La legislación antidiscriminatoria por razón de edad avanzada en Estados Unidos 109
JUDIT BASEIRIA MARTÍ

2. MERCADO DE TRABAJO

- La evolución del sistema de negociación colectiva en España: una panorámica general 139
MARTA MARTÍNEZ MATUTE

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

- La negociación colectiva en Andalucía durante 2013 165

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL
Universidad de Córdoba
Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? De la jurisprudencia constitucional 185
M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Granada Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador agravados como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	197
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO Universidad de Huelva El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los procedimientos de despido colectivo M^a LUISA PÉREZ GUERRERO	209
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad Pablo de Olavide Indemnizaciones del fondo de garantía salarial en empresas de menos de veinticinco trabajadores OLGA GARCÍA COCA	221
5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	239

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Diritti lavoro mercati* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Relaciones Laborales* (España), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores. La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a su extensión máxima, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, así como a la forma de elaboración de citas a pie de página o en texto con bibliografía final, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan en el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/>– y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es.

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista *Temas Laborales* pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “*Temas Laborales*”: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/IstContenidos.asp>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 123/2014
First Trimester

INDEX

1. STUDIES

- The ultra-activity of the collective agreement in the light of recent legislative interventions. A path to the revival and resurgence of collective action? 13
M^a TERESA DÍAZ AZNARTE
- The fractal regime retirement. Institutional framework and critical considerations of an endless reformism 39
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ
- Closing the Ring: The Schlecker case and the interpretation of the conflictual rule most closely connected to the contract of work plurilocalizado 79
OLGA FOTINOPOULOU BASURKO
- Anti-discrimination legislation on grounds of old age in the United States of America 109
JUDIT BASEIRIA MARTÍ

2. LABOUR MARKET

- The evolution of the system of collective bargaining in Spain: an overview 139
MARTA MARTÍNEZ MATUTE

3. REPORTS AND DOCUMENTS

- Collective bargaining in Andalusia in 2013 165

4. JUDICIAL COMMENTS

- MANAGEMENT POWER
University of Cordoba
Non-application of objective invalidity in cases of corporate withdrawal during the test period of pregnant workers: the ¿evolution? of constitutional jurisprudence 185
M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ
- SOCIAL SECURITY PENSIONS
University of Granada
Diseases or defects suffered by the worker prior aggravated as a result of accident injury constitutive 197
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW	
University of Huelva	
The role of Labour Inspection and Social Security in collective dismissal procedures	209
M ^a LUISA PÉREZ GUERRERO	
THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
Allowances of the wage guarantee fund in companies with fewer than twenty employees	221
OLGA GARCÍA COCA	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	239
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS. ¿UN SENDERO HACIA LA REACTIVACIÓN Y EL RECRUDECIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO?

M^a TERESA DÍAZ AZNARTE

Profesora T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: convenio colectivo, ámbito temporal, ultraactividad, reforma

El presente trabajo analiza, partiendo de la tradicional bipartición de las cláusulas de los convenios colectivos, en normativas y obligacionales, por razón de su diferente régimen jurídico tras la denuncia de su vigencia, el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a estos importantes aspectos de la negociación colectiva, incluido también el tratamiento del deber de paz laboral.

Muy fundamentalmente el nuevo régimen legal de la ultraactividad, sobre el que ya existen importantes aportaciones de la doctrina y jurisprudencia

ABSTRACT

Key words: Collective agreement, temporal scope, ultraactivity, reform

This paper analyzes, based on the traditional bipartition of the clauses of collective agreements, regulations and contractual, due to their different legal status after termination of its validity, the doctrinal and jurisprudential debate on these important aspects of collective bargaining, also including treatment of the duty of labour peace.

Very fundamentally new legal regime of ultra-activity on the existing major contributions of the doctrine and jurisprudence

ÍNDICE

1. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DE LA ULTRAATIVIDAD CONVENCIONAL. CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO
2. EL DEBATE JURISPRUDENCIAL EN TORNO AL ALCANCE DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
3. EL DEBER DE PAZ COMO NÚCLEO DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO. EL MANDATO DEL LEGISLADOR Y SUS LÍMITES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA
4. LA ULTRAATIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO TRAS LAS ÚLTIMAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE

1. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DE LA ULTRAATIVIDAD CONVENCIONAL. CONTENIDO NORMATIVO Y CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONVENIO

La diferenciación entre contenido normativo y obligatorio del convenio colectivo ha estado sustentada en nuestro Ordenamiento jurídico en distintos preceptos normativos, si bien podemos afirmar sin ambages que el legislador no ha efectuado nunca una demarcación clara e inequívoca de los contornos de ambos contenidos, especialmente en lo que respecta al obligatorio. Esta indeterminación legislativa ha abonado el terreno a la doctrina jurisprudencial, que a golpe de resoluciones judiciales ha venido trazando los perfiles de las denominadas cláusulas obligacionales del convenio con mayor o menor acierto.

Las profundas implicaciones entre el derecho constitucional a la negociación colectiva consagrado en el art. 37.1 CE, el derecho de los agentes sociales a adoptar medidas de conflicto colectivo reconocido a el art. 37.2 CE y el derecho fundamental a la huelga recogido en el art. 28.2 CE, cobran una relevancia específica cuando nos adentramos en el estudio del contenido obligatorio del convenio. Dicho de otro modo, no resulta posible aprehender el alcance y significado de las cláusulas convencionales obligacionales sin tomar como necesario punto de partida lo dispuesto en la Constitución y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional al respecto¹. Las previsiones del legislador ordinario contenidas en los textos normativos implicados (RD Ley 1/1995 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y en el RDLRT 17/1977 de Relaciones de Trabajo), requieren ser interpretadas sin perder de vista la perspectiva constitucional. No resulta por tanto extraño que el propio Tribunal Constitucional se haya visto obligado a pronunciarse sobre la materia que nos ocupa, afirmando que “dada su naturaleza consensual y negocial, el Convenio Colectivo no sólo crea reglas para las relaciones de tra-

¹ AA.VV. (Coord. Monereo Pérez): *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002, pág. 206.

bajo, sino también compromisos y obligaciones asumidas por las partes que lo conciertan configurándose como una unidad y como un conjunto integrado de prestaciones y contraprestaciones o contrapartidas que se explican unas en función de las otras, no siendo lógico ni razonable (ni desde luego constitucionalmente exigible) pretender gozar de los derechos contractuales reconocidos en el Convenio a sus partes firmantes, sin sujetarse a las obligaciones dimanantes de él” (SSTC 210/1990, de 20 de diciembre y 184/1991, de 30 de septiembre).

En esta primera aproximación, debemos recordar que la consabida diferenciación entre cláusulas normativas y obligacionales del convenio se ha sustentado tradicionalmente en dos criterios esenciales²:

En primer lugar, este tema nos conduce al estudio del alcance y eficacia subjetiva de dichas cláusulas. Cuando encuadramos la cláusula de un convenio colectivo en el contenido normativo (eficacia *erga omnes*), estamos reconociendo que despliega sus efectos para todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación durante todo el tiempo de su vigencia (la jurisprudencia lo ha denominado criterio o elemento subjetivo). Por su parte, el contenido obligacional únicamente vincula a los sujetos firmantes.

En segundo término, existe otro elemento trascendental a estos efectos, cual es la vigencia de las cláusulas de uno u otro contenido una vez denunciado el convenio colectivo. Es en este punto donde entra en juego la figura de la ultraactividad del convenio, herida de muerte tras las últimas reformas legislativas, especialmente mediante la operada a través de la Ley 3/2012 – profundizaremos en este tema en un momento posterior-. Tras la denuncia del convenio colectivo, se prorroga tácitamente su contenido normativo en los términos expresados por el art. 86.3 ET, esto es, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa, pero no el obligacional, por lo que se libera a los sujetos negociadores del mencionado deber de paz laboral. Sin lugar a dudas estos dos elementos marcan la diferenciación principal entre ambos contenidos, pero no son los únicos.

Y es que existen otros elementos que contribuyen a la distinción entre ambos contenidos, como el hecho de que el incumplimiento de las cláusulas convencionales obligacionales, no lleve aparejada sanción administrativa alguna (queda extramuros del concepto de infracción administrativa que maneja el RD Legislativo 5/2000, por que se aprueba el Texto Refundido de la LISOS), si bien, sí que son exigibles responsabilidades civiles o patrimoniales en los términos y con el alcance previstos en la normativa de referencia.

Desde nuestro punto de vista, el principal criterio para determinar si una cláusula del convenio es normativa u obligacional, es el objetivo. Habrá que

² Olarte Encabo, S. “Artículo 86 ET”, en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L.): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares 2012, págs. 1062-1063

analizar qué materia se aborda, cual es la finalidad de la misma, y en función de tales parámetros, atribuirle una naturaleza u otra. El hecho de que la eficacia de una cláusula obligacional se limite a los sujetos negociadores (criterio subjetivo), la circunstancia de que tras la denuncia del convenio cese el deber de paz laboral y se libere a los sujetos firmantes de la obligación de abstenerse de promover medidas de conflicto colectivo son consecuencias jurídicas de la determinación de la naturaleza obligacional, no la causa de la misma. E idéntica reflexión cabe realizar en lo tocante al contenido normativo, pues a menudo se viene confundiendo causa con efecto (consecuencia jurídica). Sólo las cláusulas normativas ven prorrogada su vigencia tras la denuncia del convenio (ultraactividad) en los términos expresados por la legislación vigente, pero ello no es un criterio delimitador de su naturaleza, sino simplemente la consecuencia jurídica de la misma.

El legislador ordinario no ha sabido —o no ha querido— ofrecernos una definición certera de qué debemos entender por contenido obligacional del convenio. Desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980, ha tenido múltiples oportunidades para arrojar luz sobre este asunto. Y ha habido idas y venidas en el tenor literal de los preceptos implicados, pero ninguna ha dibujado de manera nítida los contornos de esta figura. Incluso desde algún sector doctrinal, se ha llegado afirmar que la distinción entre contenido normativo y obligacional del convenio colectivo carece de sentido en un sistema de negociación colectiva como el consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico, dado que el Título III del ET reconoce la eficacia normativa del convenio³.

No obstante, si efectuamos un breve recorrido temporal por los preceptos que han abordado esta materia, observamos como las alusiones expresas al contenido obligacional del convenio colectivo siempre han sido débiles, podríamos decir que reducidas a lo meramente indispensable. Pero nunca han desaparecido del articulado de la legislación laboral de referencia. En la versión del ET actualmente vigente, sólo dos preceptos dedican atención a esta materia: el art. 82.2 ET “Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”; por su parte, el art. 86.3 ET, cuando se adentra en la regulación de la *Vigencia* del convenio dispone: “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio, decaerán a partir de su denuncia”. Paradójicamente, el art. 85 ET, rubricado *Contenido*, no contiene ninguna mención expresa a las cláusulas obligacionales del convenio, centrándose en el contenido normativo, que puede comprender “materias de índole

³ Palomeque López, M.C., Derecho Sindical, Madrid, Tecnos, 1994, págs. 407 y ss.

económica, laboral y sindical (...) cuantas otras que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los arts. 40, 41, 47 y 51 de esta Ley”. Finalmente, el legislador impone la obligación de negociar “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”.

2. EL DEBATE JURISPRUDENCIAL EN TORNO AL ALCANCE DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

A la vista de lo expuesto, resulta por tanto evidente que en nuestro Ordenamiento jurídico el legislador formaliza una clara apuesta por la reducción del contenido obligacional del convenio colectivo a las denominadas cláusulas de paz laboral, en virtud de las cuales, los sujetos negociadores del convenio se comprometen, durante la vigencia del mismo, a no promover medidas de conflicto colectivo, como concreción del principio general *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, la jurisprudencia social transita por una senda menos angosta, en la que se da respuesta al interrogante que nos ocupa de manera casuística, con el consiguiente perjuicio del principio de seguridad jurídica ¿las cláusulas obligacionales del convenio agotan su posible contenido en el deber de paz laboral? Este no es en absoluto un tema cerrado, ya que con frecuencia se ha tenido que dilucidar en el orden jurisdiccional social si una determinada cláusula convencional, tiene naturaleza normativa u obligacional. El debate sobre el posible alcance del contenido obligacional del convenio colectivo, jurisprudencialmente se remonta a la doctrina emanada del extinto Tribunal Central de Trabajo, según el cual “el contenido obligacional está constituido por aquellas cláusulas que imponen a las partes compromisos de carácter instrumental, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas en el convenio, como pueden ser las reglas de negociación articulada, los medios de solución de conflictos, el establecimiento de comisiones paritarias, las obligaciones de paz laboral y otras de naturaleza semejante. De forma que contienen la prevención de un derecho que no es inmediato pero que en ciertas circunstancias puede hacerse efectivo” (STCT de 11 de mayo de 1988, RTCT 1988, 199). Observamos como en este momento inicial, se apuesta por una mayor versatilidad de las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos.

Avanzando en el tiempo, la propia doctrina jurisprudencial reconoce que “es conocido lo incierto y oscilante en la delimitación entre cláusulas normativas y obligacionales, tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia,

pues en ambos campos se cruzan las soluciones adoptadas, ya que se opera con planteamientos movedizos y bien flexibles” Al pronunciarse sobre los criterios de diferenciación entre cláusulas normativas y obligacionales, se precisa que “mientras las normativas se proyectan sobre los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito, las obligacionales vinculan a los firmantes que las suscribieron. También han advertido la pérdida de vigencia de las obligacionales al momento de la denuncia o al vencimiento del convenio, a diferencia de la llamada ultraactividad o ampliación de su vigencia de las normativas (artículo 86.3 del Estatuto) y que la aplicación de las normativas está sujeta a la acción sancionadora de la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social” (STS de 28 de octubre de 1997, RJ 1997 7682).

En la misma línea, podemos citar lo expresado en la STS de 29 de abril de 2003 (RJ 2003/ 4073), en la que se manifiesta que “La distinción entre cláusulas obligacionales y normativas ha dado lugar a especulaciones varias. Actualmente, por la doctrina científica más autorizada, se nos dice que la parte normativa del convenio pretende básicamente regular las singulares relaciones laborales incluidas en su ámbito, fijando las llamadas “condiciones de trabajo” (condiciones relativas al régimen de trabajo: duración de los contratos, jornada, vacaciones, seguridad y salud laborales, faltas y sanciones...; a la carrera del trabajador: ingresos, ascensos, trabajos de distinta categoría, excedencias...; y al régimen salarial), Pero que también se extiende a la regulación de aspectos «colectivos» [cobro de cuotas sindicales, canon de negociación sindical, fondos sociales]”.

Este significativo grado de indeterminación ha conducido a discutir, por ejemplo, si es obligacional o normativa la cláusula que somete la aprobación final de los acuerdos a su ratificación por parte de las asambleas de trabajadores, incardinándola el órgano juzgador en el contenido obligacional del convenio (STSJ de Cataluña, de 29 de abril de 2002, AS 2002,1823). Paralelamente, se ha conminado a la jurisdicción competente a pronunciarse sobre la naturaleza de cláusulas de tipo asistencial, entendiendo el TS que las mismas forman parte del contenido normativo. Así se desprende de la citada STS de 29 de abril de 2003, que recoge la argumentación jurídica contenida en la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5398) en virtud de la cual “el contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del Convenio”. Idéntica solución se ha adoptado cuando se discutía sobre la cláusula convencional que contemplaba la creación de un órgano de representación unitaria en la empresa, afirmando la Sala de lo Social del TS que el hecho de se trate de materias vinculadas a los derechos colectivos de los trabajadores, no impide su catalogación como cláusulas normativas (SSTS de 1 y 11 de

diciembre de 2003, ya mencionadas). Igualmente interesante resulta lo expresado por la STS de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2007/464): “La doctrina científica ha debatido el carácter de este tipo de reglas dentro de la clasificación general del contenido del convenio en obligacional y normativo, y ciertamente, su naturaleza puede resultar cuestionable en algunos casos, pero, salvo en los supuestos en que la creación de estos órganos se vincula instrumentalmente al mantenimiento de la parte obligacional del convenio, hay que entender que se trata de normas sobre administración del convenio que forman parte del contenido normativo de éste, en la medida que tienen por objeto la creación de un órgano y la determinación de sus competencias. En este sentido, hay que tener en cuenta que el contenido normativo no se agota en las normas de relación, que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, sino que comprenden también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio (disposiciones de delimitación) y, desde luego, las normas orgánicas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el convenio. A este tipo de normas corresponde la que crea la Comisión Permanente, pues se trata de un órgano de gestión general del convenio, con competencias no limitadas a la gestión de las relaciones obligacionales entre las partes negociadoras”.

También se reconduce al contenido obligacional del convenio colectivo el procedimiento de elaboración de las “bases de contratación y al establecimiento y composición de una comisión de selección del personal laboral del Ayuntamiento pues no se está actuando para la atribución de un derecho concreto del trabajador, sino para facilitar la aplicación e inserción en el mismo del personal laboral futuro, de manera que no puede entenderse, por mas que sea perceptible una tendencia al aumento de lo que haya de entenderse como contenido normativo de un convenio, que al final todo el contenido de un convenio haya de entenderse prorrogado pese a la denuncia válida del mismo, incluso en sus aspectos meramente instrumentales” (STSJ Andalucía/Sevilla, de 3 de diciembre de 2004, AS 2005/258).

Por el contrario, las ayudas económicas a los sindicatos establecidas en el Acuerdo Sectorial para el Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Administración General de la Comunidad de Madrid, se consideran incluidas en el contenido obligacional del referido convenio. Para alcanzar dicha conclusión se argumenta que “si fueron los propios negociadores de la norma quienes decidieron que su Comisión Paritaria siguiese ejerciendo las tareas que le son propias, en atención a las múltiples facultades que tiene atribuidas, después, incluso, de haberse denunciado el Convenio Colectivo, dotando, así, a esta instancia interna de índole mixta de un innegable carácter normativo y, además, si también reconocieron de modo explícito que su régimen de funcionamiento entrañaba unos gastos que los Sindicatos firmantes no podían asumir por sí solos,

sino que, para ello, era menester el establecimiento a cargo de esta Administración Autónoma de unas ayudas anuales (...) a favor de las Organizaciones Sindicales con presencia en ella, es obvio que el fondo creado a tal fin goza de idéntico carácter normativo que la instancia paritaria a cuyo mantenimiento se dirige, desde el mismo momento que, como ya expusimos, dicha Comisión Paritaria no puede dejar de ejercer los cometidos que tiene asignados una vez denunciado el Convenio. En otras palabras, si el contenido normativo de éste continúa desplegando plenos efectos jurídicos durante su vigencia prorrogada, otro tanto hemos de decir del precepto en cuestión, ya que mal cabe la aplicación de las cláusulas normativas de la referida norma convencional si, al mismo tiempo, no funciona debidamente dicha Comisión y, por tanto, si los Sindicatos representados en ella no cuentan con medios económicos suficientes para afrontar los gastos personales y materiales necesarios para su correcto mantenimiento”.

La STS de 10 de noviembre de 2006 trae a colación la doctrina contenida en la STS de 20 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9486), “y que, en atención a la propia naturaleza de la cláusula que establece la Comisión Permanente con competencias de coordinación, estudio y propuesta en materia de innovación tecnológica, clasificación profesional, rendimiento, condiciones de empleo y control del cumplimiento del convenio, dice que «La doctrina científica ha debatido el carácter de este tipo de reglas dentro de la clasificación general del contenido del convenio en obligacional y normativo, y ciertamente, su naturaleza puede resultar cuestionable en algunos casos, pero, salvo en los supuestos en que la creación de estos órganos se vincula instrumentalmente al mantenimiento de la parte obligacional del convenio, hay que entender que se trata de normas sobre administración del convenio que forman parte del contenido normativo de éste, en la medida que tienen por objeto la creación de un órgano y la determinación de sus competencias. En este sentido, hay que tener en cuenta que el contenido normativo no se agota en las normas de relación, que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, sino que comprenden también las reglas que definen los propios ámbitos del convenio (disposiciones de delimitación) y, desde luego, las normas orgánicas que definen estructuras estables para la gestión de las acciones previstas en el convenio. A este tipo de normas corresponde la que crea la Comisión Permanente, pues se trata de un órgano de gestión general del convenio, con competencias no limitadas a la gestión de las relaciones obligacionales entre las partes negociadoras». Esta doctrina aparece reiterada en sentencia de 16 de junio de 1998(RJ 1998, 5398) (recurso 001/4159/97), cuando dice que «el contenido normativo comprende tanto las normas de relación que tienen por objeto definir las condiciones de trabajo, como la acción asistencial o el ejercicio de los derechos colectivos, y también las reglas que definen los propios ámbitos del Convenio».

En definitiva, y reproduciendo la argumentación jurídica de la SAN de 21 de julio de 2002 (AS 2002/2605) “Es conocido que la delimitación del contenido obligacional y el contenido normativo del convenio tiene, en la jurisprudencia, un tratamiento errático que va de una aparente delimitación dogmática, al escepticismo de la posibilidad de establecer un exhaustivo criterio separador, debiéndose atender a la especificidad de cada supuesto (...). Los pronunciamientos más generales (así SSTs de 24-5-1983 ó 21-12-1994 [RJ 1994, 10346]) contraponen el contenido instrumental, como pueden ser las reglas de negociación o de resolución de conflictos –las cláusulas de paz laboral en definitiva– y el propio contenido normativo que estaría integrado por la regulación de las condiciones individuales y colectivas laborales. Reconociendo la imposibilidad epistemológica de trazar una exhaustiva delimitación conceptual que sirva para solucionar, de manera mecánica, todos los supuestos posibles, pues es sabido que la realidad empírica, como conjunto innumerable, no es subsumible, en relación de uno a uno, en una realidad dogmática, genéticamente numerable, es lo cierto que la simple aplicación del modelo definitorio de prestación basta para delimitar ambos tipos de cláusulas. Estructuralmente un convenio es un simple pacto y como tal tiene un objeto que es la prestación normativa. Y toda prestación tiene en realidad dos objetos, el objeto indirecto o actividad prestacional y el objeto directo que es el propio objeto prestacional. El objeto directo en el convenio es el propio contenido normativo, el derecho laboral objetivo, que se proyecta sobre los sometidos al poder negociador, mientras el objeto indirecto es el relacionado con la autorregulación del poder negociador que como todo poder está compuesto de al menos una potestad reguladora o legislativa y otra administrativa o ejecutiva. Las cláusulas normativas son pues referencialmente «ad extra» de ese poder negociador mientras las obligaciones lo son «ad intra».

La trascendencia práctica de la atribución de naturaleza normativa u obligacional de determinadas cláusulas del convenio colectivo es innegable. Hay dos razones de peso: la primera, reside en la determinación de la legitimidad de la huelga tras la denuncia del convenio. En segundo lugar, se trata de dilucidar, qué parte del contenido del convenio prorroga su vigencia una vez denunciado este (en el caso en el que los sujetos negociadores no hayan dispuesto nada al respecto). Es por ello que en los supuestos estudiados, lo frecuente es que la empresa discuta la naturaleza normativa de determinadas cláusulas convencionales, con el objetivo de derivarlas hacia el contenido obligacional y eludir así su cumplimiento tras la denuncia del convenio. Y resulta sumamente complejo, a la vista de las resoluciones estudiadas, extraer conclusiones al respecto, pues aunque casi todas las sentencias reproducen en sus argumentaciones jurídicas pronunciamientos emblemáticos sobre la materia, lo cierto es que de las mismas no es posible extraer criterios ciertos para concluir cuando

nos encontramos ante cláusulas normativas u obligacionales. Ello desemboca en la cuestionable solución caso por caso, pues no resulta fácil diferenciar lo instrumental de aquello que no lo es.

Es por ello que la defensa jurisprudencial de la versatilidad del contenido obligacional del convenio, debería ceder a favor de una delimitación mucho más precisa de la naturaleza de las cláusulas convencionales. Dado que las reglas sobre la ultraactividad de los convenios colectivos denunciados se ha visto seriamente afectadas por las últimas reformas legislativas, sería interesante abrir un espacio a la reflexión. Queda fuera de toda duda que el deber de paz laboral forma parte del contenido obligacional del convenio. Profundizaremos en este tema a continuación. Sin embargo, la tendencia jurisprudencial a calificar como obligacionales cláusulas convencionales que abordan materias excesivamente heterogéneas, menoscaba más si cabe la eficacia normativa del convenio colectivo, que ya se encuentra suficientemente dañada por el proceso permanente de reforma laboral en el que nos encontramos inmersos. Entendemos por tanto que debería efectuarse una interpretación restrictiva de qué puede incardinarse en el contenido obligacional del convenio colectivo.

3. EL DEBER DE PAZ COMO NÚCLEO DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO. EL MANDATO DEL LEGISLADOR Y SUS LÍMITES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

La obligación de los sujetos negociadores de atenerse a lo pactado y durante la vigencia del convenio abstenerse de promover medidas de conflicto colectivo, emerge como algo consustancial al propio acuerdo alcanzado. Si concebimos el convenio como un instrumento para la composición del conflicto colectivo de intereses, su período de vigencia se contempla como un tiempo de paz, durante el cual lo que procede es desarrollar el cumplimiento de su contenido normativo.

Los problemas interpretativos derivados del necesario ensamblaje del derecho fundamental a la huelga recogido en el art. 28.2 CE y lo dispuesto por el legislador en el art. 11 c) RDLRT 17/1977, se centraron en los siguientes aspectos:

a) La determinación de si en nuestro modelo constitucional de relaciones laborales, se había optado por la huelga contractual o por la huelga profesional. La lectura del art. 11 c) RDLRT 17/1977 no dejaba margen a la interpretación. En este momento inicial, el legislador optó por el modelo de huelga contractual, al tipificar como supuesto de huelga ilegal aquella que persiga “alterar, dentro de su período de vigencia, lo pactado en convenio colectivo o lo establecido por laudo”. Sin embargo, la consagración del derecho de huelga

como derecho fundamental en el art. 28.2 CE en el modelo democrático de relaciones laborales, provocó una revisión en profundidad de esta cuestión. Como afirma la doctrina más autorizada “la huelga laboral o profesional está conectada con la noción de trabajador profesional y la defensa de, en general, todos sus intereses y frente a cualquier instancia”⁴. Resultaba evidente tras la promulgación del texto constitucional que resultaba imprescindible retomar el debate en torno al modelo de huelga vigente en nuestro Ordenamiento jurídico. Lamentablemente, esta tarea la acometió la jurisprudencia, cuando lo deseable hubiese sido que el legislador manifestase de manera clara e inequívoca que en nuestro Ordenamiento jurídico, los estrictos contornos de la huelga contractual, no eran compatibles con el nuevo modelo democrático de relaciones laborales tal y como lo configura la Constitución española. La primera de las oportunidades de acometer esta tarea se perdió cuando la STC 11/1981 de 8 de abril, refrendó la constitucionalidad del RDLRT 17/1977 manteniendo la vigencia y literalidad del art. 11 c). Porque aunque esta Sentencia, tan visitada por la doctrina científica, efectivamente está repleta de matices, incluso relativos al tema que nos ocupa (en la misma el TC rechaza que la huelga “solo pueda ejercerse cuando, tras la pérdida de vigencia de un Convenio o en el período inmediatamente anterior, se hace necesario negociar un nuevo Convenio”) lo cierto es que el precepto mantuvo su redacción original y el propio TC no puede evitar en una argumentación complicada y contradictoria perfilar los contornos de la huelga novatoria prohibida en términos que no casan con el modelo de huelga profesional, sino con el contractual.

Con posterioridad, es sabido que constituye una de las asignaturas pendientes para el legislador el desarrollo del art. 28.2 CE en los términos que impone el propio texto constitucional (el último intento serio se produjo hace más de veinte años y quedó en eso, en un proyecto). Y dada la coyuntura político-económica que estamos atravesando, no resulta en absoluto arriesgado afirmar que el impulso de una Ley Orgánica de Huelga no figura en las prioridades de los principales partidos políticos.

Por tanto, descartada la opción más acorde con el principio de seguridad jurídica, ha tenido que ser la doctrina jurisprudencial la encargada de acompañar lo dispuesto por el RDLRT 17/1997 y lo establecido por el art. 28.2 CE. Es así como primero el Tribunal Constitucional (STS 11/1981) y posteriormente el Tribunal Supremo, se posicionan a favor de la huelga profesional, defendiendo que “el derecho de huelga que diseña el art. 28.2 de la Constitución no se corresponde con el modelo llamado contractual, según el cual sólo se legitiman aquellas que tengan por objeto defender los intereses de los trabajadores en cuanto se proyecten sobre la negociación colectiva, presionando sobre la

⁴ Vida Soria, J. y Gallego Morales, A., “Comentario al art. 28.2 CE” en AA.VV.: *Comentario a las Leyes Políticas*, Tomo III, Madrid, Edersa, 1998, págs. 326-327.

misma; ello se desprende de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981; y por tanto no limita su válidos ejercicio a dicha finalidad puesto que existen intereses de los trabajadores que se manifiestan en áreas distintas a la negociación colectiva, que son igualmente susceptibles de defensa y protección mediante el recurso a la huelga; y es que el citado art. 28.2 CE de la Constitución sitúa el modelo de huelga en el llamado profesional al residenciar la lícita finalidad del ejercicio del derecho en la defensa de los intereses de los trabajadores; en consecuencia, la huelga que tenga por finalidad la defensa de tales intereses, ha de reputarse en principio como legal” (STS de 14 de febrero de 1990, RJ 1990/1088; en el mismo sentido SSTs de 30 de junio de 1990, RJ 1990/5551 y de 6 de julio de 1990, RJ 1990/6072).

b) Los límites del deber de paz laboral legal. Los sujetos negociadores de un convenio colectivo, contraen la obligación de no promover medidas de conflicto colectivo en tanto dicho convenio esté vigente. Este deber pesa sobre los firmantes con independencia de que el convenio lo prevea, ya que se trata de una obligación “ex lege”, lógica consecuencia del principio *pacta sunt servanda*. Ahora bien, nos encontramos ante un deber relativo, en el sentido de que existen determinadas circunstancias que eximen a los sujetos de esta obligación. Y ello, sin perder de vista que en la configuración legal actual del deber de paz laboral (art. 86.3 ET), el protagonismo lo ostenta la autonomía colectiva, ya que las los sujetos negociadores pueden pactar en este sentido lo que estimen conveniente.

Retomando la cuestión de los límites, hay que señalar que el deber de paz laboral está acotado temporalmente, ya que se encuentra indisolublemente vinculado al periodo de vigencia del convenio colectivo (a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa). Junto a este límite temporal, se ubica otro de naturaleza material, ya que el deber de paz sólo alcanza a los aspectos regulados por el convenio. Y ha sido este segundo límite material el que ha planteado importantes dudas tanto a la doctrina científica como a la jurisprudencial.

Los interrogantes en torno a la cuestión que nos ocupa se plantearon de forma temprana. En un ejercicio de equilibrio jurídico, el Tribunal Constitucional empujó su esfuerzo en mantener la constitucionalidad del art. 11 c) RDLRT 17/1977 al tiempo que abogaba por un modelo de huelga profesional. En esta línea manifiesta que “nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del Convenio colectivo, como puede ser para reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio. Por otro lado, es posible reclamar una alteración del Convenio en aquellos casos en los que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*” (STC 11/1981; esta doctrina se reitera en SSTC 38/1990, 332/1990, 333/1990).

En definitiva, para el TC, no se incardina en la huelga novatoria (considerada ilegal por el art. 11c) RDLRT 17/1977) aquella que:

- Reclame la interpretación del convenio en un determinado sentido o plantee reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio (STC 38/1990, de 1 de marzo). Se entiende que en este caso nos encontramos ante una “actuación de autotutela que permiten los arts. 28.2 y 37.2 de la Constitución” (STS de 9 de marzo de 1998, RJ 1998/2372)
- Reivindique una modificación anticipada del convenio ocasionada por un incumplimiento del mismo por la parte empresarial, de común acuerdo entre las partes o por la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Se ha discutido por la doctrina si en el caso en el que las partes acuerden modificar el convenio antes de que finalice su vigencia, continuaría activo el deber de paz laboral. La respuesta a este interrogante ha de ser negativa, ya que “el hecho de que se acepte la propuesta de negociación, siempre y cuando lo sujetos colectivos implicados cumplan los requisitos de legitimación previstos por el ET, conduce a la apertura de un nuevo proceso de autorregulación de los intereses de los trabajadores en ese ámbito de aplicación concreto, que no pueden verse privados del recurso a la huelga o a otras medidas de conflicto colectivo para lograr la consecución de las reivindicaciones planteadas”⁵.

En cuanto a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, la misma doctrina jurisprudencial (STS de 26 de abril de 2007, RJ 2007/3771) reconoce que nos enfrentamos a una “cuestión muy controvertida”. Se alude así a la existencia en la doctrina civil de varias teorías (de la cláusula *rebus sic stantibus*; de la imprevisión; de la excesiva onerosidad de la prestación; o la de la desaparición de la base del negocio), que permitirían, la extinción o modificación del deber de paz laboral “si se alteraran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido” (SSTS 04/07/94, RJ 1994/7043 y 14/01/97, RJ 1997/25; con cita de los precedentes de 12/06/84 (RJ 1984/5204) , 30/01/85 (RJ 1985/133) y 30/09/85 (RJ 1985/ 4394)”.

No obstante, y siguiendo asimismo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no se puede obviar que la propia jurisprudencia civil ha realizado una interpretación fuertemente restrictiva en lo referente a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*”, desde fechas muy tempranas (STS 14/12/40,

⁵ AA.VV. (Coord. MONEREO PÉREZ): *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002, págs.. 217-218.

RJ 1940/1135 y STS 17/05/57, RJ 1957/2164). Siguiendo la mencionada doctrina jurisprudencial, para legitimar el recurso a la dicha cláusula, han de concurrir un serie de elementos:

- a) Alteración extraordinaria de las circunstancias;
- b) Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado;
- c) Circunstancias sobrevenidas radicalmente imprevisibles.

Subraya el Tribunal Supremo que de estas exigencias “siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio *pacta sunt servanda* a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto (SSTS 11 de marzo de 1998, RJ 1998/2562, 16 de abril de 1999, RJ 1999/4429 y de 26 de abril de 2007, RJ 2007/3771, entre otras).

Del tenor literal del art. 82.2 ET (“Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”) se desprende que el legislador ha reconocido a la autonomía colectiva el derecho a incluir en el contenido del convenio cláusulas obligacionales que vayan más allá de deber de paz legal vinculado a otros preceptos de la normativa laboral. Esta previsión normativa hay que complementarla con lo dispuesto en el art. 8.1 RDLRT 17/1977, en virtud del cual los convenios colectivos “podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de conflictos que de origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho”.

La posibilidad de renunciar al ejercicio del derecho de huelga, expresado de manera nítida y contundente por el art. 8.1 RDLRT, requirió de ulterior interpretación por el Tribunal Constitucional para intentar acomodarlo al art. 28.2 CE. Es por todos conocida la doctrina contenida en la STC 11/1981, y la afirmación de que el derecho de huelga es un “derecho de titularidad individual y ejercicio colectivo”, de manera que cuando los sujetos negociadores renuncian durante el periodo de vigencia del convenio, al ejercicio del derecho de huelga, ello se ajusta a la legalidad puesto que “son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede por ello decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste del ejercicio del derecho de huelga, en cuanto a acción colectiva

y concertada, corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales”. En definitiva, conforme a la doctrina del TC, los representantes de los trabajadores firmantes del convenio, únicamente renuncian de manera temporal –en tanto el convenio esté vigente- a un derecho del que son titulares, el ejercicio colectivo del derecho de huelga, dejando intacto el derecho individual de cada trabajador de sumarse o no a una huelga una vez declarada ésta.

¿Implica esta renuncia expresada en el convenio un deber absoluto de no recurrir a la huelga bajo ningún concepto durante la vigencia del mismo? Desde nuestra perspectiva tal posibilidad no es compatible con el art. 28.2 CE. Son tan escasas y de tal entidad las causas que justifican la huelga novatoria, que reconocer a los sujetos negociadores la posibilidad de cerrar en términos absolutos el recurso a la medida de conflicto colectivo por excelencia puede conciliarse con el derecho fundamental a la huelga proclamado por la CE. Se ha venido argumentando que para que esta renuncia sea posible con carácter absoluto, debería ser el resultado de una transacción, de manera que los trabajadores hayan obtenido determinadas contrapartidas a cambio. Así, en la STC 11/1981 se afirma que “cuando el compromiso de no ejercitar el derecho se establece obteniendo a cambio determinadas compensaciones, no se puede decir que un pacto como este, que es un pacto de paz social, sea ilícito, y menos aún contrario a la Constitución”. A esta argumentación cabe objetar que el convenio colectivo no es sino un instrumento para la composición del conflicto colectivo de intereses que deriva de un proceso de transacción entre los sujetos titulares de la autonomía colectiva. ¿Cómo deslindar en base a qué contrapartida se ha efectuado esa renuncia absoluta? Desde nuestra perspectiva, el deber de paz absoluto derivado de la negociación colectiva no es predicable en nuestro modelo de relaciones laborales, de manera que aunque el convenio reconozca de manera expresa esta posibilidad, siempre quedaría abierto el recurso a la huelga, tanto en su vertiente individual como en la colectiva, cuando se den los presupuestos que desvirtúan la calificación de la misma como huelga novatoria. Consecuentemente, en lo tocante a este tema, habría que superar de una vez la diferenciación entre deber de paz relativo o *ex lege* y deber de paz absoluto –fruto de la negociación colectiva-. El deber de paz entendido como el compromiso que contraen los sujetos negociadores de abstenerse de promover medidas de conflicto colectivo durante la vigencia del convenio, siempre ha de ser relativo, y ello con independencia de que tenga un origen legal o convencional.

Entendemos que cuando el legislador deja abierta la posibilidad de que el deber de paz adquiera unos contornos específicos en la negociación colectiva, está aludiendo a la posibilidad de incluir en el convenio otro tipo de cláusulas obligacionales, esas que la jurisprudencia denomina “instrumentales”. E inclu-

so este tipo de cláusulas no están exentas de riesgos, pues como hemos tenido ocasión de comprobar cuando hemos efectuado ese recorrido por la jurisprudencia social, abrir en exceso el compartimento de “lo obligacional”, provoca un debilitamiento del contenido normativo del convenio, que se hace patente tras la denuncia del mismo si las partes no han dispuesto nada específico al respecto.

4. LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO TRAS LAS ÚLTIMAS INTERVENCIONES LEGISLATIVAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MÁS RECIENTE

Los últimos acontecimientos normativos conducen a efectuar una parada obligatoria en esta institución, ya que la orientación político-jurídica que inspira la reforma de 2012 hace prever un incremento notable de la conflictividad laboral y debería movernos a la reflexión en torno cuales son los instrumentos de autotutela de los trabajadores que quedan a salvo tras la más que significativa deriva hacia los intereses empresariales que ha propugnado el legislador al reconfigurar el sistema de negociación colectiva español.

Como hemos venido comentando a lo largo de estas líneas, el deber de paz laboral es inmanente, en términos generales, a la vigencia del convenio colectivo. Precisamente el convenio, es el instrumento de pacificación –composición- del conflicto colectivo de intereses consustancial al modelo de producción capitalista. Tras la negociación, el acuerdo procura la paz laboral en tanto se encuentre vigente y no se produzcan alguna de las excepcionales circunstancias que legitiman el recurso a medidas de conflicto colectivo a pesar de la vigencia del convenio. Pero estas han sido las reglas del juego (puesto en práctica en un tablero con una base constitucional que hasta ahora parecía sólida, arts. 28.2 y 37.1 CE) hasta el año 2012.

Así, efectivamente, parecía lógico asumir que una vez denunciado, el convenio colectivo viese decaer su contenido obligacional y abriese a los representantes de los trabajadores la posibilidad de fortalecer sus reivindicaciones mediante el recurso al instrumento de autotutela colectiva de intereses profesionales por excelencia, la huelga. Para evitar la exacerbación del conflicto durante el proceso negociador ocasionado por el vacío que se produciría si el contenido normativo del convenio decayese igualmente, se arbitró la vía de la ultraactividad del mismo en tanto no fuese sustituido por el nuevo convenio. Figura jurídica por cierto, que se encuentra presente en la mayoría de las legislaciones laborales de los países de nuestro entorno, adaptada por supuesto

a la conformación legal de cada uno de los modelos de negociación colectiva⁶. Parece que en los últimos tiempos hemos perdido de vista que la figura de la ultraactividad ha constituido durante décadas una útil herramienta para garantizar la seguridad jurídica en el período “inter convenios” y para reducir la conflictividad laboral.

Al margen de las diferentes tesis doctrinales que se han venido elaborando desde la reforma del art. 86.3 ET operada a través de la Ley 3/2012, interesa en este momento hacer notar que tal vez no se ha sopesado (o sí) el riesgo que supone suprimir la red con la que los agentes sociales han contado durante el proceso de negociación colectiva. Dicho de otro modo, en las últimas décadas, hemos mantenido una elevada tasa de cobertura de la negociación colectiva, cifrada en más de un 80 por 100 y por tanto entre las más altas de Europa (Industrial Relations in Europe, 2010, Documento de la Comisión Europea) que indudablemente, aunque no se quiera reconocer, ha reducido de manera más que considerable la conflictividad laboral.

No podemos obviar el hecho de que también desde hace décadas, la patronal ha venido quejándose amargamente de los efectos negativos que, a su juicio, desplegaba la ultraactividad convencional tal y como estaba configurada con anterioridad a la reforma. Críticas no exentas de razón en alguno de los puntos señalados como carencias del modelo (tendencia a la petrificación de la negociación colectiva)⁷.

Del inmovilismo negocial planteado por las organizaciones empresariales como un elemento perverso del sistema de negociación colectiva, se ha culpado insistentemente a la institución de la ultraactividad, obviando –intencionadamente– que desde hace años el art. 86.3 ET se configura como una norma de derecho necesario relativo. El convenio únicamente veía prorrogado su contenido normativo tras la denuncia si las partes no habían dispuesto lo contrario en virtud de su autonomía colectiva. No es casual que el debate en torno a la presunta rigidez de esta institución y sus efectos negativos en el modelo de relaciones laborales emergiera con más fuerza en coyunturas económicas desfavorables. Sin embargo, no sería justo admitir que en otros momentos más dulces –y que ahora percibimos como algo muy lejano– desde la perspectiva económica, la ultraactividad también ha operado a favor de los intereses empresariales,

⁶ Olarte Encabo, S. “Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios colectivos”, Ponencia presentada en el Foro de Debate “*La ultraactividad de los convenios colectivos*”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, mayo de 2013, pág. 13.

⁷ Elocuente en este sentido se muestra Alfonso Mellado, C., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad”, Ponencia presentada en las *XXV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. La Reforma laboral de 2012*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 4 de octubre de 2012, pág. 7.

cuando se prorrogaba el contenido normativo del convenio anterior a la espera del nuevo a sabiendas de que éste traería consigo ineludiblemente la mejora de las condiciones de trabajo. Acertadamente señala la doctrina que la ultraactividad “ha solucionado más problemas de los que ha generado”⁸.

Sin embargo, los posibles efectos positivos que pudiese desplegar en el modelo constitucional de relaciones laborales la institución de la ultraactividad –insistimos, en defecto de pacto en contrario por los sujetos negociadores– se han relegado a un segundo plano y se ha preferido acoger tesis que podemos calificar, siendo condescendientes, discutibles desde la perspectiva de su constitucionalidad. Porque la crisis económica ha propiciado que en materia laboral todo se cuestione, hasta lo más esencial, cómo es el papel de la negociación colectiva en la composición del conflicto colectivo de intereses, acometiendo la reforma de instituciones como la ultraactividad con una pésima técnica y una peligrosa orientación político-jurídica. Y es que la negociación colectiva no puede mutar hasta el extremo de perder su seña de identidad constitucional.

La figura de la ultraactividad ha experimentado varias reformas en los últimos años. Hasta el RD Ley 7/2011, el convenio no denunciado prorrogaba su vigencia por periodos anuales (en su totalidad, tanto el contenido normativo como el obligacional). En el caso en el que fuese denunciado, sólo quedaba prorrogado el contenido normativo, pero no las cláusulas obligacionales, por lo que los sujetos negociadores quedaban liberados del deber de paz laboral. Todo ello operaba únicamente si las partes no habían dispuesto lo contrario, por lo que de manera contundente, el legislador otorgaba el protagonismo a la autonomía colectiva de los sujetos negociadores. Por tanto, si la ultraactividad estaba produciendo efectos no deseados en la dinámica de la negociación colectiva española, no cabe atribuirle la responsabilidad absoluta de estas carencias al legislador, sino a los propios agentes sociales, que no solían hacer uso de la posibilidad arbitrada por el art. 86.3 ET⁹.

Plenamente instalados en la situación de crisis económica, el legislador acomete a través del RD Ley 7/2011 de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva, la modificación de esta institución, aunque como es sabido, la nueva redacción del precepto no desembocó en la desaparición absoluta de la prórroga forzosa de los convenios denunciados en los términos demandados por la patronal. Ciertamente se diseñó un complejo procedimiento que preveía reglas más rígidas, como un plazo máximo para la negociación del convenio denunciado (concretado en 8 o 14 meses desde la pérdida de su vigencia) o el establecimiento, en los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, de procedimientos para resolver las discrepancias exis-

⁸ Olarte Encabo, S., *op.cit.* 2013, pág. 2.

⁹ Lo expresa con toda claridad Alfonso Mellado, C. *Op.cit.*, 2012, pág. 9.

tentes tras el transcurso de los referidos plazos para la negociación, destacando por supuesto el papel del arbitraje (voluntario u obligatorio, aunque si las partes no lo especificaban, se optaba por la segunda de las posibilidades). Sólo si todo este complejo proceso no culminaba ni con el correspondiente acuerdo entre los sujetos negociadores ni con un laudo arbitral, se preveía la prórroga del convenio denunciado. Y ello era perfectamente posible porque el arbitraje no se perfilaba como obligatorio en todo caso, sino que se dejaba a las partes sociales la posibilidad de configurarlo como voluntario. Resulta más que pertinente subrayar un aspecto señalado por la doctrina y que pone de manifiesto las contradicciones de quienes reivindicaban una reforma radical de la ultraactividad: tanto el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2012 y 2014 como el V Acuerdo de Solución Autónoma de los Conflictos Laborales, optaron por el arbitraje voluntario como herramienta para la composición de los conflictos laborales.

Como sabemos, el RD Ley 7/2011 tuvo una existencia efímera, y pronto el RD Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, de la mano del traspaso de poderes tras las elecciones generales, irrumpió en nuestro Ordenamiento jurídico, retomando la cuestión de la ultraactividad de los convenios, en esta ocasión, de manera mucho más acorde a las demandas de la patronal. Así, el renovado art 86.3 ET acotó en dos años el período máximo de ultraactividad del convenio colectivo (siempre en defecto de pacto en contrario entre los sujetos negociadores). Finalmente, la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, reparó nuevamente en el controvertido precepto restringiendo aún más la posibilidad de prórroga del convenio denunciado, concretada ya en un año (si bien continúa siendo una norma de Derecho necesario relativo, aspecto este central si queremos centrar el debate en sus justos términos).

Hasta aquí el breve relato de las vicisitudes del art. 86.3 ET que, en un breve lapso temporal, ha experimentado dos modificaciones de calado, que progresivamente han desdibujado los contornos de la ultraactividad de los convenios colectivos hasta colocarnos en la situación actual. Conforme a la versión actualmente vigente, “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior” (art. 86.3 ET).

La conjunción de lo dispuesto por el art. 86.3 ET y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012 (el 8 de julio venció el plazo máximo de ultraactividad de un año para los convenios colectivos denunciados y no renovados, siempre y cuando no se haya producido pacto en contrario), ha abierto un importante espacio al debate en la doctrina científica, que ha elaborado diversas teorías para determinar cómo proceder llegada esta situación. De gran calado

son las interrogantes que se ciernen sobre este tema. El legislador se expresa con claridad en torno a los efectos que produce la no renovación de un convenio colectivo denunciado. Si las partes no han dispuesto lo contrario, transcurrido el plazo indicado (un año), el convenio prorrogado pierde su vigencia y será de aplicación el convenio colectivo de ámbito superior. Ahora bien, ¿qué sucede si no existe el convenio colectivo de ámbito superior al que reenvía la norma? ¿Significa este hecho que los sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del convenio colectivo vencido se quedan sin cobertura convencional? ¿El escenario que nos depara la reforma de 2012 en estos casos es la remisión sin ambages a lo previsto como legislación de mínimos en el ET?

Sobre estas cuestiones en el último año se han elaborado diversas construcciones doctrinales:

Para algunos autores, la norma se expresa de manera nítida: finalizada la ultraactividad del convenio denunciado, si no existe convenio colectivo de ámbito superior aplicable, habrá que estar a lo dispuesto por la normativa laboral. En definitiva, esta tesis defiende que el legislador ha sido plenamente consciente de que el tenor literal del art. 86.3 ET desemboca en la ausencia de regulación convencional de las condiciones de trabajo de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del convenio vencido, derivándolos en primer término a lo dispuesto en el convenio de ámbito superior y si éste no existiese, a los mínimos legales¹⁰.

También en la doctrina se ha considerado que tras el periodo máximo de ultraactividad previsto por el legislador y, ante la ausencia de convenio colectivo de ámbito superior, una solución podría ser la conversión del convenio estatutario en un convenio colectivo extraestatutario, con fuerza vinculante según el art. 37.1 CE¹¹.

Otros autores sin embargo defienden que las condiciones contenidas en el convenio denunciado, tras la finalización del período de ultraactividad, si no existe pacto en contrario, se podrían considerar condiciones contractuales más beneficiosas, produciéndose por tanto una mutación de la naturaleza del convenio¹². Esta tesis cuenta con el relevante obstáculo de que la jurisprudencia social ha expresado de manera contundente la negativa a aceptar que de

¹⁰ Se han alineado en esta posición Sala Franco, T. “La reforma de la negociación colectiva” en AA.VV. *La reforma laboral en el Real-Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 y Sempere Navarro, A. “La duración del convenio tras la reforma”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 1, 2012.

¹¹ Escudero Rodríguez, R. “El RDL 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV.: *Negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012, pág. 54.

¹² Así lo entiende Molina Navarrete, C. “Caducidad de la garantía de ultra-actividad normativa de los convenios ¿en serio es una cuenta atrás hacia el “abismo laboral español”?, *TL*, núm. Monográfico, 2013.

los convenios colectivos estatutarios, puedan nacer condiciones más beneficiosas¹³.

Finalmente, también existen voces que defienden que en el caso de que no exista convenio colectivo de ámbito superior, “no queda otra alternativa que el mantenimiento excepcional de la regulación anterior, por estricta coherencia con el principio de sucesión normativa”¹⁴.

Desde nuestro punto de vista, resulta evidente que la intervención legislativa en la figura de la ultraactividad ha pretendido dar respuesta a las insistentes reivindicaciones de la patronal en torno a los perjuicios ocasionados por el arraigo de dicha institución en nuestro sistema de negociación colectiva. No debería haberse redactado en los términos en los que se ha hecho pero, lamentablemente, la reforma de 2012 se escora peligrosamente hacia la mutación de la negociación colectiva en un instrumento de gestión de los intereses empresariales (apartándose de su configuración constitucional como instrumento de composición del conflicto colectivo de intereses) y la modificación experimentada por el art. 86.3 ET se inscribe en esta dinámica. Aun mostrando nuestra clara repulsa a la posibilidad de que finalizado el periodo de ultraactividad y en ausencia tanto de previsión expresa en contrario en el convenio denunciado como de convenio colectivo de ámbito superior que resulte aplicable, la regulación de las condiciones de trabajo se derive directamente hacia lo dispuesto en la legislación laboral, no podemos por menos que reconocer que a nuestro juicio, eso ha sido lo que se ha pretendido con la reforma. Tal vez no se busque que esto suceda, sino que la amenaza de que pueda acontecer pese como una losa a los representantes de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva.

Llegados a este punto resulta ineludible reconsiderar si las nuevas circunstancias no van a derivar en el recrudecimiento de la conflictividad social y la reactivación de las medidas de conflicto colectivo, como único instrumento de autotutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores. Por el momento, el Acuerdo firmado por los sindicatos y la patronal el 23 de mayo de 2013, contiene el compromiso de los agentes sociales de proseguir con la negociación de los convenios denunciados manteniendo en lo posible su aplicación hasta ser sustituidos por los nuevos convenios. Sin embargo, la posición de CEOE respecto a este tema, se ha expresado en otros documentos, como la Circular para la Negociación Colectiva de 2013, que aboga por una solución, desde nuestra perspectiva, incompatible con el derecho constitucional a la negociación colectiva: aplicación unilateral de las condiciones de trabajo que estén en consonancia con aquellas que haya defendido durante el proceso ne-

¹³ Un estudio en profundidad sobre el tema, en Díaz Aznarte, M.T. El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral, Barcelona, Bosch, 2001.

¹⁴ Se pronuncian en este sentido Olarte Encabo, S., *op.cit.* 2013, pág. 12 y Merino Segovia, A. “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012”, *RDS*, núm. 57, 2012, pág. 261.

gociador, partiendo de la base de que “los mejores objetivos empresariales de los convenios colectivos se pueden lograr con la no ultraactividad -8 de julio a 31 de julio de 2013- ponderando adecuadamente la intensidad de las tensiones que se puedan generar”, propuesta que parte de la necesidad de “neutralizar la hipersensibilidad sindical en este tema”¹⁵

En el momento de redactar estas líneas, ya existen algunos pronunciamientos por parte de la jurisdicción social que intentan arrojar luz sobre esta materia. Destaca la SAN 149/2013, de 23 de julio, en la que se entra de lleno en el debate sobre la ultraactividad¹⁶. En este caso, el pronunciamiento versa sobre la vigencia prorrogada de un convenio colectivo que de manera expresa ha previsto en su articulado que “denunciado el convenio, y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya de sustituir al presente”(art. 1.3 del Convenio). En definitiva, corresponde a la Sala determinar si el III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum LAM SA denunciado en 2010, continúa en ultraactividad superado el 8 de julio de 2013, es decir, cumplido el año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012¹⁷.

Esta sentencia contiene una argumentación sumamente interesante, ya que se decanta por la ultraactividad del mencionado convenio. Sin embargo, los motivos en los que sustenta esta decisión, merecen ser objeto de un breve comentario. Y ello porque no se trata de una adscripción sin matices a cualquiera de las teorías que hemos mencionado (la propia sentencia alude las diversas construcciones elaboradas sobre el particular por la doctrina científica). El elemento central sobre el cual se construye esta argumentación jurídica, reside en el hecho de que nos encontramos ante una norma que cede lógicamente ante lo dispuesto a través de la autonomía colectiva (derecho dispositivo para la negociación colectiva). Es así como se defiende la prórroga del contenido norma-

¹⁵ Olarte Encabo, S., op.cit. 2013, pág. 22.

¹⁶ Procedimiento 205/2013 seguido por demanda de SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LINEAS AEREAS contra AIR NOSTRUM LINEAS AEREAS DEL MEDITERRANEO S.A. sobre conflicto colectivo. Ponente la Ilma. Sra. Da. Maria Carolina San Martín Mazzucconi. En este momento se encuentra pendiente la resolución del recurso de casación ante el Tribunal Supremo que se ha interpuesto contra esta sentencia.

¹⁷ Argumenta la Ponente que “el art. 86.3 ET no establece una disposición de carácter imperativo -con independencia del valor de orden público de su contenido-, sino que expresamente otorga primacía a la autonomía colectiva, lo que plantea dudas respecto de la validez de las cláusulas de ultraactividad contenidas en los convenios preexistentes, acuñadas cuando el régimen que operaba por defecto era distinto del ahora aplicable. La Sala considera que la respuesta a este problema exige un apego al caso concreto, puesto que no parece razonable ni jurídicamente realista mantener que todos los convenios denunciados antes de la reforma han finalizado su vigencia el 8 de julio de 2013, sin matiz alguno (puesto que no es eso lo que dice el legislador), ni tampoco que todos perviven como si nada hubiera cambiado en la regulación legal”

tivo del convenio denunciado en tanto no sea sustituido por el siguiente. Pero no porque no resulte de aplicación lo previsto en la legislación vigente tras la reforma operada por la Ley 3/2012, sino porque las partes habían incluido tal previsión de manera expresa en el articulado del convenio. En consecuencia, como en el Convenio denunciado existía una referencia expresa a la ultraactividad, prevalece la autonomía colectiva frente a la heteronomía estatal¹⁸. Por eso, se opta por otorgar valor “al pacto contenido en el Convenio analizado, en el que, teniendo las partes a su alcance la posibilidad de limitar la vigencia ultraactiva del mismo, expresamente indicaron que, una vez denunciado y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerían vigentes las cláusulas normativas hasta tanto no se produjera la entrada en vigor del convenio que hubiera de sustituir al presente. Eso es lo que las partes han establecido, con el beneplácito de un régimen legal que sólo ha alterado la regla subsidiaria” (Fundamento jurídico 6).

Con posterioridad, otras sentencias reiteran lo expuesto por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, pronunciándose sobre el impacto del art. 86.3 ET en los convenios colectivos anteriores a la reforma operada a través de la Ley 3/2012. Es el caso de la Sentencia 445/2013, de 29 de agosto del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, en cuya argumentación jurídica defiende que dado que ni el mismo art. 86.3 ET discrimina la validez de los pactos alcanzados a través de la autonomía colectiva de las partes en función de la fecha de su suscripción, no cabe otra alternativa que rechazar la derogación tácita del convenio que pretende la empresa, en sintonía con lo ya expresado por la AN¹⁹.

Sumamente interesante resulta el contenido de la Sentencia 984/2013 del Juzgado de lo Social núm. 3 de León, de 16 de octubre de 2013, en el que se aborda de nuevo el tema de la ultraactividad, si bien en este caso el supuesto de hecho es más complejo si cabe, ya que la Federación de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego, CHTJ-UGT León, interpone una demanda de conflicto

¹⁸ “...consideramos que, fuera para plasmar una específica y consciente regulación o para incorporar sin más el régimen legal -pero no limitándose a remitirse al art. 86.3 ET, que ha de integrarse con la ley en cada momento vigente-, en ambos casos las partes estarían manifestando su expresa voluntad respecto de la vigencia del convenio tras su denuncia, algo que viene siendo dispositivo desde que así lo estableció la Ley 11/1994. No se habrían limitado a dejar que operara la regla legal subsidiaria, sino que, estando en sus manos exceptuarla, habrían explicitado que optaban por hacerla suya y asumirla como propia. El que la técnica utilizada a estos efectos pudiera haber pasado por reproducir parcialmente la redacción entonces vigente del art. 86.3 ET no podría enervar esta conclusión, puesto que no estaríamos, ni podríamos estar, ante la mera transcripción de un precepto que siempre ha albergado en su texto una referencia expresa al pacto en cuyo defecto opera la regla legal”. Fundamento jurídico 4.

¹⁹ La Sentencia aborda la ultraactividad del Convenio colectivo de la empresa Hospital Povisa S.A., de Vigo, en el cual se prevé expresamente que “el presente convenio, terminada su vigencia, continuará en vigor en su totalidad hasta que sea sustituido por otro convenio” (art. 5).

colectivo contra SISCOR NORTE SL (Burguer King), por modificación sustancial de las condiciones de trabajo decretadas por la empresa en una comunicación de 22 de julio de 2012. El punto de apoyo normativo para alcanzar esta resolución es el art. 3 del Convenio colectivo provincial de hostelería y turismo de León -vigente desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010- cuyo art. 3 dispone que “se entenderá denunciado automáticamente a la finalización de su vigencia y desde el 1 de enero del año 2011 y hasta que entre en vigor el nuevo, será de aplicación el presente en su integridad”. Partiendo de la redacción de este precepto, textualmente se afirma en este pronunciamiento que “hay que concluir que las cláusulas pactadas antes de la reforma de 2012 sobre ultraactividad, se rigen por dichas cláusulas, sin estar sometidas al plazo anual marcado en la reforma laboral”²⁰.

Asimismo, ha entrado en el fondo de esta cuestión la Sentencia núm. 392/2013 del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao de 17 de octubre de 2013, en la que se aborda la vigencia del Convenio Sectorial Provincial de Bizkaia de Artes Gráficas, Manipulados del Papel y de Cartón y Editoriales (su vigencia estaba prevista para el trienio 2009/2011). En el presente caso, como es habitual, la patronal defiende que la reforma del modelo de negociación colectiva operado tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012 habría traído como consecuencia natural la pérdida de vigencia del mencionado convenio, en virtud de lo establecido en los arts. 86 y la Disposición Transitoria 4^a del nuevo texto legal. La Asociación patronal de artes gráficas de Bizkaia sostiene que “tal consecuencia se produciría aun a pesar de las cláusulas que en cualquier convenio suscrito con anterioridad a la reforma de 2012 pudieren haberse consignado en orden al mantenimiento de su vigencia. En concreto, el art. 2.3 del Convenio dispone “El presente convenio quedará automáticamente denunciado con un mes de antelación a su vencimiento, entendiéndose prorrogado hasta que entre en vigor el nuevo Convenio”. También en este caso se rechaza que el convenio denunciado decaiga automáticamente tras el 8 de julio de 2012, al entender el órgano juzgador que los términos empleados por el convenio sostienen “una verdadera voluntad de edificar una cláusula de vigencia más allá de la denuncia”²¹.

²⁰ En este caso, la empresa había optado por imponer una situación dual, de manera que los trabajadores mantenían las condiciones laborales establecidas en el convenio discutido en función al momento de ingreso en la empresa (anterior o posterior al 8 de julio de 2012). La modificación afecta a las materias recogidas en el art. 41.1 ET y la empresa pretende, escudándose en la institución de la ultraactividad impuesta tras la reforma laboral de 2012, eludir el procedimiento previsto para acometer la modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos estatutarios.

²¹ “La opción de la unidad de negociación de este sector ha sido desde 1994 la de mantener en vigor la integridad del pacto aun cuando éste fuera denunciado, y en esa intención no sólo habrá de incluirse el mantenimiento de las íntegras condiciones del acuerdo, sino asimismo la de la propia unidad de negociación” (Fundamento jurídico Quinto). Para afianzar su argumentación, se apoya en la SAN de 27 de julio de 2013, cuya fundamentación jurídica cita textualmente.

A la vista de lo expuesto, el tema no ha quedado ni mucho menos zanjado. Por el momento, el orden jurisdiccional social ha podido escudarse para defender la ultraactividad de los convenios denunciados en la existencia de cláusulas expresas, producto de la autonomía colectiva, que preveían la prórroga del contenido de los convenios puestos el tela de juicio. Sin embargo, esta argumentación jurídica presenta una debilidad manifiesta: todos aquellos convenios que adolezcan de previsión expresa al respecto en su articulado, carecerán de este escudo protector y el razonamiento jurídico utilizado en las sentencias analizadas se volverá previsiblemente en su contra.

Desde nuestro punto de vista, la doctrina jurisprudencial está haciendo uso de un legítimo pero débil *ius resistentiae*, pues insistimos en que la intención del legislador es clara: poner fin a la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos. Y a menos que en breve se produzca una intervención legislativa que apunte en otra dirección –lo cual sería deseable, pero lamentablemente poco probable– será inevitable que la institución de la ultraactividad en nuestro ordenamiento jurídico tenga un perfil diferente que aquel que el legislador ha buscado deliberadamente para transformar el convenio colectivo en un instrumento de gestión de los intereses empresariales. La reacción del legislador a la interpretación que el orden jurisdiccional social está efectuando de esta previsión normativa está por ver. Y cabe temerse lo peor.

EL RÉGIMEN FRACTAL DE LA JUBILACIÓN. MARCO INSTITUCIONAL Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS DE UN REFORMISMO INACABABLE

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ*

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

“El hombre feliz es aquel para quien nada es bueno ni malo sino una alma buena o mala, que practica el bien, que se contenta con la virtud, que no se deja elevar ni abatir por la fortuna, quien no conoce bien mayor que el que pueda darse a sí mismo... el que, gracias a la razón, ni desea ni teme.”
(Séneca, “Sobre la felicidad”).

“Todo deseo surge de la carencia, de la escasez, y por tanto del sufrimiento. La satisfacción acaba con esto, y sin embargo, por cada deseo que se satisface quedan por lo menos diez que no se llevan a cabo... La ciencia, cada vez que logra uno de sus objetivos apunta hacia más y más lejos y nunca logra encontrar una meta definitiva o una satisfacción completa”
(Shopenhauer, “El mundo como voluntad y representación”)
“Infringir las reglas es, a veces, un mal asumible por un Bien superior”

EXTRACTO

Palabras clave: Jubilación, régimen fractal, factor de sostenibilidad, financiarización de la seguridad social

El presente artículo analiza los códigos y estructuras socio-normativas que dan soporte al instituto de la jubilación. Desbroza las categorías que componen dicha figura mediante una visión sistémica y crítica de su “régimen fractal”, y examina los anclajes políticos de dicha cartografía institucional tras los últimos procesos de reforma. Todo ello, metodológicamente, mediante un enfoque nomológico-deductivo, próximo a la sociología jurídica.

ABSTRACT

Key words: Retirement, fractal regime, factor of sustainability, financiarization of social safety

The present article analyzes the codes and structures who give support to the institute of the retirement. It clears the categories that compose the above mentioned figure by a systemic and critical vision of his “fractal regime”, and examines the political anchorages of the above mentioned institutional cartography after the last processes of reform. All this, methodologically, by means of a nomologico-deductive approach, near the juridical sociology.

* faleman@uco.es.

ÍNDICE

1. LA JUBILACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. BASES INSTITUCIONALES DE LA JUBILACIÓN
3. ALGUNAS PRECISIONES TEÓRICAS Y CONCEPTUALES
4. EL RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN Y DE SUS ESTRUCTURAS NOMOTÉTICAS:
 - 4.1. Conexiones entre el escenario material y el régimen regulador
 - 4.2. El régimen fractal de la jubilación. Redes nomotéticas y vectores institucionales
 - 4.3. Unas consideraciones conclusivas de los últimos procesos de reforma. La “financiarización” de la jubilación y el factor de sostenibilidad.

1. LA JUBILACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. La jubilación y la retirada etaria del mercado de trabajo apareja una vasta problemática de vertientes multifacéticas. Aparte de minorar los niveles de renta y la capacidad adquisitiva de los trabajadores, el abandono de las actividades profesionales a edades avanzadas propicia la generación de situaciones de intensa desigualdad y vulnerabilidad. Ciertamente, la fragilidad objetiva y subjetiva de dichas situaciones conforma un estatuto de necesidad cualificado que, por ello mismo, debe atenderse por los sistemas públicos de protección, sea con la dación de ingresos compensatorios o con el establecimiento de redes de apoyo material y psicosocial. Sin duda, la jubilación es una de las piezas neurálgicas de los sistemas comparados de seguridad social, y por ende traza la ideografía icónica más representativa del Estado del Bienestar. Para su tratamiento la práctica decisional del sistema jurídico recaba dos variables básicas: *edad* y *vejez*. Las bases fácticas y las correlaciones de ambos códigos se ponderan en términos político-normativos, convirtiéndose finalmente en un objeto regulativo elevado a la categoría de contingencia protegida. Empero, la jubilación también simboliza la punta de un iceberg de angostas dimensiones bajo cuya línea de flotación laten aspectos políticos e ideológicos entreverados con vertientes instrumentales, contables, actuariales, electorales y partidistas. De ese modo, su régimen jurídico proporciona una imagen muy fidedigna de las estructuras cimentadoras de los sistemas sociales, de los esquemas axiológicos y culturales imperantes y de los niveles de solidaridad colectiva.

La centralidad de la jubilación explica la atención reservada a dicho asunto mediante numerosos trabajos monográficos¹, artículos doctrinales² o estudios prospectivos³, pero, con independencia de acaparar un debate siempre abierto y renovable, el régimen de la jubilación adquiere una fuerza mucho más acuciante en momentos de fatalismo crítico, acidia discursiva y, sobre todo, crisis sistémica y económica. La entidad de las pensiones en términos PIB hace de ellas una clave neurálgica de intervención política, aunque, como veremos en este trabajo, algunas iniciativas tiendan a sesgar los objetivos reales bajo el tejido rizomático de la ley laboral. El anudamiento de las pensiones con el estado del bienestar, y la vinculación de ambos aspectos con la palabra “crisis”, han formado una triada clásica en el debate de las jubilaciones pero, como decía antes, el escenario más reciente introduce elementos diferenciales respecto de otras etapas. No es, por ejemplo, baladí que se proclame abiertamente en este momento la mortandad del Estado del Bienestar para dar la bienvenida a una

¹ Entre la abundante bibliografía, y respecto de los títulos recabados para elaborar este trabajo, vid. Cabeza Pereiro/ Ballester Pastor/ Fernández Prieto (dir) “La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social”, Aranzadi/Thomson, 2009; Calvo Gallego “El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial”, CARL, 2002; Tortuero Plaza JL “Jubilación forzosa versus jubilación flexible”, Civitas, 2002; Sempere Navarro A. y Barrios Baudior G. “et al” “Pensiones por jubilación o vejez”, Aranzadi, 2004; Fernández Collado MB “La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo”, Aranzadi, 2010; Maldonado Molina “Génesis y evolución de la protección social por vejez en España”, MTAS, 2002, “La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación”, Tiran lo Blanch, Valencia, 2002; Paredes Rodríguez JM “La jubilación parcial en el sistema español de seguridad social”, CES, 2008; Capítulo 9.1 de la obra “La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras”, Coords. Monereo/ Molina/ Moreno, Ed. Comares, 2008; o López Cumbre L (coord.) “Tratado de jubilación. Homenaje al profesor LE de la Villa Gil con motivo de su jubilación”, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

² Vid. Rodríguez Piñero/ Valdés/ Casas “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y el envejecimiento activo”, RL nº 5, 2013; Alzaga Ruiz “La jubilación anticipada. Reflexiones a la luz de la última reforma”, RMTI, nº 79; Martínez Barroso “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, TL nº 103; el monográfico de RGDTS, nº 29-30, 2012; González Ortega S. “La jubilación ordinaria”, TL nº 112, 2011; López Cumbre L. “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma del 2011”, TL nº 112; González González C. “La reforma de la jubilación por el RDL 5/2013, de 15 de marzo”, AS nº 3, 2013; Sánchez Urán Azaña Y. “Trabajadores de edad avanzada: jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la reforma 2013)”, AL nº 9, sept. 2013.

³ Así, “El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas”, Coord. Frades J, Fundación Largo Caballero, Madrid, 2011; “La edad de jubilación”, JL Monereo “et al”, Ed. Comares, 2011; “La política de pensiones en el Estado social en transformación. Aspectos críticos”, JL Monereo “et al”, Comares, 2010; Sempere Navarro/ Quintanilla Navarro (dirs) “Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro”, CES, 2010; Díaz Palares/ Santana Vega (coords) “Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, Reus, Madrid, 2008; “La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011. VIII Congreso Nacional AESSE”, Ed. Laborum, Murcia, 2011; “La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo”, Mercader Uguina J/ Aragón Gómez C. Ed. Lex Nova/ Thomson Reuters, 2013.

“seguridad social más participativa”⁴. En otras palabras, las políticas de jubilación y el debate de las pensiones se enhebran, hoy más que nunca, en un juego de reificaciones sobre-abarcadoras que ahondan la instrumentalización política del dato económico y normativo, con el problema derivado de extrapolar tales sesgos teóricos al ámbito de la metodología jurídica.

Las pensiones hunden sus anclajes institucionales, primeramente, en las estructuras de empleo, el profesiograma del trabajador y la historia de vida del mismo. El régimen de la jubilación pende del nexo estructural trabado entre tales elementos sin embargo la rama social del derecho se enfrenta desde hace años a una encrucijada auto-definitoria. Entre el caudal de paradigmas subvertidos, ha trasladado su centro de acción desde el intercambio de trabajo por salario al intercambio trabajo por empleo, luego a la luz de estas pautas, y “mutatis mutandis”, la protección de la vejez participa de ese mismo giro estratégico. Nuestro objeto analítico tropieza, de una parte, con un plantel de polarizaciones sistémicas de orden dicotómico (estar “dentro” o “fuera”, economía formal vs. informal, integración vs. vulnerabilidad), y también choca con otro caudal de segmentaciones intra-sistémicas desde cada nódulo estructural, lo cual provoca una intensísima complejización y fragmentación societal y fracturas dualizadoras extraordinariamente graves. Este basamento y las dimensiones laborales del mismo repercuten indefectiblemente en las políticas de jubilación pues los procesos de abstracción jurídica recaban tales pilares cuando positivizan las categorías de dicha macro-institución.

Como decíamos, los poderes públicos incoan un amplio abanico de medidas específicas para los trabajadores de edad madura y la tercera edad, entre las cuales sobresalen las ayudas a la dependencia⁵, el estatus de los parados de larga duración y el régimen fractal de las jubilaciones. La rama social del derecho recaba una amalgama de variables que diseccionan los supuestos fácticos y el régimen de efectos jurídicos, sin embargo es un esquema sometido a múltiples combinaciones en sentido radial y transversal, generando con ello un tejido extremadamente casuístico y en mutación continua. La potencialidad

⁴ Aludo en concreto al discurso Regio pronunciado en el Parlamento Holandés con la apertura del período de sesiones en el 2013. La literatura politológica, por lo demás, hace tiempo que recaba el concepto “sociedad del bienestar” como alternativa heurística a la “Estatalización” del precitado bien. Sobre dicha temática, vid por todos el ensayo de Esping Andersen G y Palier B. “Los tres grandes retos del Estado del bienestar”, Ed. Ariel, Barcelona, 2009.

⁵ Es evidente la yuxtaposición institucional entre jubilaciones y dependencia, por ejemplo, si consideramos que el 50% de los dependientes tienen más de ochenta años. Empero, la dependencia ha sido la gran sacrificada de la hipercrisis, muchas veces debido a una mala praxis austeritaria por parte de las Autonomías. Lejos de ello, invertir en dependencia implica ahorro en gasto psicosocial y sanitario, considerando el coste comparativo de una cama diaria hospitalaria y las virtudes socio-materiales de la atención externa. Un completo análisis de dicho asunto y de su problematización temática en “La aplicación de la Ley de Dependencia en España” (Dir. González Ortega), CES, Madrid, 2013, en espec. Capítulos I, III y IX.

de variables incidentes en esta materia demuestra la enorme complejidad de la jubilación en su tratamiento jurídico y en sus derivaciones metanormativas. En verdad, los efectos del tecnoglobalismo y de la hipercrisis financiera inciden en los cimientos estructurales de dicho eje analítico: empleo, vías de financiación, vejez y dependencia. Entre otras muchas paradojas, las facilidades dadas por los legisladores para acometer los macro-procesos de ajustes de plantilla y de amortización de puestos tropiezan, de contrario, con grandes obstáculos para el reingreso de la fuerza laboral al mercado de trabajo, ahora bien, el auténtico problema es que todo ello dificultará extraordinariamente la cobertura de los períodos de carencia requeridos para tener acceso a las prestaciones de la seguridad social⁶. Si tales parámetros interactúan a modo de vasos comunicantes, y si los dispositivos jurídicos también interaccionan mediante complejas circularidades institucionales, la temática de la jubilación se complejiza de forma mayestática cuando cada uno de los pilares descritos representa por separado una problematización estructural “per se”.

2. Los prolegómenos del siglo XXI están evidenciando que el desempleo no es una recidiva heredada secularmente sino un elemento “caracteriológico” del “hiperglobalismo”⁷, la volatilidad financiera y la división internacional del trabajo. El enquistamiento del paro y los abruptos procesos de amortización de puestos no son sólo un producto de la recesión económica sino un factor de profundas raíces “infraestructurales”, entre otras cosas, debido a una revolución tecnológica que permite un fácil reemplazo de la mano de obra humana. Junto a esto, el envejecimiento y la dependencia son uno de los problemas socioeconómicos más perentorios de las sociedades occidentales, sobre todo tras la mutación morfológica que viene sufriendo la institución familiar y el debilitamiento de los vínculos familiares. Desde el 2004 al 2050, el incremento de personas mayores de 65 años aumentará en Europa desde el 16.4% al 30%, pasando de 75.3 millones a 134.5 millones de personas⁸, y España, muy en particular, ha experimentado uno de los procesos de envejecimiento demográficos más rápidos del mundo, con cifras que ya sitúan el porcentaje de personas

⁶ Para cotejar analíticamente, y con prospecciones de futuro, el cambio en el impacto de la carrera laboral sobre el porcentaje de pensión, vid el estudio de Muñoz de Bustillo “Mercado de trabajo y viabilidad del sistema de pensiones”, en la obra col. “El sistema de pensiones de jubilación...”, op, cit, pp. 113 a 117; del mismo autor, vid “La cuantía de las pensiones a medio plazo, sus efectos sobre el sistema de pensiones y el estudio de alternativas, FIPROS/2006/61”, disponible en: http://www.segsocial.es/Internet_1/Estadistica/FondodeInvestigacio48073/EstudiosFIPROS/Tema1/index.htm.

⁷ Recabo la metáfora elaborada por Rodrik (“La paradoja de la globalización. Democracia y futuro de la economía mundial”, Antoni Bosch, Barcelona, 2011) para rotular esta etapa intensificadora del orden global, sumándome a sus deseos de reaccionar con una “globalización inteligente, no una globalización máxima” (pág. 21).

⁸ Vid Eurostat: EU25 population rises until 2025, then falls”, Population Projections 2004-2050”, New Release, abril del 2005.

mayores de sesenta y cinco años en el 30-35% de la población⁹. Edad y vejez constituyen, pues, una preocupación medular en cualquier país pero, como decía, su problemática se amplifica cuando los sistemas políticos y normativos distan de ofrecer respuestas acordes a la envergadura del referido proceso.

En efecto, la combinación de tres vectores, a saber: tasas casi unitarias de natalidad, decreciente mortalidad y mejores niveles de seguridad e higiene, trastocan desde hace décadas las pirámides demográficas y catapultan un extraordinario aumento de personas mayores y ancianas. Se habla así de una triple dimensión del envejecimiento que combina variables cuantitativas y cualitativas. Las primeras vienen dadas por las tendencias ascendentes de la esperanza de vida. Las segundas se vinculan a un fenómeno de “envejecimiento del envejecimiento” (mayor longevidad de los grupos de edades superiores a 65 años), que a su vez se solapa con otro fenómeno de “psico-envejecimiento” en una “sociedad del cansancio” sobrecargada informacionalmente y entre una población con cotas incesantes de desgaste laboral¹⁰. Como evidencia de ello, emergen categorías que segmentan el macro-colectivo de las “personas dependientes” y la otrora “tercera edad” (60-75 años) con ulteriores clasificaciones internas socio-normativas. Es el caso, por ejemplo, de los constructos “cuarta edad” (75 o más años) o “quinta edad” (por encima de los 85) ya barajados en el terreno teórico y empírico para rotular un universo poblacional cada vez más numeroso y, por ende, necesitado de protección suplementaria.

Frente al escenario descrito, los Estados se ven incapaces de atender la gama de servicios y necesidades demandadas de forma acumulativa, máxime con el adelgazamiento del sector público llevado a cabo desde la activación de la hipercrisis, lo que, en cierto modo, tiende a provocar desequilibrios en el ámbito de la intervención jurídica mediante exacerbaciones multi-reguladoras compensatorias, en los términos como abordaremos más adelante (punto 4). Por si fuera poco, los poderes públicos no cuentan con ingresos con los que afrontar la densificación demográfica sufrida desde el pasado siglo en mag-

⁹ Son previsiones del “Libro Blanco del Envejecimiento Activo”, IMSERSO, Madrid, 2011, p. 42. Comparativamente sólo se acercan los casos de Italia y Grecia (35.5% y 32.5%) pues desde ahí se abre una importante brecha respecto de Luxemburgo, Países Bajos y Dinamarca (22.1%, 23.5%, y 24.1%). Si colacionamos el rango de los más mayores (más de ochenta años) también se hipostasía un repunte del 4% al 14%.

¹⁰ Por ilustrar lo aseverado, piénsese en las secuelas que está generando el actual escenario de infoxicación y las bajas laborales derivadas del ejercicio de “jefaturas tóxicas” en puestos clave directivos, muchas veces al albur de una “patocracia” permisiva y/o cómplice, y reflexiónese acto seguido en los efectos sociales, e incluso contables, que dicho escenario viene provocando en términos de morbilidad, recidivas, litigiosidad, ambientes hostiles de trabajo y, sobre todo, dificultades para el reciclaje de los trabajadores afectados por tales conductas de hostigamiento. Sobre estos extremos, y el concepto mismo de “sociedad del cansancio”, me remito a mi análisis “Bases teóricas, fácticas y contra-fácticas del acoso moral e institucional”, REDT (en prensa).

nitudes exponenciales¹¹, de suerte que, si difícil es cuadrar las ecuaciones en términos matemáticos, la dificultad se tuerce insalvable con las políticas de recortes y de austeridad. Son ya muchos los gobiernos conservadores que han aprovechado este contexto para impulsar reformas de grandísimo calado en los sistemas de pensiones, sin remover empero el hipocentro real de la crisis (sistema bancario y financiero) ni incidir en los epicentros redistributivos del sistema tributario y la equidad impositiva, lo cual evidencia, para quien en verdad quiera apreciarlo, las tácticas encubridoras del capitalismo y su transmutación instrumental por el poder político y económico. Las reformas de la jubilación encierran, cómo no, un bastidor supra-normativo de obligado examen en cuanto deviene de la arquitectura sociojurídica de las instituciones, pero también, y esto como opción des-reificadora personal de cada investigador, porque sus códigos encierran otra reproducción cíclica más de dominancias preexistentes, ya se parapete ello en un pluralismo político a-plural, en una maraña de cálculos econométricos o en el juego distópico del lenguaje, entreverado éste en una amalgama de mensajes pragmáticos sin opresiones aparentes¹².

Hace tiempo que la rama social del derecho se encuentra en una encrucijada reformista sin parangón en el decurso evolutivo de nuestra disciplina, y en este caso las jubilaciones representan otra pieza más de tan complejo puzzle jurídico-político. La duda a despejar es si asistimos a un cambio intencional del equilibrio capital/trabajo tendente a evidenciar la incompatibilidad de la globalización y la demografía con todo lo público y las políticas públicas. Es como si la derecha clásica, o sea, la derecha económica, política, judicial y religiosa, en maridaje con la “derecha líquida”¹³ (comunicacional, corporatista, “bancrática” y “asesorial”), hubiera decidido, nada más transitar el milenio, que “las cosas volvieran a su cauce natural”¹⁴. La gran capacidad de las formas de opresión emergentes

¹¹ En el debate globalizador pasa desapercibida la acusadísima densificación demográfica sufrida por la especie humana en apenas dos milenios. La población mundial pasó de 257 millones de personas en el año 0, a 954 millones en el 1800, pero en dos siglos experimentó un salto exponencial: 6000 millones en el 2000. Es más, las proyecciones sostienen tales inercias de crecimiento, y así (en millones de personas): 7.716 en el 2020; 8034 en el 2025; 8.424 en el 2030; 8.743 en el 2035; 9.038 en el 2040; 9.308 en el 2045; 9550 en el 2050, hasta llegar a 10.853 en el 2100 (ONU, “Proyecciones de la demanda poblacional. 2012”).

¹² Como acertadamente señalara Laswell, “Para perpetuarse, una ideología bien cimentada no necesita que quienes resultan más beneficiados hagan mucha propaganda. Cuando se plantea el problema de los medios y métodos adecuados para propagar la convicción, es que esta ya ha languidecido, que los principios básicos de la sociedad han declinado o que una idea nueva y triunfante no ha conquistado todavía la lealtad automática de viejos y jóvenes” (en “La política como reparto de influencia”, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, p. 31). En este orden de ideas, la pseudo-racionalidad postmoderna instrumentaliza los marcos de referencia sociales incidiendo en el inconsciente cognitivo, básicamente mediante el juego de las metáforas y la abducción del mensaje político, por ende con el máximo control posible de los medios de comunicación. Sobre este punto, resulta esclarecedor el ensayo de Lakoff G. “No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político”, Ed. Foro Complutense, Madrid, 2007, p. 87.

¹³ Recabo en la metáfora la adjetivación de Z. Bauman “Vida líquida”, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.

¹⁴ Izquierdo J: “No es un sueño, no; es peor”, Diario El País, 24/9/2013, p. 29.

consiste en el reclutamiento de mil maneras transmutadas de maridaje científico donde respaldar el espíritu racionalizador capitalista junto al artilugio de la univocidad para imponer tales tesis sabiendo de antemano que las contrarias se reducen a meras contradicciones superfluas. Al fin y al cabo, el corporatismo económico tiene la abyecta capacidad de acumular poder exponencialmente relegando la intelectualidad a un sentimiento prístino de impotencia.

3. El debate de las pensiones participa, claro está, de las ideas expuestas, pero el problema es que plantea un horizonte más profundo de mutación de los modelos de seguridad social. Entre otras evidencias, la crisis fiscal ha puesto de manifiesto el rol del Estado como agente inversor colacionando, además, argumentos “salvíficos” de elevada perspicacia heurística, sin embargo la línea roja estriba en haberse colacionado tales justificaciones por encima de la gravedad paliativa de un escenario de exclusión institucionalizada. La gran paradoja del debate del modelo de pensiones quizás estriba en la “naturalidad” como se están planteando estos cambios y su anudamiento con un caudal de perversiones instrumentales bajo la siguientes secuencia: los ajustes presupuestarios acentúan la recesión y la caída de ingresos, esto lleva a elevaciones impositivas —generalmente en los tipos indirectos— pero la recaudación no cubre las prospecciones contables, lo cual retrasa la consolidación fiscal y remite, de consuno, a una circularidad incidente en los gastos sociales, incidencia que, sin embargo, termina repercutiendo con más gravedad en los sectores de la población mayormente desfavorecidos. Desde hace tres décadas, más de treinta países han incoado importantes procesos de reformas de la jubilación y muchos de ellos ya han sustituido, total o parcialmente, los otrora sistemas de reparto por sistemas fundados en cuentas privadas e individuales. Por tanto adquiere consistencia la hipótesis de asistir a un desmantelamiento auto-legitimador del sistema público de pensiones que cede el testigo sedicentemente a los modelos privados de capitalización y demás figuras derivadas¹⁵. En otras palabras, asistimos a una desvertebración del “paradigma asegurador”, o sea,

¹⁵ Como muestra de lo aseverado, el pistoletazo de la reforma de la jubilación ha supuesto un aumento de un 6.5% en el dinero invertido en pensiones privadas: 89.632 millones respecto del año anterior. Entiendo, además, que el aparcamiento transitorio de los fondos de capitalización forma un guión trenzado que rescatará dichas figuras en plazos más breves de lo previsible. Sobre esta hipótesis, me remito a mi estudio “Fondos de capitalización e indemnizaciones por despido: una aproximación teórica y valorativa” (AS nº 6, octubre del 2011, en espec. pp. 116 y 117). Por lo demás, los dispositivos de seguridad social generalizan figuras paralelas de capitalización. Así ocurre con la ampliación de las posibilidades aplicativas de la referida capitalización para jóvenes menores de 30 años (Art. 4.1 del RDL 4/2013, modificando la disp. Trans 4ª, 3, 4 y 5 de la Ley 45/2002), con la posibilidad de percibir de forma acumulada la prestación contributiva de desempleo a un dilatado marco de trabajadores extranjeros no comunitarios para facilitar su retorno (RDL 4/2008, RD 1800/2008, y arts. 120 a 122 del RD 557/2011), o con la progresiva ampliación de las posibilidades para compatibilizar el desempleo con el trabajo por cuenta propia en el marco de los programas de fomento del empleo (art. 228.6 TRLGSS, modificado por los arts. 2 y 3 del RDL 4/2013).

un derrubio reificado de los cimientos cenitales del Estado social y la sociedad del bienestar¹⁶.

El régimen de las pensiones y del sistema de jubilación aglutina un crisol de objetivos multivalentes que, por ello mismo, complica el examen de dicho asunto si quiera al mismo nivel que el bagaje argumental recabado para legitimar tales cambios. Así con todo, entiendo que las reformas no son ya cambios “en” el sistema sino “del” propio sistema en clave sustitutiva. El desequilibrio entre gastos e ingresos recaba argumentos retro-inductivos para evitar supuestas “quiebras sistémicas”, y si bien es verdad que la jubilación acapara el 68% del gasto público en pensiones contributivas, y que las prospecciones a medio plazo dibujan una ampliación entre el gasto total y las cuotas en términos PIB¹⁷, tampoco es menos cierta la subversión de lo urgente desde lo importante. La extraordinaria celeridad en implementar medidas de calado social¹⁸ contrasta de plano con la contención en las acciones económicas que realmente urgen para desactivar la crisis (v.gr. supervisor único bancario, acceso al crédito, unión fiscal) demostrándose así la dominancia ideológica de las acciones u omisiones y los subterfugios utilizados mesiánicamente por el poder político. El Estado, vía poder ejecutivo, escudriña un plantel de cálculos probabilísticos y ecuaciones matemáticas, y vocifera los riesgos de quiebra en caso de no realizarse el saneamiento estructural del sistema y el equilibrio financiero. La lucha social se reconduce, pues, al terreno interpretativo. El dato econométrico resulta recabado con hilaridad científica y “calculística” para ocultar, a corto plazo, un plantel de “desigualdades legítimas” aquilatando, a largo plazo, los efectos de tales reformas, y todo ello, según decía, con el agravante de incoar las reformas en un escenario mefítico de gravísimas fracturas sociales.

El presente artículo propende un doble fin. En primer lugar, y como hilo central conductor, analizaremos los códigos y estructuras socio-normativas que dan soporte al instituto de la jubilación. Se trata de desbrozar las categorías que componen dicha figura mediante una visión sistémica y crítica de su régimen y de su cartografía institucional, luego, en estos términos, seguiremos metodológicamente un enfoque nomológico-deductivo, próximo a la sociología jurídica. El régimen de la jubilación positiviza un subsistema unitario dentro de la seguridad social y de la rama social del derecho pero su tratamiento no cesa de

¹⁶ En igual sentido, Monereo Pérez JL “El modelo de protección por desempleo: Configuración técnica y orientaciones de su reforma”, en “La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras”, op. cit, p. 1025.

¹⁷ Concretamente la evolución del importe (en porcentajes de PIB) dibuja un arco de separación ascendente: 10.1/ 9.9% en el 2010; 10.6/ 9.74% en el 2020; 12.3/ 9.74% en el 2040; y 13.7/ 9.74% para el 2060; fuente Seguridad Social y Ageing Report 2012.

¹⁸ V.gr. RDL. 3/2012, RD 1438, de 29 de octubre y Orden ESS 2451/2012 reguladores del procedimiento de despido colectivo, suspensión y reducción de jornada, o en fin el adelantamiento del factor de sostenibilidad desde el 2027 ex Ley 27/2011 al momento actual.

experimentar reformas de grandísimo calado sucedidas en muy breve tiempo y con una alternancia consecutiva de partidos en el gobierno, lo cual plantea ya en sí inferencias muy claras del caudal de “ilogicidades” superpuestas a la lógica formal. Del mismo modo, parece coherente la adopción de enfoques valorativos que trasciendan del mecanicismo hermenéutico y traduzcan un sistema de proposiciones críticas de dicha estructura reguladora.

2. BASES INSTITUCIONALES DE LA JUBILACIÓN

1. El sostén de la vejez ha sido una preocupación constante en nuestra especie a lo largo de la historia sin embargo la protección institucional de tales situaciones ha sufrido cambios importantísimos desde las fórmulas inespecíficas de protección hasta los mecanismos más perfilados de protección a los mayores en etapas próximas en el tiempo¹⁹. Durante el período preindustrial, por ejemplo, los trabajadores realizaban su actividad laboral hasta el final de sus vidas, ahora bien, la dominancia de la civilización industrial, junto a las primeras reacciones tutelares del Estado en las relaciones de trabajo, perfilaron un plantel de categorías para hacer frente a los riesgos derivados de la edad y la vejez. Ciertamente el tránsito de la sociedad agraria a la sociedad industrial erosiona los elementos de solidaridad forjados alrededor de los vínculos familiares, de ahí que fuese necesario idear nuevos mecanismos de sostén donde aglutinar las funciones de integración individual, cohesión social e incluso pacificación política. La secuenciación institucional del acto de jubilación afianza la participación del sujeto en la producción económica, incluso en situaciones de elevado desempleo, como la actual, las pensiones pueden ser el sostén alimenticio de las familias, atenuando en ambos casos el conflicto capital/trabajo. La relación jurídica de seguridad social acapararía, por tanto, estas finalidades previsoras y protectoras del riesgo derivado de la edad, instituyendo dichos códigos extramuros de los moldes iusprivatistas y del estricto principio de equivalencia de las prestaciones

Como sabemos, las bases institucionales del sistema de pensiones se asientan en España en 1908 de la mano del Instituto Nacional de Previsión, el cual estableció un marco de seguros sociales de carácter voluntario y en régi-

¹⁹ A modo ilustrativo, los monarcas concedían discrecionalmente rentas vitalicias a ciertos súbditos para compensarles por los servicios realizados. Más tarde se generalizan dichos privilegios, ya convertidos en títulos jurídicos y en derechos, entre los trabajadores al servicio de la cosa pública, convirtiéndose asimismo tales contingencias en una de las preocupaciones originarias dentro del entramado de figuras de los primeros seguros sociales; vid con mayor extensión Almansa Pastor J. “Derecho de la seguridad social”, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 454.

men subsidiado²⁰. Once años más tarde, el RD. 11 de marzo de 1919 instituye el “retiro obrero” transformando el marco anterior en un “seguro obligatorio de vejez”. Esta figura vendría a extenderse al conjunto de la población asalariada comprendida entre los 16 y 65 años, nutriéndose al efecto de contribuciones satisfechas por la patronal y el Estado (arts. 1.1 y 1.4 del referido RD). La segunda república sólo acomete algunas modificaciones puntuales en esta materia, como el Decreto de 16 de octubre de 1931, regulador de la percepción de bonificaciones del retiro obrero, sin embargo cabe destacar en esta etapa un bloque de iniciativas que abrieron una importante senda de trabajo en pro de la unificación de los seguros sociales²¹. Durante la etapa franquista, la Ley de 1 de septiembre de 1939 instituyó el seguro de vejez manteniendo su configuración de invalidez presunta, vista la relación de incompatibilidad existente entre la percepción del subsidio y la realización de trabajos por cuenta ajena. En 1947 el subsidio de vejez se integra en un seguro de vejez e invalidez (SOVI), fundamentándose dicha integración en un propendido paralelismo institucional entre la senilidad, la vejez prematura y la incapacidad²². Con estos antecedentes, la Ley de Bases de 1963, y posteriormente las Leyes de seguridad social de 1966 y 1974, no tuvieron demasiados problemas en aplicar el canon de consideración conjunta de las contingencias protegidas atribuyendo a la jubilación un perfil propio, ya con cuantías de la pensión proporcionales a las bases cotizadas, prestaciones únicas para cada pensionista y dación de ayudas a cargo de una misma entidad gestora. Con la democracia, la Ley 31/1985, de 31 de

²⁰ Según rezaba el art. 13 de la ley de 27 de febrero de 1908, creadora del mentado instituto, “Las operaciones peculiares del Instituto serán renta vitalicia, diferida o temporal, constituida a favor de personas de las clases trabajadores mediante imposiciones únicas o periódicas verificadas por quienes hayan de disfrutar dichas pensiones, o bien por otras personas o entidades a su nombre, bajo el pacto de cesión o de reserva del capital, en todo o parte, para los derechohabientes. También podrán constituirse en forma análoga pensiones de retiro a favor de obreros del Estado y de empleados o funcionarios públicos o particulares de todas clases, cuyo sueldo o derechos no excedan de 3000 pesetas anuales y no disfruten la jubilación por las disposiciones legales vigentes”. Para profundizar en la evolución histórica de nuestra contingencia, vid el análisis de Maldonado Molina, J-A., “Génesis y evolución de la protección social por vejez en España”, especialmente el Capítulo II de dicha obra, MTAS, Madrid, 2002. Paralelamente, vid García Ninet, J y García Ortega, “Textos históricos fundamentales sobre la protección de la vejez”, RSS nº 16, 1982, pp. 563 y ss, así como la periodización y estudios contenidos en el Capítulo III de la obra “Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa...”, coord. López Cubre, cit.

²¹ Ese proceso tuvo dos explicaciones dominantes: la figura de Largo Caballero y la ratificación de los Convenios nº 24 y 25 de la OIT, y se canalizó a través de una ponencia nacional cuyos trabajos dieron lugar a un anteproyecto de ley que unificaba el sistema de seguros sociales, contemplando entre ello la regulación de un seguro de vejez. Sobre estos extremos, vid Maldonado Molina JA “Génesis y evolución...”, ult, cit, p. 71.

²² Exposición de Motivos del Decreto de 18 de abril de 1947; sobre el trasfondo sociojurídico del referido anudamiento, vid, Álvarez de la Rosa M. “Invalidez permanente y seguridad social”, Cívitas, Madrid, 1992, pp. 122 y ss.

julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la seguridad social, acometió una restricción en el acceso a las prestaciones debido a las dificultades económicas que atravesaba dicho sistema, pero, por otro lado, la Ley 26/1990, de 26 de diciembre, dio un espaldarazo definitivo a dicha contingencia mediante el establecimiento de las pensiones no contributivas. Cerrando esta breve génesis preliminar, la jubilación recibiría un tratamiento sistemático en el Capítulo VII del Título II del RD Leg. 1/1994, de 20 de junio, cuyo contenido ha sufrido una diáspora de reformas legislativas sin solución de continuidad.

2. De la génesis descrita resaltaré aparte el tratamiento de dicho objeto analítico en el art. 50 CE. Como sabemos, dicho precepto se integra dentro de los cánones programáticos comandados por el Constituyente a los poderes públicos, de suerte que los derechos y principios del Capítulo III ostentan la consideración jurídica de dispositivos de configuración legal. Gran parte de los preceptos integrados bajo la rúbrica de los principios rectores de la política social y económica dibujan un horizonte de políticas para colectivos que merecen una especial protección merced a la relevancia societal intrínseca de tales grupos y la particular situación de vulnerabilidad que los envuelve. En este sentido, no es baladí que los artículos 48 a 51 CE tracen un puente común integrando a la tercera edad junto al colectivo de jóvenes, los discapacitados y los consumidores y usuarios. Por razones de espacio huelga profundizar en el contenido del precepto pero sí rescataré algunas ideas para la exégesis de nuestro objeto analítico.

En puridad, la Constitución comanda a los poderes públicos que acometan, cuanto menos, una dualidad de acciones respecto del colectivo de mayores, eufemísticamente tildados de “tercera edad” por el art. 50 CE. De una parte, hay que garantizar su “suficiencia económica” “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, añadiéndose a esto un segundo mandato de promover “su bienestar mediante servicios sociales”. La doctrina científica ha tenido oportunidad de criticar la superficialidad y evanescencia del precepto, cuya construcción formal y estilística ayudan bastante poco en la hermenéutica aplicativa del mismo²³. Constructos tales como “pensiones adecuadas”, “suficiencia económica” o “bienestar”, no son, precisamente, un loor garantista ni de técnica jurídica, al contrario, representan un brindis al sol que abdica de un macro-colectivo vulnerable, justo aquel que, merced a sus ínsitas características psico-físicas, se encuentra en condiciones desigualitarias con el universo general de trabajadores. El Constituyente sin duda pecó de inequidad con tan escasa ambición protectora, y a mi entender habría sido necesario un mayor esfuerzo definitorio de las acciones reservables a la ancianidad, siguiendo por

²³ Por todos, Maldonado Molina JA “La protección de la vejez en España...”, op, cit, p. 156.

cierto la senda de los textos constitucionales recabados en aquella época para redactar el art. 50 CE²⁴.

La Carta Magna traza un *curso para la acción* de los poderes públicos respecto del colectivo de mayores, y lo hace demarcando dos bloques de preferencias en la construcción técnica y teleológica del art. 50 CE. Mientras las primeras acciones ostentan una concreción económica a través de las pensiones de jubilación, las segundas cuentan con un abanico de soportes materiales gracias a las acciones de apoyo y atención específica a la tercera edad. En cualquier caso, el tratamiento constitucional del colectivo de mayores es poco afortunado. En vez de sujetos de derechos, el art. 50 CE religa de la tercera edad convirtiendo dicha colectividad poblacional en un objeto pasivo. Es más, la construcción formal del precepto supura un prurito de filantropía auto-complaciente mediante expresiones henchidas de ambigüedad y amplitud. La vinculación jurídica de los cánones del art. 50 CE resulta inane pues permite múltiples “atajos hermenéuticos” y aplicativos de dichas previsiones constitucionales. Y si se me permite el retruécano, las posibles connotaciones léxico-positivas del constructo “bienestar” pueden diluirse con suma facilidad en un mar de “malestares” variopintos.

Lo expuesto me lleva a trazar un puente hermenéutico con el valor entativo de la dignidad. Se trata de incorporar el canon del art. 10 CE a la hermenéutica de esta materia y de aducirlo como un valor superior de inexorable presencia en cualesquiera acciones protectoras del colectivo de mayores. El margen interpretativo que detenta el operador jurídico desde el tamiz del art. 50 CE labra un terreno exegético demasiado laxo, como lábil es también el campo de maniobra político y partidista en el plantel argumental de las reformas legislativas. Dignidad y calidad de vida de nuestros mayores deben ser, muy por encima de todo, un esquema binario inescindible e intocable, máxime si consideramos el sustrato de un colectivo pre-hipotecado en acciones y reacciones, so pena de perfilar formas enmohecidas de existencia para quienes en su momento sostuvieron los cimientos de la sociedad y sus reglas de convivencia.

3. El TRLGSS ultima las previsiones del Constituyente incluyendo dichas contingencias en el contenido general de la acción protectora. La técnica utilizada por el legislador tiende un puente normativo con las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, donde como sabemos el art. 49.f integra la jubilación

²⁴ La doctrina constitucional sostiene que el contenido y el significado del art. 50 CE proviene del art. 72 de la Constitución Portuguesa, cuya construcción dista mucho del referido precepto. Según señala dicho art. 72 (“De la ancianidad”): 1/. “El Estado promoverá una política de la ancianidad (“terceira idade”) que garantice la seguridad económica de las personas de edad. 2/. La política de ancianidad deberá, además, proporcionar condiciones de vivienda y convivencia familiar y comunitaria que eviten y superen el aislamiento o marginación social de las personas de edad y les ofrezcan oportunidad de crear y desarrollar formas de realización personal a través de una participación activa en la vida de la comunidad”.

dentro del listado de causas extintivas. Con ese encaje, el art. 38 TRLGSS concreta el dispositivo Estatutario desde un doble haz de previsiones. Primero de forma expresa en el párrafo c), donde se alude a la “jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva”, vinculando a esto la dación de ayudas en formas de prestaciones económicas. Sin embargo, y como es sabido, la edad y la vejez tienen otros encajes complementarios en el ámbito de la acción protectora. Según veremos, nuestra contingencia encierra una complejidad institucional intrínseca pues, entre otros aspectos, ostenta un objeto radial de efectos sinérgicos, no en vano, y respectivamente, es un gozne donde inciden otras prestaciones del sistema y desde donde se despliegan un abanico de medidas de protección complementarias. El factor edad tiende puentes institucionales con las situaciones de incapacidad, muerte y supervivencia, ora yuxtaponiéndose o sucediéndose con las mismas, pero la edad también es un pivote indirecto de las prestaciones asistenciales, de suerte que si el primer caso devenga un régimen de prestaciones económicas, el segundo abre la facilitación de servicios sociales al amparo de lo dispuesto en el párrafo e) del art. 38 TRLGSS y normas concordantes. Inclusive es un régimen que dispone de constructos y cánones exegéticos particularizados (v.gr. doctrina del paréntesis, lagunas de cotización, límite de rentas, cuantías mínimas garantizadas, etc). Al igual que otras categorías, el tejido jurídico de la jubilación propende integrar los avances y disfuncionalidades detectadas desde la aplicación material de sus previsiones reguladoras. Ese proceso deviene, esencialmente, de la labor acometida por la doctrina y la jurisprudencia (constitucional, comunitaria y ordinaria) y se perfila gracias al propio funcionamiento interno de las administraciones encargadas de gestionar dichas prestaciones. En este sentido, sobresale el papel de las instrucciones y circulares distribuidas entre las distintas direcciones y jefaturas, desde cuyos núcleos orgánicos se incoan actuaciones esclarecedoras de los vacíos jurídicos y demás discordancias derivadas de la aplicación material de las jubilaciones. En suma, nos encontramos con un subsistema fractal de gran complejidad técnica y, si cabe, mayor dimensión política e ideológica, aspectos éstos agudizados en momentos de “austericidio” de los pilares del bienestar.

3. ALGUNAS PRECISIONES TEÓRICAS Y CONCEPTUALES

1. La vejez y el envejecimiento representan un estatuto de vulnerabilidad acentuada para el individuo desde una multitud de terrenos. Para empezar no es baladí que el primero de dichos conceptos vaya más allá de su sentido etimológico (“vetulus”: de cierta edad) y que desprenda connotaciones de tamiz peyorativo (“vetus”/“eris”: cualidad de “viejo”). Ciertamente, la vejez alude a

un estadio y a un fenómeno biológico que enmarca una etapa más del ciclo vital de cada persona, justo aquel caracterizado por un deterioro orgánico intenso y progresivo. Frente a esto, el envejecimiento, o “senescencia”, desprende connotaciones diacrónicas y “procesuales” (avejentar, envejecer). A grandes líneas sugiere una alteración importante de las propiedades orgánicas del sujeto y de enlentecimiento en la capacidad de respuesta del mismo a los agentes externos, pero, más particularmente, integra un conglomerado de cambios anatómicos y psico-fisiológicos producidos en los seres humanos por el transcurso del tiempo. Estas alteraciones deterioran el organismo, la regeneración celular y la capacidad adaptativa del individuo, hasta finalizar, por el carácter inevitable e irreversible del proceso, con la muerte.

El término “jubilación” tiene la propensión de integrar el abanico descrito de situaciones de necesidad social confiriéndole una abstracción típica en el terreno jurídico. Una primera aproximación terminológica nos proporciona varias acepciones de interés, las cuales, y como veremos, se irradian al significado institucional del constructo. Aparte de las connotaciones positivas que desprende dicho término en la acepción etimológica del mismo²⁵, la estructura de la expresión presupone, por activa, una acción: jubilar(se) pero también, y por pasiva, nos lleva a un resultado: el estatuto de jubilado. Además, el esquema descrito se vincula a un mecanismo de disposición sinalagmática: recibir una pensión debidamente advenida por los poderes públicos a cambio de las contribuciones económicas y/o sociales efectuadas por cada ciudadano y por cada trabajador.

2. El fundamento teórico de la protección de la vejez recoge estas ideas preliminares y perfila varias hipótesis explicativas. Tradicionalmente la dogmática iuslaboralista construyó este asunto merced a dos tesis básicas, que se correlacionarían con sendas valoraciones “optimistas” o “pesimistas” de nuestro objeto analítico. Las primeras equipararían la vejez con la ancianidad, derivando en estatutos premiales de descanso compensatorio de la trayectoria de los trabajadores. Las segundas teorías asocian la vejez con la senectud o senilidad, vinculando de ese modo la jubilación con estatutos próximos a la invalidez e incapacidad²⁶. Frente a ambas tesis, se asiste desde hace años a un replanteamiento de la contingencia protegida que transmuta el concepto jurídico de vejez y, con ello, el rol institucional de la jubilación. Por regla general,

²⁵ Según Corominas (“Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana”, Ed. Gredos, 2008), “jubilación” es un derivativo del verbo jubilar, esto es, lanzar gritos de júbilo, y enmarca su origen en el hebreo “yobel”, que emplaza con solemnidades judías de celebración cada cincuenta años. La expresión “yobel” inhiere un cuerno de morueco con el que se daba la señal de comienzo de dicha festividad.

²⁶ Más ampliamente, vid. Maldonado Molina JA “La protección de la vejez en España...”, op. cit, pp. 40 a 51.

los análisis dogmáticos han enfatizado las transformaciones de los procesos de rotulación grupal tras la dilatación del colectivo de trabajadores de edad avanzada. Ese cambio conceptual acontece realmente en España tras la Recomendación CEE de 10/12/82 y el giro operado desde ese momento en las otrora reglas de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión²⁷. Ahora bien, frente a las ideografías y cánones en ascenso, las políticas relativas a la mayor edad diluyen ciertos códigos en las estructuras nomotéticas. Los cánones cronológicos y economicistas se anteponen a los estrictamente sociales y biologicistas, sesgando con ello el enfoque asignable a este campo de intervención pública, rama social del derecho inclusive.

Según vimos, los estudios empíricos evidencian desde hace tiempo el desplazamiento sufrido por la pirámide poblacional desde su base a los estratos superiores y las drásticas alteraciones de su configuración interna, sin embargo la entidad del envejecimiento trasciende con mucho de los datos demográficos, jurídicos y econométricos. Entraña un cambio sociocultural de colosales dimensiones, incluso trans-personales. La ampliación de los ciclos vitales en tres grandes estadios y la extensión socio-biográfica de sus vértices tiende a alejar el significado entrópico de las leyes del envejecimiento. El código emergente estriba en concebir la tercera edad no como una patología sino como un potencial, lo que a su vez tiende a examinar dicho asunto desde una dialéctica binaria: problema vs. oportunidad.

Ciertamente, la metáfora en ascenso no es la de una ideografía en forma de “U” *invertida* sino la de una *escalera en ascenso* donde, además, hay que adecuar en cada caso (cohortes, normas, escenarios), y de forma individual, la superficie de los peldaños. Pues bien, estos planteamientos se colacionan para fundamentar los códigos protectores de la vejez en su tratamiento nomotético. Las tesis emergentes enarbolan un canon general de productividad respecto del colectivo de mayores y lo segmentan institucionalmente en una secuencia de regímenes y categorías reguladoras. Según veremos, estos subterfugios ideográficos subvierten la pérdida de la capacidad que indefectiblemente provoca el paso del tiempo en cualesquier fuerza de trabajo. El hecho que el debate enfatice el dato de la mayor esperanza de vida sin colacionar el grave deterioro de la calidad de vida de los mayores ilustra las transducciones instrumentales operadas en dicho asunto. En estos términos, una legislación econométrica elaborada por la tecnociencia diluye el desgaste biológico en el dato cronológico bajo un marchamo incondicional de neutralidad y uniformidad.

3. Con las premisas descritas, y ante la insuficiencia de un concepto legal clarificador, definiré la jubilación en los términos siguientes: *cese total o*

²⁷ Sobre la evolución de dicha regla, cfr. el análisis de Mercader Uguina/ de la Puebla Pinilla/ Muñoz Ruiz, “Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación”, en “La compatibilidad de las prestaciones el sistema...”, op. cit, pp. 145 y 148.

parcial en el empleo y en la actividad profesional debido al cumplimiento de unos umbrales de edad con derecho a una renta sustitutoria proporcional al tiempo cotizado destinada a compensar equitativamente la carencia de ingresos y las cargas derivadas. Procedo a desbrozar los elementos que componen la definición.

- En primer lugar, la jubilación parte de un estatuto jurídico que anuda una trayectoria laboral del trabajador con la llegada de un término. Este primer anclaje teórico me lleva al recabar el concepto “cese”, lo que, a tenor de las categorías que integra la jubilación, se antoja más correcto que el constructo homónimo “extinción”.

- Como decíamos, el “cese” puede materializarse de varias formas institucionales posibles. Técnicamente, caben fórmulas novatorias y estatutos jurídicos singulares en vez de actos extintivos del vínculo laboral en sí. Además, la trayectoria institucional de la jubilación marca una paulatina separación de los umbrales 65/67/70 años. En otras palabras, la “prototipicidad” (cese “total” en el trabajo) convive con un abanico de figuras jurídicas que permiten adelantar el umbral-tipo general mediante prácticas novatorias. Según veremos, ese proceso de apertura y deslizamiento institucional para compaginar la jubilación con otras actividades profesionales responde a motivos muy diversos, fundamentalmente de índole financiero y demográfico, pero también entraña un reconocimiento, si quiera implícito, de un cambio de tendencia en las categorías reguladoras de la jubilación y su concepto mismo. Con vistas al futuro, son evidentes las dificultades que entrañará la cumplimentación íntegra del período de carencia contributivo, lo cual dilata la compatibilidad entre la percepción del subsidio y la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Por ello el concepto refleja la dominancia institucional conferida a las nuevas categorías (“cese parcial”) frente a la regla general (“jubilación total”) del derecho a la jubilación.

- En tercer lugar, los mecanismos estructurales de la jubilación se enhebran con un vínculo de sinalgmaticidad diferida y de solidaridad colectiva. Ese nexo se materializa mediante la entrega periódica de una “renta sustitutoria”, cuyo numerario, según la definición descrita, debe ser “proporcional al tiempo cotizado”. La renta “compensa”, sincrónicamente, el esfuerzo vital empeñado por cada trabajador tras una dilatada trayectoria laboral y el desgaste psico-físico sufrido tras desempeñar diacrónicamente un plantel de actividades profesionales.

- Por último, la jubilación también debe tender a equilibrar la carencia de ingresos del sujeto y el correlativo aumento de las “cargas”, entendido este último concepto en sentido amplio. Y en cualquier caso, nuestra categoría debe anudarse hermenéuticamente con un canon de “equidad” integral, sobre todo en lo que concierne a la dación de las ayudas materiales y la cuantificación de las mismas.

4. EL RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN Y DE SUS ESTRUCTURAS NOMOTÉTICAS

4.1. Conexiones entre el escenario material y el régimen regulador

1. El escenario material e institucional de la jubilación presenta una amalgama de piezas de difícil compacidad y más compleja adecuación sistémica. Lo es así, en primer término, estructuralmente, merced a la relación entre el objeto material protegido y sus sujetos destinatarios, pero aparte de esta entidad intrínseca y del tremendo impacto social de las pensiones, gran parte de los elementos que complejizan dicho asunto tienen una trascendencia meta-normativa. Al carácter cambiante y actuarial de los anclajes que sostienen dicho sistema de protección, hay que añadir las dimensiones políticas de dicho asunto y la beligerancia partidista que ello desprende. El TRLGSS ejerce, eso sí, una posición de centralidad institucional pues sus preceptos proporcionan una estructura conceptual propia, al mismo tiempo que trazan un vasto haz de correspondencias a través de sus dispositivos jurídicos. Así las cosas, a efectos de extraer las claves prospectivas del modelo, parece acertado un enfoque macro donde cohonestemos los dispositivos reguladores (“ad intra”) con los factores materiales (“ad extra”) extrayendo de dicha síntesis los ingredientes nomotéticos del referido intercambio.

La mecánica jurídica de la jubilación correlaciona una situación protegida con unas redes de protección, cuya valencia resulta ser preferentemente económica. La cuantía de las pensiones se diversifica a tenor de las variables recabadas por el legislador cuando éste diseña la estructura general protectora, es decir, los efectos brindados por el sistema, básicamente la renta vitalicia, comparten un factor común de “economicidad”. Cosa distinta ocurre con los presupuestos fácticos y técnicos que dan derecho a las prestaciones pues combinan aspectos relacionados con la contingencia protegida (vejez), la situación de necesidad (defecto de ingresos económicos) y el elemento activador de la prestación (edad pensionable).

Hasta el momento, el debate de las pensiones y su tratamiento jurídico ha venido irradiándose alrededor de un gozne operativo: la edad de cese en el trabajo, cuyo umbral pro medio se ubica en el rango 65-67 años. Desde dicho fulcro, el sistema despliega un doble haz de dispositivos adyacentes. El primero de ellos diversifica el régimen jurídico referenciando ora el adelantamiento o el retraso de la edad pensionable, para lo cual, y respectivamente, se prevé un régimen de compatibilidades (v.gr. trabajo a tiempo parcial) y de complementaciones (v.gr. mejora del importe de la pensión con el trabajo por cuenta propia). Junto a esto se abren espacios añadidos de gran complejidad jurídica en los estadios transicionales que median cuando se acomete una re-

forma integral de las jubilaciones. Ante la mezcolanza de derechos adquiridos y en vías de adquisición, y ante la yuxtaposición resultante de figuras jurídicas, el legislador recurre a las disposiciones transitorias y al establecimiento de períodos explícitos de aplicación concatenada en el tiempo. Con ello se brindan estatutos de protección diferenciados a tenor de los sujetos beneficiarios y cuya vigencia se sucede por períodos aplicativos, pero en cualquier caso son cánones de extraordinaria casuística debido al régimen de solapamientos producidos alrededor suyo.

Desde siempre la edad-umbral pensionable ha venido siendo el elemento matriz de las jubilaciones. En la valoración de dicho canon dominaba una ideografía presuntiva del declive psico-físico infligido por el transcurso de la edad en la fuerza de trabajo, hasta el extremo de haberse considerado dicho decrecimiento como una causa incapacitante “ex lege” (v.gr. a. Disp. Adic. 5ª ET). Prontamente se elaboró una doctrina judicial correctora que delimitaría el concepto de la voluntariedad en el acto de jubilación. El Alto Tribunal decretó la inconstitucionalidad del umbral Estatutario de 69 años (STCO 2 de julio de 1981), derivándose así en un régimen que abría a los convenios colectivos el establecimiento de edades máximas de jubilación siempre que ello se enmarcara en una hermenéutica general de reparto del empleo. Siguiendo ese recorrido exegético, la Ley 3/2012 sancionaría la nulidad e ineffectividad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa (Disp. Final 4ª ex Disp. F. 10ª ET). Ya la Recomendación X del Pacto de Toledo planteó un horizonte diferido de edades de jubilación con aplicaciones flexibles, graduales y escalonadas, retrasos pautados de la edad pensionable así como un régimen de excepciones particularizadas por perfiles y puestos, sin embargo las últimas reformas de la jubilación alteran enfáticamente su centro de gravedad hermenéutico. La Ley 27/2011, el RDL 5/2013, el RDL 11/2013, o la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad, desvisten la vejez de su concepción de riesgo genérico. Tal marco legal recaba factores ajenos a los aspectos psicofísicos e incardinan el acto de jubilación desde el prisma institucional del empleo y el desempleo. Para validar estos aspectos colacionaré dos dimensiones donde confrontar la trabazón entre los dispositivos reguladores y los cambios estructurales que viene experimentando materialmente dicha contingencia.

2. La primera de esas dimensiones ya ha sido expuesta preliminarmente, y estriba en el ensamblaje del régimen de la jubilación con los cambios estructurales que vienen experimentándose en nuestro tejido demográfico. En efecto, nuestro país tiene las tasas más altas de población vieja en Europa debido a los cambios producidos durante los últimos decenios, ahora bien, las tendencias hipostasian un escenario ascendente que, sin duda, repercutirá en el concepto del “mayor” y en la ordenación institucional de todas las estructuras protectoras de la vejez. La población española intensificará paulatinamente dicho

proceso de envejecimiento, de suerte que si en 1990 el porcentaje de mayores de 65 años era del 13.8%, en el 2050 superará el 30%. En esa misma cohorte de edad, y considerando esta vez la distribución por sexos, la población masculina alcanzará en el 2050 los 5.4 millones y la femenina los 7.4 millones, y con igual prospección temporal los octogenarios masculinos alcanzarán los 1.5 millones frente a los 2.7 millones de mujeres. En términos cuantitativos, si en el 2010 la población española mayor de 65 años era de 7.9 millones de personas, en el 2050 ascenderá a 16.9 millones. Traduciéndolo a cifras absolutas, el número de pensiones previstas por la seguridad social pasaría de los 9 millones actuales a los 15 millones en 2052²⁸.

En la explicación de tales magnitudes interaccionan variables muy diversas, las cuales combinan aspectos demográficos (caída de la fecundidad y elongación de la esperanza de vida), aspectos sanitarios y de salud (seguridad e higiene, prevención, cambios en los patrones de enfermedad) aspectos axiológicos (idea de envejecimiento activo, canon de vida autónoma) incluso ventajas atinentes a las regularizaciones de los ingresos derivados del trabajo, donde el régimen de las pensiones resulta ser un eje axial. Los análisis más autorizados han venido resaltando dos elementos dominantes en la evolución de este proceso²⁹. El primero estriba en la inversión demográfica, es decir, la relación entre el colectivo de mayores de 65 y el colectivo de niños (0-14 años). Hasta el año 2000 el desarrollo longitudinal de los primeros fue superior a los segundos, pero tras ese período se invierte la relación de ambas magnitudes, es más, se prevén dos importantes saltos de desviación: primero en el 2030 y luego en el 2050 tras la paulatina integración del “baby boom” (nacidos en 1957-1977) dentro del colectivo de jubilados. Asimismo, el segundo elemento al que aludíamos consiste en la dislocación de la tasa de dependencia, o sea, la relación entre la población menor de 16 años o mayor de 64 respecto de la población comprendida entre los 16 y los 64 años, previéndose en este caso una tónica ascendente de la referida tasa desde el 47% al 55% cuando finalice la próxima década.

²⁸ Dato éste extraído del Informe del Comité de Expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones (7 de julio del 2013), pág. 5.

²⁹ Entre la extensísima bibliografía empírica y analítica elaborada sobre dicho asunto, me basaré en los siguientes estudios y fuentes documentales: “España. Una sociedad en cambio” (Eds. del Campo S. y Tezanos JF), Ed. Biblioteca Nueva y Fundación Sistema, Madrid, 2010, en espec. pp. 61 a 68; “Estudios Delphy sobre tendencias económicas, sociales y políticas” (Tezanos/Villalón/ Quñones), Ed. Sistema, Madrid, 2011, pp. 159 a 187; “En los bordes de la pobreza. Las familias vulnerables en contextos de crisis”, Tezanos/ Sotomayor/ Sánchez/ Díaz, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2013, pp. 34 a 58; “Movimiento natural de la población”, INEbase; “Tendencias demográficas de la población. Evolución futura de la población”, INE; pp. 282, 272 y 287; “Informe de estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones”, MTAS, 2005; o “Libro Blanco del Envejecimiento Activo”, IMSERSO, 2011, cit.

Teóricamente las reformas de la jubilación propenden adelantarse a un panorama de acusado descenso del porcentaje de personas en edad de trabajar, sobre todo con el horizonte de la tercera y quinta década de este siglo. Según hemos visto, el principal argumento se funda en las cifras negativas del saldo vegetativo de la población que se hipostasian a medio plazo, sin embargo me atrevería a añadir otros factores que intensifican la tasa de dependencia. Uno de los efectos más perturbadores producidos por la hipercrisis está consistiendo en un fenómeno de “*desvinculación friccional*”³⁰. Con este concepto se alude a un paulatino debilitamiento de los lazos familiares debido a la mengua de las familias nucleares y al aumento de las rupturas por separación y divorcio. En otras palabras, se hipostasia un incremento paulatino de personas que vivirán solas, ya como opción personal o por haberse quedado sin familia, lo cual tendrá un cariz particular en el colectivo de mujeres.

Desde otro plano cuantitativo y contable, la jubilación representa la principal partida de gasto en prestaciones de la seguridad social. A fecha de julio del 2013, el número de prestaciones contributivas ya sobrepasa la cifra de los nueve millones, exactamente, 9.074.311³¹. Dentro de dicho concepto, las pensiones de jubilación acaparan el 60%, en concreto 5.457.624 E, muy por encima de las de incapacidad permanente (10.6%), viudedad (26%), orfandad (3.8%) y prestaciones a favor de familiares (0.4%). La dación media es de 980.46 E, aunque el rango fluctúa de forma ostensible entre sus márgenes. Por Comunidades Autónomas, se observa una agrupación triádica en la distribución geográfica de las pensiones de jubilación. El primer bloque de Comunidades en dicho rango distributivo está compuesto por Cataluña, Madrid y Andalucía (en números absolutos entre el millón y el millón y medio de prestaciones asignables), el segundo lo componen la Comunidad Valenciana, Castilla y León, y Galicia (entre el medio millón y el millón de prestaciones), mientras que en el tercer bloque se integrarían el resto de Autonomías³².

3. De la explotación estadística anterior sobresale la *tendencia ascendente* de nuestra categoría socio-normativa. Durante la última década, el promedio de variación de la pensión de jubilación desprendía una tasa de 1.5%, la cual aumentó al 1.6% durante el 2012. Ese aumento traduce ya materialmente los cambios cuantitativos y cualitativos que viene experimentando el colectivo de

³⁰ Salustiano del Campo /Tezanos JF. “España. Una sociedad en cambio”, op, cit, p. 77.

³¹ Fuente: Estadísticas de la Seguridad Social (último reporte publicado). Como soporte complementario y retrospectivo, colacionaré los datos del CES correspondientes a la “Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2012”, en espec. pp. 608 y 609.

³² Los datos agregados por Comunidades Autónomas son relevantes debido a la correlación existente entre el factor poblacional y su distribución geográfica y/o niveles de riqueza y pobreza según regiones, pero también son significativos a la luz de otros tejidos estructurales, como la arquitectura sistémica de la dependencia o los factores de ponderación que puedan hipostasiarse en el diseño de otras políticas públicas referidas a dicho colectivo.

mayores, ora estructuralmente y desde el estricto prisma de las pensiones de jubilación. Las cifras descritas parecen haber integrado ya las transformaciones implementadas al hilo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y en particular desde los factores relativos a la ampliación general del colectivo, la prolongación de la vida laboral y el acceso a la jubilación anticipada. Por lo demás, el aumento del gasto en pensiones (1.7% en el 2013) crecerá con la combinación de las nuevas variables operativas, a saber: crecimiento del número de pensionistas, aumento de la pensión media y la controvertida fórmula de la revalorización anual³³.

El gran reto al que se enfrentan los sistemas de seguridad social estriba en la adecuación de los tres pilares descritos. Según se ha comprobado, el envejecimiento de la población apunta una línea de tendencia ascendente, pautada y progresiva, en sintonía con la extensión promedial de la esperanza de vida, pero frente a ello los datos demográficos parecen no sintonizar con las estructuras de protección erigiendo el colectivo de mayores en un “pasivo” de la población activa. La dialéctica jurídica de las pensiones extrapola las tendencias descritas a las estructuras normativas que trenzan las redes de seguridad de la jubilación, pero en ese proceso siempre subvienen importantes márgenes de maniobra, salvo solapamiento político de los mismos tras un variopinto plantel de argucias técnicas. La adecuación a las tendencias demográficas sugiere, en efecto, una idea de ajuste pero éste no tiene que discurrir ni por un desmantelamiento del sistema de seguridad social ni por un cuarteamiento mayor del instituto de la jubilación. Sendos aspectos se imbrican más de la cuenta, evidenciando de ese modo la trabazón de una táctica particular (privatización del estatus de jubilación) al servicio de una estrategia general (cambio de modelo).

Como sabemos, la dialéctica derecho/prestaciones sociales puede diseñarse conforme a tres grandes perspectivas teóricas: sea como contrapartida estricta a cotizaciones sociales (modelo contributivo), como fulcro equilibrador de la carencia de recursos (modelo asistencialista) o como red protectora dimanante de la mera condición de ciudadano (modelo universal). Estos cánones no operan en sus formas puras sino como combinaciones de dichos modelos-tipo ideales,

³³ Con el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el próximo año, las pensiones contributivas subirán un 0,25% en 2014. Con esta revalorización, y colacionando las proyecciones de incremento del número de pensionistas y la variación de la pensión media, se prevé un gasto en prestaciones contributivas de 112.102,61 millones de euros, un 5,4% más comparativamente. Sumando prestaciones contributivas y no contributivas y clases pasivas, el gasto destinado a la seguridad social será de 127.483,8 millones de euros, lo cual representa un incremento del 4,9%. La aportación del Estado para financiar complementos de pensiones mínimas es de 7.633 millones de euros, incluidos los gastos de gestión. Por tipos de pensiones, las de jubilación son las que aglutinan más volumen de gasto, con 77.864,1 millones de euros, seguidas de las pensiones de viudedad (20.374,9 millones), las de incapacidad (11.936,2 millones) y orfandad (1.657,2 millones).

de suerte que los sistemas de seguridad social suelen ser un cruce de síntesis de dicha mixtura combinatoria. Ahora bien, el peso asignado a los componentes de los tres modelos entra de lleno en las opciones políticas (no digo ya política normativa)³⁴. En estos términos, el marco descrito desprende una idea bastante clara del cambio operado en el régimen de la jubilación. Tácticamente observo un giro oscilante desde un modelo con dos ejes binarios de protección, que combinaban medidas de índole *institucional-distributivo* (prestaciones) y/o de *sostén residual* (subsidio), a un patrón de fisonomía y fundamentación diferente, cuyo arquetipo englobaremos bajo el constructo *adquisitivo-performativo*³⁵.

Para sostener esa hipótesis me amparo en el “*momento contractualizador*” que durante los últimos años viene llevándose a cabo en las figuras paralelas a la jubilación ordinaria, incluyendo aquí la extensión de la edad y de los períodos cotizados, con el consiguiente recrudescimiento de los requisitos de carencia. Con la ley 27/2011 la lógica individual de la protección de la vejez ya se basaba en la relación existente entre consumo y producción (trabajo) a lo largo del ciclo vital de cada persona³⁶, ahora bien las reformas de las pensiones no han dejado de dilatar las teóricas capacidades productivas del individuo y su aportación directa y diferida en el mercado. Metafóricamente, podría decirse que las categorías de la jubilación dejan de ser una clave de bóveda de la sociedad del bienestar para convertirse en un arbotante directo del sistema económico. El plantel de cálculos algebraicos y tesis económicas colacionadas alejan los criterios-vértice distributivos de la “pura necesidad”³⁷ para mixtificar, con argumentos urgentes paliativos, los códigos de participación del trabajador en el mercado de trabajo.

La idea-fuerza emergente estriba en el bienestar del individuo, no el bienestar del trabajador de mayor edad ex art. 50 CE. Eso sí, la gran subversión intelectual estriba en escenificar “ad extra” un “estatuto premial” que recompensa a los trabajadores al final de sus vidas para que disfruten en esa etapa de su tiempo de ocio en buenas condiciones psicofísicas, cuando en verdad la tranquilidad dimanante de la jubilación pasa a ser “ad intra” un factor imbricado directa y proporcionalmente con el esfuerzo. La “revolución pausada” y el “desafío a los esquemas del bienestar”, según rezan grandilocuentemente los eslóganes de las políticas de mayores³⁸, se hace muy a costa de dilatar en exceso el espacio de las jubilaciones mediante un complejo haz de secuencias

³⁴ La doctrina científica comparte estos planteamientos valorativos, por todos vid Olarte Encabo S. “Respuestas paramétricas y cambios sistémicos”, en la obra “El sistema público de pensiones de jubilación...” supra cit, pp. 234-35.

³⁵ Recabo la terminología de Herrera Gómez M. y Castón Boyer P. “Las políticas sociales en las sociedades complejas”, Ed. Ariel, Barcelona, 2003, p. 37.

³⁶ Vid Fernández Cordon J. “Demografía y pensiones”, en “El sistema público de pensiones...” op, cit. p. 21.

³⁷ Herrera Gómez M y Castón Boyer P. “Las políticas...” ult, cit, p. 38.

³⁸ “Libro blanco del envejecimiento Activo”, op, cit, p. 33.

institucionales: desde sistemas de incentivos pautados (v.gr. jubilación flexible, contrato de relevo, compatibilidad con el trabajo por cuenta propia) al régimen de retribuciones diferidas (pensión vitalicia).

4.2. El régimen fractal de la jubilación. Redes nomotéticas y vectores institucionales

1. Desde siempre los operadores jurídicos han conceptualizado la jubilación como un instituto altamente complejo, adjetivación ésta que, sin duda, ofrece una ideografía correcta (si no escueta) de nuestro objeto analítico en cualesquiera terrenos valorativos. Ciertamente, el tratamiento sustantivo de la jubilación conforma un macro-conjunto de códigos jurídicos trabados entre sí en un haz reticular de redes, categorías e instituciones, y cuyos efectos se desenvuelven secuencialmente por medio de estructuras jurídico-públicas y esquemas iusprivatistas de funcionamiento. Desde una primera dimensión estática o sincrónica, la jubilación integra códigos y cánones hermenéuticos singulares que complejizan “per se” el significado de dicha categoría analítica. Sus elementos responden estructuralmente a la mecánica del aseguramiento, y hunden sus raíces en el binomio incertidumbre/contingencia. Los factores probabilísticos y de incertidumbre enraízan el sentido de dicha institución y de su dinámica concomitante, tanto en el terreno de la conceptualización formal como al hilo de su concreción empírica, actuarial y operacionalizadora. En cuanto a los aspectos constitutivos, el régimen de las jubilaciones carece, en principio, de las notas de voluntariedad, libertad y sinalagmaticidad características del seguro privado, sin embargo son esquemas que, según decía, están muy presentes en tan particular relación jurídica de seguridad social.

Para mayor abundamiento, los elementos descritos interaccionan con aspectos dinámicos de naturaleza diacrónica, complejizando aún más el instituto de la jubilación. Su régimen compone un sistema protector cambiante y actualizable, requiriendo, por ello mismo, de dispositivos encargados de su adecuación material temporal. Las rentas provenientes de las pensiones derivan de las aportaciones satisfechas por cada trabajador a lo largo de su carrera de cotización según actividades y con la mediación de los empresarios a quienes prestara sus servicios profesionales. La operacionalización material de la pensión viene dada por un juego secuencial de períodos computables que recaban indicadores matemáticos y una extensísima gama de variables y combinaciones probabilísticas. Además, la jubilación forma un microsistema institucional de vasos comunicantes: pensiones de incapacidad, contrato de relevo o a tiempo parcial, flujos de empleo, entradas y salidas de los pensionistas, régimen de compatibilidades de la pensión y el salario, entre otros muchos aspectos, componen un cuadro de categorías de naturaleza reticular. Expuesto en otros términos, el funcionamiento de dichas categorías repercute directamente en el tratamiento de la jubilación desde

los dispositivos de la seguridad social. Según sean los supuestos, podrán interactuar a título de variables dependientes o independientes³⁹, pero en cualquier caso las jubilaciones terminan siendo un instituto naturaleza fractal que depende de la manera como sea diseñado su tejido a nivel sistémico, de la capacidad integradora de los dispositivos jurídicos y de su funcionamiento a cargo de las estructuras burocráticas y organizacionales⁴⁰.

A la dualidad de dimensiones -sincrónica vs diacrónica- del instituto de la jubilación hay que añadir un factor supra-ordenador, representado esta vez en la dimensión política e ideológica de dicha temática junto a la instilación de tales códigos en los correspondientes regímenes reguladores. Generalmente no suele examinarse estos elementos supraestructurales, entre otras cosas, debido a la asepsia analítica que acompaña gran parte de los trabajos dogmáticos, sin embargo no comparto esta religación metodológica, primero porque el derecho positiviza protocolos de comportamiento formalizados en los códigos jurídicos, y en estos términos muchas claves de tales procesos nomotéticos resultan incompletas, y por ende sesgadas, sin examinarse dichos factores de supra-ordenación, máxime cuando los prescriptores jurídicos instilan fórmulas variopintas de dominación encubierta. Ya he tenido ocasión de criticar la “monolatría” de las políticas de austeridad, cuyo teísmo apelmaza todo un aparato de “empoderamiento liberista”⁴¹. Como señala Habermas, el capitalismo es la primera forma de producción que institucionaliza un crecimiento económico auto-regulado pero, para este fin, traza en primer término una ideografía de progreso y riqueza, y luego recaba un cuadro de valores judicativos de superioridad, objetividad y racionalidad⁴².

Pues bien, las cosmovisiones descritas ejercen ya por sí mismas una mediación ideológica de gran poder heurístico merced a su simbolismo intersubjetivo. Según veremos, los datos econométricos implementan una “iterabi-

³⁹ Piénsese, por ejemplo, en los efectos en cadena generados tras la STJUE de 22 de noviembre del 2012 (Caso Isabel Elbal Moreno contra el INSS y otros; JUR/ 2012/362680) al declarar la ilegalidad del tratamiento asignado a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo para acceder a una pensión de jubilación contributiva. Sobre el papel de la “jurisprudencia de intereses” como fuente del derecho de la seguridad social, vid Molina Navarrete C “Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de seguridad social. Micro-relatos de equidad judicial ¿renglones torcidos del derecho?”, Ed. Bomarzo, 2013, en espec. pp. 71 y 42.

⁴⁰ La filosofía y la sociología jurídica proporcionan anclajes teóricos con los que analizar el nivel de complejidad de las instituciones y de los propios ordenamientos. Por todos, vid Guastini R. “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”, en la obra col. “El realismo jurídico genovés” (Eds. Ferrer Beltrán J y Ratti G), Marcial Pons, Madrid, 2011, en espec. pp. 97 a 101.

⁴¹ P.ej. “Hipercrisis y políticas sociolaborales: materiales para el estudio”, AS nº 2, 2013, pp. 363 y ss.

⁴² J. Habermas “Ciencia y técnica como ideología”, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 68, 69 y 74.

lidad instrumental”⁴³ bajo el problema de la financiarización de la seguridad social y del sostenimiento de las pensiones, es decir, hay toda una declaración de intenciones que recaba unos cánones de auto-certeza calculable para legitimar una propuesta de reforma pese al ocultamiento rizomático de tales sustratos ideológicos en el dato jurídico⁴⁴. La jubilación siempre ha sido una atalaya analítica inmejorable donde contrastar los componentes ideológicos que laten en cualquier instituto laboral pero en este caso me limitaré a destacar la manera como se está “expulsando” del ordenamiento todo un subsistema normativo preexistente y el papel atribuido a las acciones sustitutivas y las normas derogadoras.

La modalidad contributiva, por ejemplo, y como es sabido, ha sido objeto de importantes y recientes modificaciones. La Ley 27/2011 incidió en aspectos relacionados con la edad y el cálculo de la jubilación, el régimen de la jubilación parcial y de la jubilación tardía o las cláusulas de jubilación forzosa. Una segunda reforma, incoada por medio del RDL 29/2012, suspendió durante tres meses la entrada en vigor de la modificación anterior respecto de determinadas materias, empero días antes de concluir la suspensión de tres meses, el RDL 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y la promoción del envejecimiento activo, derogó dicho plazo procediendo a regular, con fecha de 17 de marzo, las nuevas modalidades de jubilación anticipada y parcial, el importe máximo de la pensión cuando se apliquen coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, y la compatibilidad entre la percepción de las rentas y el trabajo a tiempo completo o parcial. Sabemos que el derecho transitorio adquiere un rol dominante en la sucesión temporal de las modificaciones normativas pero su problematización se recrudece cuando se implementan modelos institucionales disímiles que, además, resultan aplicados en tan breves períodos y por partidos de distinto signo político en las responsabilidades de gobierno. Por ilustrar una hipótesis, resulta verosímil

⁴³ Ya he tenido ocasión de recabar el concepto de *iter-abilidad* en otros trabajos (p.ej. “Materiales prácticos y recursos didácticos para la enseñanza del Derecho del Trabajo y las Políticas Sociolaborales”, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 71), sin embargo colaciono ahora la versión de Derrida, entendiendo dicho concepto como una capacidad exponencial de repetición por parte de los signos, los textos o las palabras en nuevas situaciones, lo cual permite engendrar otros contextos al infinito de manera no saturable, en “Firma, acontecimiento y contexto”, *Márgenes de la Filosofía*, Ed. Cátedra, Madrid, pp. 361 y 362.

⁴⁴ Ya Anna Arendt nos alertaba en 1951 (“Los orígenes del totalitarismo”) de dichas argucias instiladoras, hoy empero transmutadas gracias a la racionalización omniabarcante del espíritu capitalista. Coincido, pues, con Lyotard y con Vattimo en sus críticas contra la tecnociencia unificante y la “política de las descripciones” y sus formas encubiertas de “colonialismo opresor”, en “La condición postmoderna”, Ed. Cátedra, Madrid, pp. 23 y 24, y “Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx” (Vattimo/ Zabala), Ed. Herder, Barcelona, 2012, pp. 31, 29 y 43, respectivamente.

aventurar que los anclajes recientemente reformados del régimen de la jubilación experimenten una nueva vuelta de tuerca si se altera el escenario político en las próximas elecciones generales.

2. Las jubilaciones representan un instituto fuertemente normado. En efecto, el acto de jubilación enhebra una sucesión de actos normativos y un régimen de derechos y obligaciones perfilados por la legislación positiva, ahora bien, su tratamiento recaba un cuadro de variables y nódulos reguladores sobremanera mutable y alambicado, de manera que sus discontinuidades revierten negativamente en las funciones atendibles por dicho material jurídico. A lo largo de estas páginas hemos visto la subsunción de códigos y cánones hermenéuticos que complejizan el significado institucional de la jubilación, y es obvio que estas dificultades teoréticas irradian el concepto de dicha contingencia a nivel dogmático y operativo, lo que, unido a los elementos políticos insertos en este asunto, amplifica la complejidad de nuestro objeto analítico. Pues bien, si examinamos integralmente la red de dicho tejido jurídico, y luego la fisonomía concreta de sus nódulos reguladores, inferimos un subtipo de complejidad cualificada merced a su objeto estructural.

Ciertamente, entiendo que la jubilación conforma en su conjunto un *sistema fractal*. Con este concepto teórico pretendo definir algo más que una mera diversificación interna del derecho a la jubilación. Aludo a una fisonomía exponencialmente compleja del material normativo derivada de sus componentes estructurales y de variables renuentes a su “composibilidad sistémica”. Sabemos que las jubilaciones adolecen de una problematización intrínseca pero ahora apunto problemas que se retroalimentan en distintas escalas, por ejemplo, mediante regímenes excesivamente fragmentados y solapamientos que tensan las relaciones jerárquico-transversales de los códigos jurídicos. Me estoy refiriendo a una ordenación de las categorías y de los subsistemas reguladores que, sobrepasados ciertos niveles de umbral, *quiebran la coherencia interna del sistema comprometiendo las funciones básicas del mismo*.

El régimen de la jubilación presenta una fisonomía sobremanera casuística y atomizada que dificulta la ordenación sistémica de dicho segmento jurídico. Su régimen ha ido construyéndose de forma aluvional, muchas veces de manera apelmazada sin clarificaciones adecuadas por el legislador de los dispositivos jurídicos aplicables. Sabemos, con Luhmann, que cuanto mayor es la diferenciación interna y endo-sistémica de los institutos jurídicos, mayor presencia deben tener los dispositivos encargados de clarificar la “puesta en

relación de relaciones”⁴⁵. Frente a esto, las jubilaciones adolecen de una acusadísima segmentación, muchas veces intensificando la reproducibilidad de las estructuras normativas y los “solapamientos auto-sustitutivos”⁴⁶, sea ello con bloques relativos a la jubilación parcial y flexible⁴⁷, la jubilación anticipada⁴⁸, o

⁴⁵ Luhmann N. “Sistema jurídico y dogmática jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Marcial Pons, Madrid, 1983, pp. 101 y 105.

⁴⁶ Caso, por ejemplo, de la fórmula arquetípica que mantiene la vigencia de los dispositivos jurídicos precedentes “en cuanto no se oponga a la nueva regulación”. Para cotejar específicamente la problemática de las normas transitorias, vid ejemplificativamente el análisis de Quintero Lima G. “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación contenida en la Ley 27/2011. Una historia interminable”, RGDTS, nº 29-30, 2012, p. 1 y ss.

⁴⁷ L. 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales. Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo; Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas; Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la seguridad social; RD. 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la L. 26/1985, de 31 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente; RD. 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la L. 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social; RD. 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la L. 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social; Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez (jubilación) en el régimen general; Resolución de 22 de enero de 1987, de la DGRJSS sobre edad real mínima de jubilación en supuestos de no alta ni de situación asimilada a la de alta; Resolución de 28-9-2004, de la Sª de Estado de la S.S sobre el hecho causante de la pensión de jubilación, para determinados supuestos donde la fecha de extinción del convenio especial reúne todos los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

⁴⁸ RD. 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del estatuto del minero, aprobado por el RD. 3255/1983, de 21 de diciembre; RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos; RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la L. 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible; RD 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos; RD 1851/2009, 4 diciembre, por el que se desarrolla el art 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%; RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

regímenes pormenorizados por colectivos y actividades profesionales⁴⁹.

El tratamiento de la jubilación incide en un “objeto contingencial coexistente” que se articula internamente en varias escalas. Cada una brinda un estatuto jurídico que descende en intensidad protectora desde la contributividad a la asistencialidad, y desde ambas estructuras a otras figuras adyacentes. Técnica-mente es un régimen que recaba multitud de variables cuyas combinaciones mutuas atomizan las situaciones fácticas de los dispositivos jurídicos, propiciando con ello los problemas de yuxtaposición normativa e incluso incompatibilidad material. Las estructuras, instituciones y categorías dan lugar a un cruce de escalas que propenden conectarse a modo de vasos comunicantes, lo que, como vengo manteniendo, convierte la jubilación en un *sistema fractal de doble flujo* con bi-yecciones entre la modalidad contributiva y el resto de figuras articuladas alrededor suyo.

La pensión contributiva ocupa una posición de centralidad institucional en el sistema de pensiones. Entre sus características, y como sabemos, se trata de un derecho de crédito, subjetivo y único para cada beneficiario, y se materializa mediante el abono periódico de una prestación económica de periodicidad mensual ordinaria más dos pagos extraordinarios; posee un carácter personal, vitalicio, imprescriptible e irrenunciable ex art. 3 TRLGSS, extinguiéndose

⁴⁹ RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales (ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas) en el Régimen General, y escritores de libros en el RETA; RD 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el RGSS el Régimen Especial de los funcionarios de la Administración Local; RD 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la seguridad social, de periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la iglesia católica secularizados; RD 2665/1998, de 11 de dic. por el que se complementa el RD 487/1998, de 27-3, sobre reconocimiento de los periodos de actividad sacerdotal o religiosa a los sacerdotes y religiosos de la iglesia católica secularizados; RD 788/2007, de 15 de junio, sobre reconocimiento de los periodos de dedicación a la enseñanza del euskera como cotizados a la seguridad social; RD 1108/2007, de 24 de agosto, sobre reconocimiento de periodos cotizados de los miembros de las Corporaciones .locales con dedicación exclusiva su cargo político, con anterioridad a su inclusión en el RGSS; RD 1512/2009, de 2 de octubre, por el que se modifican el RD 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la seguridad social, de periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos. RD 1513/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social por los trabajadores de agencias de aduanas que resultaron afectados por la incorporación de España al Mercado Único Europeo; OM de 30 de noviembre de 1987 para la aplicación y desarrollo, en materia de acción protectora, del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, (integración de Regímenes Especiales de la Seguridad Social); Resolución de 12-12-2007, de la TGSS, sobre el alcance del requisito de ejercicio retribuido del cargo de miembro de una corporación local, exigido por el art.1 del RD 1108/2007; Resolución de 9-4-2008, de la TGSS por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión con el INSS para la realización de determinadas actuaciones conforme a lo dispuesto en el RD 1108/2007.

el derecho a la pensión con la muerte del beneficiario⁵⁰. Junto a este pivote regulador se alza todo un régimen fractal de figuras que se bifurcan en sentido radial y transversal y que, como decíamos, complejizan el tejido jurídico de las jubilaciones. El ensamblaje de dichas categorías desprende el deseo del legislador de incentivar la permanencia de los trabajadores mayores en el mercado laboral cohonestando tal fin con una ampliación progresiva de las edades y de las carreras de cotización, pero el problema estriba en la densificación de figuras y sub-figuras instituidas al efecto. Así, la jubilación anticipada se segmenta por modalidades, según se trate de mutualistas a partir de 60 años de edad, se incoe de forma voluntaria o involuntaria (art. 161.bis 2 TRLGSS), previéndose asimismo figuras ora especiales (anticipada especial a los 64 años, en vías empero de extinción) o excepcionales, estas últimas con nuevas categorías por actividades, grupos, sectores e incluso situaciones de discapacidad ex art. 161.bis TRLGSS. La jubilación tardía, esto es, aquella a la que se accede posteriormente a la edad de jubilación ordinaria, prevé complejos dispositivos intermedios según sean los años acreditados de cotización ex art. 163.2 TRLGSS. Y la jubilación parcial vuelve a bifurcarse según haya cumplido el trabajador la edad ordinaria o se vincule con un contrato de relevo ex art. 166.1 y 2 TRLGSS, respectivamente. A este tejido de instituciones hay que adicionar un amplio plantel de variables internas cuyas combinaciones vuelven a segmentar las circunstancias fácticas y los efectos jurídicos. En definitiva, un régimen excesivamente fragmentado e irregular que, al repetirse en distintas escalas, acentúa el carácter fractal del sistema de jubilación.

3. El escenario descrito y las pautas de acción nomotéticas no parecen minorar la dislocación institucional que viene operándose en dicho régimen. El acto de jubilación se dilata institucionalmente y “pro rata temporis” sobre

⁵⁰ Son rasgos sucesivamente perfilados por doctrina judicial y científica, habiendo sido empero objeto de importantes matizaciones teóricas. Así, por ejemplo, la singularidad y unicidad viene referida al RGSS pudiendo no obstante compatibilizarse en otro sistema público de protección social, como las clases pasivas (STS. 13/3/95, EDJ 24422). El carácter vitalicio y su extinción por la muerte del beneficiario no obsta que los herederos puedan reclamar las diferencias de las cuantías (STSJ Madrid 31/1/02, EDJ 7142), extendiéndose la legitimación a la viuda a efectos de solicitar la revisión de la base reguladora de la que dependa la pensión, y así: “La reclamante, como esposa del actor y cotitular de la sociedad de gananciales, está legitimada para ejercitar acciones de defensa de los bienes y derechos que deben integrarse en la misma, y su condición de heredera, en la porción usufructuaria que, al menos, el Código Civil le reconoce, le permiten accionar también en beneficio de la comunidad hereditaria” (STS 26/1/04, EDJ 14539). El carácter imprescriptible tampoco impide el efecto de cosa juzgada (STS. 19/6/95, EDJ 24567), del mismo modo que la irrenunciabilidad ex art. 3 LGSS abre la posibilidad de no solicitar la pensión (STSJ Madrid 23/1/02, EDJ 13147). Finalmente, siendo un derecho personal no tiene el carácter de bien ganancial (STS -Civil- 20/12/04, EDJ 225061). Sobre los caracteres institucionales de la pensión de jubilación, vid Camos Victoria I. “La pensión de jubilación en el régimen general de la seguridad social”, en la obra “Pensiones por jubilación o vejez” (Sempere/Barrios), op. cit. ...pp. 41 y 48.

cuatro grandes núdulos: jubilación ordinaria, anticipada, tardía y parcial, requiriendo una aplicación casi individualizada según los antecedentes de cada caso en cuestión⁵¹. Grosso modo, las medidas persiguen facilitar el retraso voluntario de la jubilación, la continuidad parcial en el desarrollo de la actividad laboral con el acceso parcial a la jubilación, o el retorno parcial o total a la actividad una vez cumplida la edad pensionable, pero, como digo, el diseño de las figuras adolece de fuertes dosis de complejidad técnica que revierten negativamente en la institución y el funcionamiento del sistema en su globalidad. Al justificarse la existencia de dicho tejido jurídico, el legislador ha venido esgrimiendo motivaciones de operatividad funcional. El acceso a la jubilación se hace depender de las circunstancias personales, luego en estos términos “los sistemas de seguridad social no deben imponer reglas rígidas que ignoren que la jubilación es un hecho decisivo en la vida de los trabajadores”⁵². Sin embargo, la aparente ductilidad institucional del sistema se hace a costa de un régimen excesivamente permeable y casuístico, y que además asigna un rol dominante al dato económico, ora macro (sostenibilidad financiera del sistema) ora micro (flexibilidad de la jubilación y compatibilidad con el trabajo) dentro del dato estrictamente nomotético⁵³. En este mismo orden de ideas, la acentuación del carácter fractal impide tener un conocimiento básico de los aspectos elementales de la jubilación. Algunos estudios destacan un desconocimiento generalizado de tal asunto entre el conjunto de la ciudadanía, cuya información resulta neurálgica para organizar el ciclo vital y enhebrar funcionalmente las distintas categorías jurídicas de las jubilaciones, sobre todo con una fácil accesibilidad pública a programas de simulación⁵⁴.

Surge de inmediato la pregunta de si dicha taxonomía reguladora es un reflejo de los cánones de “*sectorialidad*” caracterizadores de los procesos de or-

⁵¹ Vid López Cumbre “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma del 2011”, op, cit, p. 171.

⁵² Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

⁵³ En sentido análogo, vid Alzaga Ruiz I. “La jubilación anticipada. Reflexiones a la luz de la última reforma”, RMTI, nº 79, p. 52.

⁵⁴ Así consta en una reciente encuesta realizada por el Instituto BBVA sobre las Pensiones en España. En ella se desprende, por ejemplo, que cuatro de cada diez españoles (unos 10 millones de personas) carecen de información sobre pensiones, pese a ostentar un gran interés por dicho conocimiento y por la evolución del sistema público y la edad a la que podrán jubilarse. Más la mitad de los encuestados desconocía la necesidad de cotizar 37 años para percibir la pensión completa, es más, sólo seis de cada diez españoles reconocía no haber oído hablar de la reforma de las pensiones públicas, reteniendo tan solo el alargamiento de la edad a los 67 años, incluso algo más de un tercio de la población cree tener derecho a percibir una pensión pese a haberse cotizado menos de 15 años. Estos aspectos ha llevado a crear el Instituto BBVA de Pensiones, una institución nacida dentro de la iniciativa “Mi Jubilación” para “promover el conocimiento de la ciudadanía en materia de pensiones” y el funcionamiento de la Seguridad Social. Así las cosas, no deja de ser paradójica que esta clase de iniciativas se pongan en marcha justo en este momento de repliegue del sistema de pensiones y de apertura mercadológica a las instituciones de previsión social complementaria.

denación jurídica. Al igual como acontece con cualquier otro dispositivo normativo, el tratamiento de las prestaciones de jubilación integra descripciones de “situaciones-tipo” y, como particularidad de los dispositivos que aquí nos ocupan, éstos están condicionados por los referidos basamentos estructurales, cuya fisonomía, según hemos visto, recaba un extensísimo cuadro de variables que dan lugar a una regulación excesivamente casuística y taxonómica. Hasta hace bien poco, la sectorialidad vs. taxonomía técnica de los dispositivos reguladores se asociaban a las lógicas decisionales de las políticas públicas y la secuenciación temporal de las mismas. Teóricamente el anudamiento de ambos adjetivos tiende a presuponer un proceso de avance en el bienestar de los ciudadanos, el cual se facilita si se dispone, claro está, de una arquitectura jurídica correcta y receptiva a las necesidades sociales. Considerando el soporte estructural del derecho a las prestaciones de la jubilación, la progresividad se enhebraría con la referida sectorialización de los dispositivos jurídicos. Infiere medidas y reformas normativas que segmentan situaciones concretas de otras más genéricas, de suerte que, integrando el conjunto de “inputs nomotéticos”, éstos se vean refrendados en las construcciones formales de los dispositivos reguladores con ulteriores niveles de especificidad y concreción.

La progresividad y la sectorialización facilitan “mutatis mutandis” el establecimiento de dispositivos casuísticos y de categorías especializadas, cuya especificidad, debemos presumir, se generaliza técnicamente en las estructuras formales del sistema de seguridad social. Pues bien, si analizamos la construcción normativa del sistema de jubilación comprobamos que tales dispositivos convierten en regla las categorías que hasta hace poco constituían una excepción, o dicho en otras palabras, se potencian aquellas “instituciones intermedias” imbricadas en los estadios transicionales del mercado de trabajo desde el prisma de las jubilaciones. El legislador siempre tiene margen para dar prevalencia a unos u otros elementos en la lógica decisional jurídica, pero, como vengo diciendo, los códigos dominantes en este caso crean microsistemas que subvierten los anclajes realmente protectores del sistema de jubilación. Los factores edad/ancianidad, como situaciones biológicas protegidas, y la solidaridad social, como gozne central operativo de la protección, ceden demasiado terreno institucional, y lo hacen en pro de los aspectos mercadológicos y financieros de las jubilaciones, tal como veremos seguidamente. El retraso de la edad, el endurecimiento de los requisitos de acceso y de carencia, las recidivas en la “transitoriedad permanente”⁵⁵, o la compatibilidad de la pensión con otras figuras intermedias, entre otros aspectos, no dejan de ser mecanismos de intercambio diferido del factor trabajo, o lo que es lo mismo,

⁵⁵ Quintero Lima G. “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación....”, op, cit, p. 27

un refuerzo indirecto de la competitividad y del “momento contractual” a costa de derechos sociales imbricados en las jubilaciones⁵⁶.

4.3. unas consideraciones conclusivas de los últimos procesos de reforma. La “financiarización” de la seguridad social y el factor de sostenibilidad

1. A lo largo de estas páginas hemos visto las asimetrías técnicas del régimen de la jubilación y el significado de los elementos meta-normativos que están influyendo en la fisonomía actual y venidera de dicho tejido jurídico. Ya adelanté al comienzo del artículo nuestra intención de des-reificar algunos códigos discursivos y hermenéuticos recabados políticamente para amparar el giro operado a este asunto. Según se vio, las reformas de las pensiones enarbolan una necesidad trans-objetiva personificada en la sostenibilidad financiera del sistema, y en estos términos se recaba un aparato conceptual y econométrico que confiere una legitimación judicial a cualquier propuesta de reforma. La crisis económica y los factores asociados a ella, desde la caída en la afiliación hasta el aumento del gasto en desempleo, han jugado un papel desencadenante en el desequilibrio de gastos e ingresos, pero junto a esto se recaba un segundo factor dominante, representado esta vez en la ampliación de la esperanza de vida de la población española. En estos términos, la sostenibilidad adquiere rango mixtificatorio y transmuta cualquier orden de prioridades, amén de subvertir los códigos éticos y de solidaridad colectiva. El maximalismo pragmático hegemoniza la acción política y de gobierno y ampara desde el refuerzo del canon contributivo, ya inserto en los anclajes del sistema, hasta la pérdida del poder adquisitivo de los futuros pensionistas. Por ende, entre las transducciones implementadas, se intensifica una dinámica de trasvases inducidos dentro del sistema de pensiones desde el modelo de reparto a los modelos de capitalización.

En verdad los elementos descritos entrañan una profunda transformación de las estructuras públicas frente al golpismo económico de los mercados y la maximización de los heurísticos de rentabilidad y racionalización. Desde la implosión de la hipercrisis financiera en el 2008, ésta no ha dejado de ejercer un chantaje dual en la soberanía de los Estados, primero haciéndoles pagar la factura de la in-gobernanza mercadológica (valores tóxicos) y de la desregulación jurídica (paro/desempleo) y, además, obligándoles a incoar intensos procesos de reforma de los sistemas de pensiones como condición para recibir préstamos de las instituciones financieras o transnacionales. De ese modo, el drenaje de la seguridad social y la reducción vs. saneamiento de las jubilacio-

⁵⁶ Para cotejar la conexión entre la edad y la productividad según estudios de empresas-empleados por países, vid Muñoz de Bustillo R. “Pensiones y mercado de trabajo”, en la obra “El sistema público de pensiones de jubilación”... op, cit, p. 111.

nes se erigen en moneda de cambio para afrontar los problemas de liquidez presupuestaria y de deuda soberana

Así las cosas, la hegemonía de los códigos racionalizadores y empresariales en el tejido de las estructuras públicas, rama social del derecho inclusive, no es una novedad de la hipercrisis. La “managerialidad” y la “agenciaización” hace tiempo que entronizaron todos los ámbitos del sector público marcando las agendas y actuaciones de las diferentes administraciones, muchas veces previos errores disfrazados de excusas para intensificar los procesos privatizadores. A fin de cuentas, es otra táctica más de la gobernanza corporativa y una estrategia al alza de los procesos de desigualdad y dominación. Las fuentes de empoderamiento ya no residen tanto en las fuentes de riqueza tradicionales (propiedad) sino en la información y el “control líquido” ejercido a través de los puestos estratégicos de las organizaciones y las burocracias. Es el uso informativo por las redes políticas y sus círculos clientelares, o su abuso por actores privilegiados o nódulos abyectos de corrupción, lo que, en puridad, marca las formas actuales de empoderamiento y sus derivaciones, entre ellas el empleo doctrinario e ideológico del mensaje comunicativo y la dislocación de las estructuras públicas mediante derrubios reductores de los estándares de protección.

La reforma de las pensiones de jubilación participa de los razonamientos descritos preliminarmente. Primero demuestra la manera como las élites políticas recaban el control del aparato Estatal para ejecutar un desmantelamiento pautado de los sistemas públicos de aseguramiento. La minoración en la intensidad protectora de dichos sistemas y el aumento de la contributividad se trenzan con parámetros de productividad y religaciones de lo público para amplificar, de contrario, el espacio mercadológico y del consumo privado. El control del gasto en pensiones, en puridad, es un auto-control intencional en clave reductora impulsado por las élites políticas en connivencia con los mercados, las corporaciones bursátiles y la burocracia Europea. El poder daimónico financiero impone su lógica omniabarcante de beneficios cortoplacistas en toda la actividad económica y, recabando una pléyade de chantajes equidistributivos, marca a los Estados las pautas de acción, los cuales recaban la lógica decisional del poder político-normativo para legitimar la pérdida del paradigma público asegurador y de sus cánones redistributivos.

El tratamiento de las pensiones de jubilación siempre dispensa una ideografía muy fidedigna de los niveles de solidaridad existentes en cada país y de los vínculos de cohesión, ora orgánicos o mecánicos, que se propenden a través de dicho fulcro. Pues bien, el escenario descrito representa una quiebra en toda regla del vínculo protector entablado deónticamente entre la ciudadanía y el poder Estatal, cuyas graves derivas no están ponderándose de forma adecuada, si quiera, en términos de desafección política, deslegitimación democrática,

desconfianza hacia el derecho y relativismo axiológico de la idea de justicia social. La concepción de las pensiones en el arquetipo de Estado del bienestar representaba hasta la fecha una especie de “pacto de contrahendo”. En base al mismo los trabajadores contribuían al sostenimiento de las estructuras públicas merced a unas reglas equitativas, con la consiguiente obligación protectora de los poderes públicos cuando dichos sujetos alcanzaban las edades de cese. Frente a esto, el vínculo emergente viene a ser un “*pacto de modo contrahendi*” que condiciona cada vez más los requisitos mediales para obtener una pensión, hasta el extremo de hacerla depender de circunstancias externas financieras y mercadológicas, que en definitiva sintetiza el canon fundamentador de los factores de sostenibilidad.

2. Según lo expuesto, entiendo que el plantel de medidas implementadas en esta materia representa una fenomenología dominante en la concepción venidera de la seguridad social: su “*financiarización*”⁵⁷. Con este neologismo pretendo señalar, en tono especular y preventivo, una pauta que viene enraizándose en los sistemas públicos de protección, caracterizado por el *creciente protagonismo de códigos y controladores financieros* en la génesis interna de dichos sistemas. No me refiero solo al mayor potencial de los mercados en la configuración presupuestaria de las cuentas públicas sino al dominio creciente de instituciones y actores privados financieros en la orientación general de los mecanismos de aseguramiento.

Nuestra hipótesis conceptual integraría cuatro dimensiones teóricas con influencias graduales en cada una de ellas. La primera y más general consiste en la mediación de los ciclos económicos en la ordenación de los presupuestos públicos (v.gr. política de recortes) y el dominio indirecto del mercado de valores en las cuentas públicas, y por ende en las prospecciones presupuestarias de las partidas destinadas a la seguridad social y al gasto general en pensiones. Una segunda dimensión conecta con la anterior y consistiría en el ritmo de crecimiento o decrecimiento del capital real, representado, por ejemplo, en el fondo de reserva. El partido en el gobierno ha detraído importantes cantidades de dicho fondo para afrontar el déficit del sistema público de pensiones⁵⁸, por

⁵⁷ Extrapolo a nuestro objeto analítico una metáfora que viene utilizándose por algún sector académico de la ciencia económica con posiciones críticas hacia las derivas globalizadoras, y en concreto contra la fuerte expansión de la circulación de recursos financieros y la posición dominante ejercida por la industria financiera en el conjunto de la actividad económica; vid al efecto, la obra “La financiarización de las relaciones salariales. Una perspectiva internacional”, Eds. Alonso LE/ Fernández Rodríguez C, Ed. Los libros de la Catarata, Madrid, 2012; de dicha obra, cfr. el análisis homónimo de Santos Ruesga “La financiarización de las relaciones laborales”, pp. 66 a 84.

⁵⁸ Así, 4.500 millones en junio, con previsiones de utilizar otros 6.418 millones antes de finalizar el 2013, inclusive se prevé que hasta el 2016 habrá un déficit acumulado del órgano previsor cifrado en 36.500 millones (Diario El País, 2 de octubre del 2013).

consiguiente las fluctuaciones del ciclo económico y los fallos predictivos de los ingresos en las cuentas públicas encuentran en dichos institutos financieros un mecanismo de garantía con el que cooptar los gastos en pensiones hasta su liquidación numeraria. El tercer nivel que refrenda la financiarización se encuentra en los mecanismos de revalorización anual de las pensiones. La evolución de dicho gasto depende de la interacción de tres grandes magnitudes: el aumento del número de pensionistas, el incremento de la pensión media y el instrumento utilizado para la referida revalorización. Los dos primeros componentes son más o menos fáciles de calcular presupuestariamente pues representan partidas con mayor grado de estabilidad y previsión, sin embargo las desviaciones predictivas se disparan a la hora de concretar la tercera magnitud. Es además la que, en puridad, concentra la “praxis decisional” por el gobierno de turno y la que mayor desgaste y responsabilidad acarrea en términos políticos, en los términos como veremos seguidamente. Por último, el cuarto nivel está representado en el potencial financiero de los fondos de pensiones, cuyo escenario tiende precisamente a amplificarse gracias a la detracción del sistema público de aseguramiento.

La valencia del tercer nivel descrito adquiere un espaldarazo definitivo al hilo del *factor de sostenibilidad* (en adelante FS). Tal canon ha sido abordado recientemente a través de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del referido factor y del índice de revalorización del sistema. La norma modifica el régimen de clases pasivas y los arts. 48 y 163 del TRLGSS, y tras su entrada inmediata en vigor resultará aplicable a las pensiones causadas a partir del 1 de enero del 2009 (Disp. Final 5ª). Así las cosas, tras estos retoques, aparentemente puntuales, late un cambio abrupto de modelo que, sin embargo, se encubre tras un marchamo calculista y racionalizador. Desde 1998 la actualización de las pensiones se acometía conforme a la evolución del IPC, procediéndose a realizar evaluaciones automáticas en caso de sobrepasarse las predicciones oficiales de inflación. Frente a ello, los estragos sufridos en las cuentas públicas por la hipercrisis financiera, los defectos estructurales y territoriales de gestión (gasto vs. derroche Autonómico) junto a la presión de los mercados (prima de riesgo) y las instituciones Europeas, llevaron al gobierno a idear una nueva fórmula actualizadora que, como veremos, transforma los anclajes fundadores del sistema. La entronización de un factor que, en pura perversión léxica, llega a calificarse de “riesgo demográfico”⁵⁹ o de “desfavorable evolución demográfica”⁶⁰, pone en sí mismo de relieve el tipo de solidaridad del cual hace gala un país, sobre todo si consideramos la calidad de vida esperable a las personas mayores y dependientes bajo un sector público dismantelado y un sector

⁵⁹ Informe del Comité de Expertos sobre el Factor de Sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones (7 de julio del 2013), cit, p. 4.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre (Punto I).

privado al acecho y ávido de lucro. Por si queda duda de las connotaciones políticas e ideológicas insertas en el nuevo mecanismo de actualización recabaré algunos datos, comenzando por la manera como ha discurrido el planteamiento de dicha iniciativa desde su gestación inicial y en su tramitación parlamentaria.

Como sabemos, la propuesta de reforma del sistema público de pensiones fue encomendada a un comité de expertos, cuyos trabajos culminaron en un informe sobremanera cuestionado por los sindicatos e importantes sectores de la opinión pública y del ámbito académico⁶¹. Para empezar resulta sospechoso que el susodicho grupo solo estuviese compuesto por economistas religando de expertos con contrastada solvencia en este asunto, como por ejemplo acontece en el seno de la doctrina iuslaboralista más autorizada. A mi juicio dicha praxis, que me atrevería a bautizar de “monitoreo instrumental”, representa una falaz transmutación política en clave intencionalmente distorsionadora. Con ella, amén de ningunear a los agentes sociales, se hipotecaba de antemano el papel de los mismos ubicándolos, de haberse hecho así, en un “pseudo-dilema del prisionero” con escuetas posibilidades de maniobra negociadora. Hecha esta salvedad, el informe propendía dos fines básicos. El primero tendría una trascendencia psico-social pues, según hacía constar dicho documento, debía-se recuperar la confianza en una sociedad castigada por la crisis económica, y aparte de ello, se añadía, había que honrar moralmente a los trabajadores mayores con pensiones adecuadas sobre la base de un pacto intergeneracional⁶². El segundo objetivo viene a ser puramente contable y financiero. El FS propende atajar los desequilibrios del sistema anticipándose cada año gracias a un mecanismo de neutralización “transparente” y “predictivo” que corrigiese los errores de forma automática⁶³. El susodicho factor vendría, pues, a descomponerse en dos magnitudes: el factor de equidad intergeneracional (FEI) y el factor de revalorización anual (FRA). El primero propende que las condiciones de las pensiones sean iguales para todos los jubilados, independientemente de la cohorte demográfica de pertenencia, mientras que el segundo introduce un mecanismo corrector dependiente de la relación entre ingresos y gastos del sistema de pensiones.

Según vimos antes, la revalorización anual de las pensiones representa la magnitud de mayor volatilidad predictiva y, “mutatis mutandis”, también es el elemento que confiere más margen de maniobra, y de reversión, en el ámbito de las responsabilidades políticas. El mutismo en la manera como ha

⁶¹ Las críticas son compartidas en los trabajos publicados hasta la fecha sobre dicha temática; vid. al efecto los estudios de Monereo Pérez JL y Fernández Bernat JA “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización: el estado de la cuestión”, AS nº 8, 2013; Suárez Corujo B “El factor de sostenibilidad: ¿El caballo de Troya del sistema público de pensiones”, TL nº 121, 2013, p. 22.

⁶² Informe ult, cit, pág. 2.

⁶³ Ibidem, p. 6.

sido canalizada dicha iniciativa políticamente o el rechazo frontal que provocó entre los interlocutores sociales, incluyendo una recomendación del CES de retirar aquel proyecto, demuestran el tremendo cariz ideológico y electoralista de la propuesta. Por lo demás, si comparamos la redacción del texto final y los retoques introducidos durante su tramitación parlamentaria⁶⁴, reforzamos las valoraciones que estamos fundamentando teóricamente en el presente trabajo.

La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, consta de una breve extensión material pues se estructura en dos capítulos, desglosados a su vez en siete artículos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales. La lectura de la Exposición de Motivos y de algún segmento del articulado ya pone de relieve nuestras advertencias valorativas. Y es que, en efecto, la norma supura un loor de justificaciones auto-legitimadoras, de las cuales resaltaré tres: la necesidad imperiosa de ejecutar dicha reforma legal⁶⁵, el hecho que ésta siga la senda de otras leyes e iniciativas (Pacto de Toledo) junto a su sintonía con recomendaciones y demás acciones análogas internacionales, y en tercer término la pretendida “claridad” y “transparencia” del nuevo sistema. Llama en este punto la atención que la laxitud técnica y la contumacia legislativa de dicho fin (la Disposición Adicional 1ª se refiere íntegramente a ello) refuerce, de contrario, el aforismo “excusatio non petita accusatio manifesta”⁶⁶.

El FS queda definido como un instrumento automático que vincula el importe de las pensiones a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, y en este sentido se operacionaliza una fórmula para que dichos trabajadores puedan jubilarse “en similares condiciones en momentos temporales diferentes” (art. 1). La expresión “similares condiciones” representa “per se” una logomaquia abdicativa, y en estos términos es claro que la amplitud del constructo dará encaje legal a múltiples situaciones no equitativas. Aparte de ello, el FS recaba unos elementos de cálculo intrínsecamente alambicados. Entre los aspectos colacionables al efecto, la ley alude a las tablas de mortalidad de la población pensionista, e incoa una edad umbral de 67 años (art. 3), ahora

⁶⁴ Proyecto de Ley nº 121/000068, BOC de 4 de octubre del 2013.

⁶⁵ “A la desfavorable evolución demográfica se le une una intensa crisis económica que ha anticipado varios años la aparición de déficits en las cuentas de la seguridad social, lo que ha supuesto tensiones económicas añadidas en el corto plazo a pesar del importantísimo esfuerzo de financiación derivado de la decisión del Gobierno de que el presupuesto del Estado asuma el cien por cien del gasto de las prestaciones no contributivas. *Todo esto hace necesario que, si se quiere mantener un sistema de pensiones público, de reparto y solidario, se incorporen medidas adicionales a las previstas en las leyes en vigor...*”

⁶⁶ “El factor de sostenibilidad se aplicará con absoluta transparencia, publicándose el seguimiento sistemático de la esperanza de vida. De igual manera, y con ocasión del reconocimiento de su pensión inicial, se informará a los pensionistas sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la misma. En relación con el índice de revalorización, anualmente se publicará el valor de las variables que intervienen en su cálculo”

bien, acto seguido recaba unas complejas formulaciones matemáticas que dilatan el campo actuarial de los gobiernos cuando éstos acometan el cálculo de las revalorizaciones. La subida de las pensiones queda vinculada al nivel de ingresos y gastos, referenciando un suelo en las revalorizaciones (0.25%) y un techo (inflación + 0.50%) en caso que, respectivamente, se recaben ingresos insuficientes de las cotizaciones para financiar los gastos o exista superávit en el sistema. Del mismo modo, se colaciona el parámetro “acelerador alfa”, cuya operacionalización permitirá maniobrar con la parte del déficit o superhábit que resulte imputable en cada momento con vistas a la revalorización del sistema.

Sintetizadas las líneas maestras de la nueva ley, surgen importantes objeciones al hilo de los fines realmente propendidos con el nuevo sistema. Para empezar, por mucho que la norma pretenda transmitir unos códigos de transparencia y solidaridad, el esquematismo legislativo infiere una teleonomía contraria a la expuesta pues, en puridad, sus anclajes representan una abdicación calculista delegada en criterios políticos. Los códigos entronizados mediante la Ley 23/2013 se orientan conforme a fines econométricos y de productividad haciendo de la historia laboral del trabajador una variable vinculada al rendimiento económico. El pacto inter-generacional, teóricamente concebido en términos de solidaridad, no es de tal guisa ya que se hace depender prevalentemente de la producción de valor y de la productividad. Aparte de esto, la sostenibilidad del sistema de pensiones pende de un esfuerzo cada vez más insostenible infligido a la fuerza de trabajo para cubrir, ora sin trabajo, o en condiciones estructurales de temporalidad y precariedad, los periodos de carencia, y ello, además, bajo una sucesión de figuras jurídicas de complejísima articulación interna. Para mayor abundamiento, el espectro institucional de las jubilaciones tenderá a minorar los estándares cubiertos públicamente con sistemas de reparto para derivar dichos espacios poco a poco a los sistemas privados de capitalización.

La financiación de la seguridad social vía instituciones de jubilación será (es ya) una realidad en ascenso en el sistema público de protección. Como dije antes, el nuevo índice de revalorización recaba un plantel de ecuaciones y pruebas de hipótesis sobremanera alambicadas⁶⁷ que, por ello mismo, dilatan los márgenes aplicativos de dicha fórmula a nivel político. Los umbrales techo y suelo confieren, más bien, una doble legitimación para ubicar las pensiones en niveles sub-evaluados, y las teóricas reevaluaciones quinquenales no harán más que comprimir las revisiones y la cobertura última del sistema. Eso sí, los anclajes de la Ley 23/2013 encierran “contradicciones conscientes” donde apoyar la escisión fundamentadora del cambio de modelo. En su conjunto

⁶⁷ Informe, cit. págs. 38 a 42.

representan una quiebra de la capacidad adquisitiva del colectivo de mayores, y entrañan una violación de las directrices constitucionales del art. 50 CE. Se mire como se mire el constructo “pensiones adecuadas”, la revalorización es un termómetro de la salud de las cuentas públicas cuyas variables penden de factores de difícil control Estatal. Los factores consagrados en la Ley 23/2013 son una plasmación formal de los cánones de estabilidad presupuestaria ex art. 135 CE y arts. 11.5 LO 2/2012, por consiguiente lo que en realidad realiza el nuevo texto es anteponer los códigos de compromiso económico y presupuestario frente a la protección constitucional de la vejez ex art. 50 CE, con las sospechas de inconstitucionalidad derivables de dicha prevalencia de intereses en caso de no quedar realmente garantizada la suficiencia económica de los trabajadores jubilados y la calidad de vida de los mismos⁶⁸.

Pensemos, por lo demás, que el “túnel de la crisis” se atisba extenso longitudinalmente, y su luz bastante débil, pese al daltonismo interesado en ver colores desde una “hoja de ruta monocromática”. Muy al contrario, el crecimiento económico se augura de baja intensidad e hipoteca la creación de empleo, del mismo modo la competitividad, como representación icónica de la recuperación, no depende en exclusiva de la devaluación del factor trabajo, máxime con una caída del 3% del producto industrial y una dependencia desorbitada del sector servicios y del financiero. Para mayor abundamiento, cabe hipostasiar una persistencia o ampliación de la economía sumergida y, con ello, crasas dificultades para alcanzar los objetivos de déficit y de equilibrio presupuestario, so pena de incoar una profunda reforma fiscal que refuerce el papel de los tributos directos e implemente una auténtica redistribución equitativa de las cargas impositivas. En estos términos, concibo el aseguramiento de las pensiones como un “proyecto arrojado” que subvierte la corrección de los macro-desequilibrios financieros a costa de una mayor financiarización de los institutos de previsión social y de derivaciones subrepticias hacia los mecanismos privados de protección. La altura moral de cualquier país empieza a medirse en la manera como trata a sus mayores y a sus jóvenes, por tanto extraíganse las inferencias pertinentes a tenor de lo expuesto en estas páginas.

⁶⁸ Confirmando estas sospechas de inconstitucionalidad sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, vid. Suárez Corujo B. “El factor de sostenibilidad...”, op, cit, p. 31.

CERRANDO EL CÍRCULO: EL CASO SCHLECKER Y LA INTERPRETACIÓN DE LA REGLA CONFLICTUAL DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO PLURILOCALIZADO

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

EXTRACTO

Palabras clave: Derecho comunitario, relaciones laborales plurilocalizadas

La relaciones laborales plurilocalizadas, esto es, conectadas con más de un ordenamiento jurídico, originan desde el punto de vista jurídico un buen número de problemas, de entre los que destaca el de la concreción o determinación de la ley aplicable a un contrato de trabajo de estas características. En este contexto, durante los años 2011 (casos Koelzsch y Voogsgeerd) y recientemente en el año 2013 (Schlecker), el TJ ha interpretado el bloque normativo conflictual comunitario, tanto por lo que se refiere al criterio de *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* y más recientemente el de los vínculos más estrechos respectivamente. Como quiera que la interpretación realizada por el Tribunal de Luxemburgo origina alguna que otra duda con respecto a cómo distinguir la interpretación realizada en relación con los vínculos más estrechos y los requisitos substanciales para concretar el lugar de prestación habitual de servicios, el presente trabajo tiene por objeto desentrañar esta dificultad con el fin de clarificar la aplicabilidad de uno o de otro criterio a estos supuestos.

ABSTRACT

Key words: Community law, labour relations with different points of territorial connection

The plurilocalized labour relations, that is, connected to more than one legal system, originating from the legal point of view a number of problems, most notably that of the completion or determination of the law applicable to a contract of employment these features. In this context, during 2011 (and Voogsgeerd Koelzsch cases) and recently in 2013 (Schlecker), the ECJ has interpreted the regulatory community block conflictual, both as regards the criterion of *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* and more recently of the closest links respectively. Since the interpretation by the Court of Luxembourg rise to some doubt as to how to distinguish the interpretation made in relation to closer ties and realize the substantial requirements for the habitual rendering of services, this paper is object unravel this difficulty in order to clarify the applicability of one or another criterion to these assumptions.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTO DE HECHO Y ELEMENTOS DEL LITIGIO EN LA SENTENCIA SCHLECKER
3. EL SISTEMA CONFLICTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ART. 6 CR
4. LA ARTICULACIÓN DE LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LOS CRITERIOS CONFLICTUALES OBJETIVOS CONTENIDOS EN EL ART. 6 CR Y EL ART. 8 RR I.
5. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA REGLA FLEXIBLE DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS
 - 5.1. Aproximación general al criterio conflictual de los vínculos más estrechos
 - 5.2. Definición de los vínculos más estrechos en el art. 6.2 *in fine* y art. 8.4 RR I
 - 5.2.1. Imposibilidad de la interpretación del criterio conflictual de los “vínculos más estrechos” a partir de otras previsiones del Convenio
 - 5.2.2. Construcción de la noción de vínculos más estrechos
6. ¿VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS VS ELEMENTOS SUBSTANCIALES?

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2011, el TJ acometió en dos fallos diferenciados (casos Koelzsch¹ y Voogsgeerd² respectivamente), la interpretación de las reglas conflictuales rígidas contenidas en el art. 6 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma en 1980 (CR)³ y hoy, como se sabe, sustituido por lo dispuesto en el art. 8 de su homólogo Reglamento Roma I sobre la misma materia⁴. Con ambos pronunciamientos,

¹ Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch. Comentada por Maseda Rodríguez, J: “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *Diario La ley* n° 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011.

² Sentencia de 15 de diciembre de 2011, en el caso C-384/10

³ JOCE L266, de 9 de octubre de 1980.

⁴ Reglamento comunitario n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008. DOUE L177, de 4 de julio de 2008. Sobre el particular, con carácter general, Garcimartín Alférez, F.J: “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario la Ley* n° 6957, 30 de mayo de 2008, La Ley 17139/2008. Kenfack, H: “Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal de Droit International* n° 1, 2009, pp. 1-39. Lagarde, P y Tenenbaum, A: “De la convention de Rome au reglement Rome I”, *Revue critique de droit international privé* n° 4, 2008, pp. 727 y ss. Ubertazzi, B: *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, 2008. Guzmán Zapater, M: “El Reglamento CE n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil-Mercantil* n° 12, 2009, versión electrónica BIB 2009/1678. Desde nuestra perspectiva, véase Gardeñes Santiago, M: “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 387-424. Molina Martín, A.M: “Nuevo sistema de determinación del Derecho aplicable en supuestos de movilidad geográfica internacional de trabajadores: el reglamento Roma I”, en VV.AA: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*. Volumen II, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 236-261,

el Tribunal de Luxemburgo inicia un proceso interpretativo sin precedentes, orientado a sentar los criterios que permiten conocer en el marco de los contratos de trabajo plurilocalizados o, si se prefiere, conectados con más de un ordenamiento jurídico, la legislación laboral que les es de aplicación; colmando así un vacío hermenéutico cuya duración se ha prolongado durante bastante tiempo⁵. Ahora bien, a las sentencias ya anotadas se les ha añadido muy recientemente, el 12 de septiembre del 2013 (Asunto Schlecker⁶), una última “decisión” que, entre otras cosas, parece cerrar –al menos a priori– el círculo interpretativo emprendido con las anteriores, en la medida en que, en un supuesto de esta naturaleza, aborda la regla conflictual de los vínculos más estrechos contenido en el art. 6.2 in fine del CR y actual art. 8.4 del RR I⁷, que a estos efectos no modifica ni un ápice la redacción original. Ya sólo sea por esta razón, desde aquí se considera necesario aproximarse a este último supuesto en el comentario que a continuación se relaciona. Pero no sólo por eso, ya que sin perjuicio de que la interpretación dada por el TJ en este último caso no origina duda alguna por lo que respecta a la que esto suscribe⁸, sí que es cierto que, sin embargo, el TJ no ha abordado en esta ocasión un problema que considero ya se suscitaba a propósito de la sentencia Koelzsch y, que sin agravarse especialmente, sigue latente o pendiente tras la decisión emitida en el caso Schlecker.

Y es que en la primera de aquéllas⁹, el órgano jurisdiccional europeo empleaba la noción de sustancialidad para delimitar el criterio de *lex loci laboris* como algo divergente y distinto al denominado criterio de los vínculos más estrechos, que es el que se analiza en el fallo del 2013. En efecto, para quienes lo desconozcan en aquel momento y fundamentalmente en el marco de las conclusiones a aquella sentencia; el abogado general y, posteriormente el TJ, dibujaron una manera de aprehender la conexión del contrato de trabajo con el país de prestación habitual de servicios a través de la construcción de una noción de sustancialidad que, en última instancia, se refiere a la necesidad de

⁵ Máxime teniendo en cuenta que el Primer protocolo de 19 de diciembre de 1988, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 1980 (DO C27) entró en vigor el 1 de agosto de 2004.

⁶ Asunto C-64/12.

⁷ “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

⁸ Ya que en esencia, la interpretación dada por el TJ es similar a la que sostuvo en el trabajo titulado *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

⁹ Considerando 97 de las conclusiones de la abogada general, donde expresamente señala que “para decidir cuál es el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo el juez nacional debe tener en cuenta tanto criterios sustanciales como criterios temporales”.

analizar la naturaleza del trabajo y, por tanto, al conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador en concreto. Dicho de un modo más clarificador, el TJ para dotar de contenido a la *lex loci laboris* se ve en la obligación de observar qué criterios de carácter sustancial vinculan el contrato del trabajador (en aquel momento un transportista por carretera) con el ordenamiento jurídico de un país u otro.

Pero lo que no se nos dijo, y no se nos dice ahora, es cómo diferenciar de manera nítida el conjunto de elementos a tener en cuenta para concretar el país desde el cual o en el cual el trabajador presta servicios con respecto del criterio localizador de los vínculos más estrechos. Así, parece obvio que dadas las interrogantes que, al menos, a mí me asaltan con respecto a esta cuestión y teniendo en cuenta que ya ha pasado cierto tiempo desde entonces, se deba, al menos, contraponer, a la luz de la propia sistemática que exhibe el CR y el RR I, ambos conceptos con la finalidad de dilucidar si constituyen aspectos diferenciados y excluyentes entre sí; o si, por el contrario, debemos considerar que la creación del concepto de sustancialidad sólo responde a la complejidad del supuesto que dio pie a la sentencia Koelzsch.

2. SUPUESTO DE HECHO Y ELEMENTOS DEL LITIGIO EN LA SENTENCIA SCHLECKER

Para acometer el problema principal al que he hecho apenas referencia, se hace necesario en primer lugar describir el supuesto de hecho que encierra la sentencia Schlecker; objeto de este análisis. Pues bien, este caso tiene como protagonista a una trabajadora, la Sra. Boedeker, que había estado empleada para la empresa alemana Schlecher, que no es sino una multinacional dedicada al sector de la droguería con sucursales en distintos Estados miembros. La trabajadora en cuestión, había prestado servicios en Alemania desde el 1 de diciembre de 1979 al 1 de enero de 1994, cuando ésta celebró un nuevo contrato de trabajo, en cuya virtud desempeñó las funciones de gerente de Schlecker en los Países Bajos. En dicha condición, ejerció funciones de dirección de Schlecker en ese Estado miembro, sobre alrededor de 300 sucursales y unos 1.250 trabajadores. El 19 de junio de 2006, la empresa informó a la Sra. Boedeker que su puesto de gerente para los Países Bajos iba a ser suprimido a partir del 30 de junio de 2006 y la invitó a que asumiera, en las mismas condiciones contractuales, el cargo de jefe del departamento de contabilidad en Dortmund (Alemania), a partir del 1 de julio de 2006. La trabajadora, aún no estando contenta con la decisión unilateral de traslado adoptada por la empresa, se presentó en Dortmund el 3 de julio del mismo año para asumir sus nuevas funciones, obteniendo, tan sólo dos días después a su incorporación, la

baja laboral por enfermedad y comenzando a percibir una prestación del organismo del seguro de enfermedad alemán.

En este contexto, la Sra. Boedeker emprendió diversos procedimientos judiciales en los Países Bajos con la finalidad de obtener la anulación del segundo contrato y la percepción de una indemnización, amén de solicitar que el derecho aplicable fuera el neerlandés, en la medida en que el ordenamiento jurídico-laboral de este país le otorgaba una mayor protección que el derecho alemán en materia de movilidad geográfica. Habiendo obtenido respuesta positiva a todas sus pretensiones, la empresa interpuso un recurso de apelación con el objeto de que se declarara la aplicación del derecho alemán sobre la base de entender que en el presente asunto existía una vinculación más estrecha del contrato de trabajo con ese país, no en vano la trabajadora se encontraba afiliada a los regímenes de jubilación, de seguro de enfermedad y de invalidez en Alemania. El tribunal que conoció del asunto rechazó la petición de la empresa, confirmando la sentencia de instancia y señalando que la trabajadora había venido prestando servicios con carácter habitual y duradero en los países bajos y que, en consecuencia, el derecho aplicable debía ser el neerlandés. Contra la sentencia en apelación, Schlecker interpuso recurso de casación ante un tribunal de los Países Bajos relativa a la determinación del Derecho aplicable, en cuyo marco las discrepancias entre la trabajadora y la empresa con respecto a esta cuestión seguían subsistiendo, al punto de que la Sra. Boedeker solicitó que se condenara a la empresa a readmitirla como responsable para los países Bajos.

El órgano jurisdiccional neerlandés competente, a la vista de las circunstancias y las dudas que le generaba la interpretación realizada sobre el art. 6.2 in fine del CR relativo al criterio de conexión de los vínculos más estrechos, elevó petición de decisión prejudicial al TJ solicitando que se le respondiera a dos interrogantes concretas. Por una parte, desea conocer si el criterio de la *lex loci laboris* contenido en el art. 6.2.a) CR debe ser aplicado en todos los casos, esto es, incluso en los supuestos más evidentes como el presente, en los que la ejecución del contrato se realizaba no sólo de manera habitual en los Países Bajos, sino también de manera duradera e ininterrumpida en dicho país o si, por el contrario, cuando el contrato de trabajo presente vinculación más estrecha con otro país, debe aplicarse la legislación de este último Estado. Por su parte, el órgano a quo requiere al TJ para que le señale si para dar una respuesta afirmativa a la duda central ya señalada es necesario que el empresario y el trabajador, en el momento de celebración del contrato de trabajo o, al iniciarse la prestación, hayan pretendido o hayan sido conscientes de que el trabajo se realizaría de manera duradera y sin interrupción en el mismo país.

3. EL SISTEMA CONFLICTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRABAJO ESTABLECIDO EN EL ART. 6 CR

Pues bien, para poder desentrañar correctamente la interrogante planteada, considero necesario situar al lector ante el sistema conflictual establecido en el art. 6 CR. En este sentido, y antes de cualquier otra consideración, se ha de señalar que esta disposición –al igual que su homóloga en Roma I (art. 8)- sustentadora del régimen conflictual aplicable para las relaciones individuales de trabajo, parte del deseo de ofrecer a la parte débil en el contrato de trabajo una protección adecuada; objetivo éste que se configura como el principio esencial de la norma¹⁰. En efecto, esta “*ratio*” inspiradora de la norma de conflicto relativa al contrato de trabajo en el CR (y también en Roma I) es la que preside su contenido, fuertemente influenciada por la necesidad de conceder a uno de los contratantes una serie de garantías accionadas a través de mecanismos de DºI. Pr., como son las normas conflictuales materiales, el orden público internacional y las normas imperativas¹¹, dada su inferioridad socio-económica y jurídica¹². Así, ésta debe tenerse siempre presente, ya que sin esta aproximación no podemos entender ni la estructura ni el significado del precepto que tratamos.

Naturalmente, estos mecanismos en el ámbito del DºI.Pr. del trabajo y concretamente en la producción convencional internacional del CR (y también en Roma I), se sostienen a través de lo que se ha venido a denominar la materialización de las reglas de conflicto¹³. Ello significa que a pesar de que el DºI. Pr. tradicionalmente emplea normas de conflicto neutrales, en el sentido de pretender únicamente la localización en el espacio de un ordenamiento jurídico

¹⁰ Sobre la parte débil en la relación contractual con carácter general, Gilliéron, P.R: “La protection du faible dans les contrats”, *Revue de droit suisse*, 1979, pp. 233-266. En relación a la regulación específica de esta materia en el derecho internacional privado y el Convenio de Roma, véase Pocar, F: “La protection de la partie faible en droit international privé” en *Recueil des Cours* 1984-I, vol. V, pp. 349-417. Salvadori, M.M: “La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella convenzione di Roma” en Sacerdoti, G. Y Frigo, M: *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè editore, Milano, pp. 121-151.

¹¹ Pocar, F: “La protection de la partie faible en droit...”, loc. cit. pp. 353 y ss.

¹² Baylos, A: “*el Derecho del trabajo se concibe como un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socio-económica y jurídica realmente existente*” en *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta ed., Madrid 1991, p. 32.

¹³ También denominado “*metodo materiale di determinazione della legge applicabile*” por Picone, P en *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Cedam editorial, Padova, 1986, pp. 14 y ss. En el mismo sentido se expresa Fieschi-Vivet, P. “*La finalit  de la règle juridique se rapportant aux relations de travail est d’assurer la protection des travailleurs et pour cela un des moyens consiste   faire pr valoir la règle plus protectrice.[...] L’application de la loi dépend de son contenu et, donc, la règle de conflit présente un caractère substantiel marqué*” en “*La règle de conflit applicable au contrat de travail international*”, *Recueil Dalloz Sirey*, 37 Cahier, 1987, p. 257.

concreto aplicable al contrato, haciendo caso omiso a la reglamentación sustantiva interna del mismo; en el caso del contrato de trabajo éstas obedecen a la búsqueda de justicia material¹⁴, es decir, atienden a determinados resultados o finalidades del sistema del Derecho privado interno¹⁵. De esta manera, puede afirmarse que en cierto modo se sacrifica el interés conflictual por la función social¹⁶ que en esta materia cumple o debe cumplir el DºI.Pr¹⁷. Realidad ésta que tiene su reflejo, dentro del art. 6 CR (y art. 8 Roma I), en la necesidad de asegurar una concordancia entre la relación de trabajo y la intervención estatal.

Para comprender lo anteriormente señalado, se hace necesario exponer a grandes rasgos el contenido de la norma conflictual que tratamos. A tal fin, el art. 6 del CR dispone cuanto sigue:

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:

- a) Por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o*
- b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador,*

¹⁴ Para un análisis histórico de esta noción, Leclerc, F: *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, Bruylant editorial, Bruselas, 1995, pp. 63 y ss.

¹⁵ De Nova, R: “Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international”, *Revue critique de droit international privé*, 1948, p. 191.

¹⁶ Este problema ha sido puesto de manifiesto por la doctrina francesa en relación al empleo de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo plurilocalizado. En este sentido, la polémica se ha centrado en establecer si con el sistema instaurado por el art. 6 se puede seguir hablando de una *lex contractus* al contrato de trabajo, o si por el contrario ésta No Es Más Que La Ley De Protección Mínima O La Ley Elegida Por Las Partes. Según LAGARDE, P. si el trabajador se beneficia de las normas que le son favorables, no es posible seguir hablando de una *lex contractus* al contrato de trabajo, sino solamente de soluciones materiales derivadas de la comparación de las leyes aplicables en presencia, en “Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d’une évolution mal maîtrisée” en AAVV: *Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz editorial, Paris, 1989, p. 95. Haciéndose eco de este problema, véase en la doctrina española, Pérez Beviá. J.A : “Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los Convenios comunitarios europeos de Derecho Internacional Privado”, *Relaciones Laborales* nº 22-1995, p. 1404 y los por él citados en nota a pie nº 40.

¹⁷ Lipstein, K: “Private international law with a social content – A super law?”, *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 23 y ss.

a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país”.

Como es visible, el art. 6 CR (y el art. 8.1 Roma I¹⁸) empieza por reclamar a la autonomía de las partes la responsabilidad de determinar la ley que regirá el contrato. El carácter prioritario de la conexión subjetiva de la autonomía de la voluntad se “excepciona” en función de ciertos límites, ya que la elección de ley aplicable no podrá tener por resultado “*privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de elección (art. 6.2)”*.”

El párrafo segundo de esta disposición (art. 6.2 CR) establece los puntos de conexión de carácter objetivo y/o rígidos, señalando en primer lugar [art. 6.2.a) CR y actual art. 8.2 Roma I, aunque con una sensible diferencia¹⁹] que en el caso de que las partes (trabajador y empresario) no hayan hecho uso de la libertad que se les confiere en el apartado primero de la presente norma y si el trabajo se realiza habitualmente en un Estado, el contrato se regirá por la ley de ese Estado, “*aun cuando con carácter temporal haya sido enviado a otro país*”. El precepto alude a la llamada “*lex loci laboris*”, esto es, al lugar de ejecución habitual del trabajo, conexión ésta principal en el ámbito de la contratación laboral, ya que la hipótesis de partida no es otra que entender que en la práctica lo más habitual es que el trabajador preste servicios en un único país, a salvo de evidentes excepciones como los casos de prestación de servicios en itinerancia o de multiplicidad de *locus laboris* en la ejecución del trabajo, o incluso de prestación de servicios fuera de la soberanía de cualquier país. En segundo lugar, en el caso de que las partes no hayan elegido la ley al contrato de trabajo pero el trabajador no realice habitualmente su trabajo en un mismo país, el contrato de trabajo se regirá por la ley de país en que se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador, es decir, el llamado “*lex loci celebrationis*” (art. 6.2.b) CR y art. 8.3 Roma I²⁰). Este criterio pone de relieve

¹⁸ En efecto, el art. 8 Roma I señala que “*El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo*”.

¹⁹ Sobre la que volveremos más adelante. En cualquier caso, el art. 8.2 Roma I establece que “*En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país*”.

²⁰ El art. 8.3 Roma I establece que “*Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador*”.

la posibilidad de que la identificación del lugar de ejecución del trabajo no sea posible en algunos casos y, por lo tanto, no pueda jugar la regla anterior.

Finalmente y con independencia de cuál sea el lugar de prestación de servicios o del lugar donde se sitúe el establecimiento que contrató al trabajador, si el contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país, siempre en defecto de elección (art. 6.2 in fine y actual art. 8.4 Roma I²¹). Esta “cláusula de escape” es similar, que no idéntica, a la establecida en el art. 4.5 CR (art. 4.4 Roma I) y se muestra acorde con el carácter elástico del CR (y de Roma I). En efecto, se trata de una fórmula correctora de la solución a las que nos remita la aplicación de las conexiones de carácter rígido establecidas en los párrafos precedentes²².

Como se ha avanzado, el espíritu del cual parte el CR (y también Roma I) en el momento de establecer un régimen conflictual aplicable al contrato de trabajo es el de ofrecer una protección al contratante débil en este contexto. No obstante, ese objetivo no puede confundirse con el hecho de que el sistema conflictual aplicable al contrato de trabajo en el CR (y por extensión en Roma I) sea el de designar, siempre y en todo caso, el ordenamiento jurídico más favorable a los intereses del trabajador. O dicho de otro modo, no debe confundirse la finalidad tuitiva o de protección social que persigue la norma con el principio del “*favor laboratoris*” en el marco del art. 6 CR (art. 8 Roma I). Y es que únicamente es posible afirmar que el interés por salvaguardar un ordenamiento jurídico más favorable viene de la mano de las restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes para designar la ley rectora al contrato de trabajo²³. En efecto, la “*electio iuris*” se impondrá sobre los resultados a los que conduzcan la aplicación de los criterios conflictuales del art. 6.2 CR (arts. 8.2, 8.3 y 8.4 Roma I), siempre y cuando el ordenamiento jurídico seleccionado sea más favorable que las normas imperativas que le fueran de aplicación de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado segundo de esta disposición, esto es, las resultantes en defecto de elección. Así, los criterios conflictuales establecidos en el art. 6.2 CR (arts. 8.2; 8.3 y 8.4 Roma I) pretenden localizar el contrato de trabajo en aquellos países con los que la relación jurídica que pretenden regular se encuentre más íntimamente conectada, entendiendo por tal la posibilidad de dar intervención a las

²¹ “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto al indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

²² Pérez Beviá, J.A.: “Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo...”, loc. cit. p. 1403.

²³ “L’application de la loi la plus favorable est réservée au cas où les parties ont choisi une loi”, Lyon-Caen, G : *Les relations de travail internationales*, Liaisons éditions, Paris, 1991, p. 29.

normas imperativas del tal Estado sobre el contrato²⁴, sosteniendo el carácter tuitivo que caracteriza al art. 6 CR (y el art. 8 Roma I).

En este contexto general es donde cabe insertar el pronunciamiento del TJ, en un asunto, donde a diferencia de sus predecesores del año 2011 no existe elección de ley aplicable y, por lo tanto, lo que se trata de dilucidar es el alcance del juego de las reglas conflictuales rígidas y elásticas entre sí, al punto de aplicar esta última incluso en el supuesto de que la prestación de la relación de tráfico jurídico externo laboral se haya desempeñado o desenvuelto de manera duradera y prolongada en un único Estado. Esta realidad lleva aparejada la necesidad de abordar dos cuestiones íntimamente conectadas entre sí. Por un lado, el análisis del juego de reglas conflictuales establecidas en el art. 6 CR y art. 8 RR I y su articulación con la regla de los vínculos más estrechos. Por otra parte, una vez delimitada esta primera cuestión, se hace necesario establecer los elementos que permiten establecer esa vinculación más estrecha del contrato de trabajo con un ordenamiento jurídico distinto al designado por las reglas conflictuales objetivas, ya sea la determinada por la *lex loci laboris*, como sucede en el caso *Schlecker*, pero también –eventualmente– con la *lex loci celebrationis*.

4. LA ARTICULACIÓN DE LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON LOS CRITERIOS CONFLICTUALES OBJETIVOS CONTENIDOS EN EL ART. 6 CR Y EL ART. 8 RR I

Uno de los aspectos prioritarios que la sentencia que comentamos aborda es el papel que la regla de los vínculos más estrechos [art. 6.2.b) in fine del CR o art. 8.4 RR I] juega en relación con el resto de criterios conflictuales contenidos en las disposiciones anotadas. En este sentido, parecía obvio que esta cuestión se debía plantear en un momento u otro, ya que la sentencia *Koelzsch* proclamaba el carácter prioritario y prácticamente excluyente del criterio del país donde con carácter habitual el trabajador o trabajadora preste servicios con respecto al segundo de los criterios contenidos en la norma, esto es, la *lex loci celebrationis*²⁵. Ahora bien, en aquel supuesto el TJ no entró a valorar si también la regla conflictual de la *lex loci laboris* (y eventualmente *lex*

²⁴ Sobre las normas imperativas en el CR, vid. Wojewoda, M: “Mandatory rules in private international law: with special reference to the mandatory system under the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Maastricht Journal of European and comparative law* nº 2, 2000, pp. 183 y ss.

²⁵ Posición que ya se ha criticado con respecto al análisis de la sentencia *Voogsgeerd* realizada por quien esto suscribe bajo la rúbrica “De nuevo sobre la ley aplicable al contrato de Embarque. (A propósito de la STJUE de 15 de diciembre de 2011, Asunto C-384/10, caso *Voogsgeerd vs Navimer S.A.*)”, *Revista de Derecho Social* nº 58, 2012, pp. 121-152.

loci celebrationis) debía jugar del mismo modo con respecto a la regla de los vínculos más estrechos o si las primeras debían decaer “*cuando del conjunto de circunstancias resulte que el contrato de trabajo presenta una vinculación más estrecha con cualquier otro país*”. A pesar de la ausencia de referencia expresa sobre la cuestión, sí que es cierto que el planteamiento que dio lugar a la sentencia anotada (Koelzsch) dejaba esta interrogante abierta, ya que el TJ construyó lo que puede denominarse como criterios de substancialidad con el objeto de lograr la aplicabilidad de la *lex loci laboris* en prácticamente todos los supuestos en lo que ello fuera posible. Lo anterior conducía a sobrevalorar el criterio rígido de la ley del país donde el trabajador preste habitualmente servicios, dejando –a priori– un escaso margen para la aplicación de la cláusula de escape contenida en el art. 6.2 b) CR (actual art. 8.4 RR I).

En efecto, trasladando esa construcción al asunto que ahora nos entretiene, y en la medida en que la trabajadora litigante había venido prestando servicios de manera duradera y continuada en los Países Bajos para la empresa Schlecker, lo obvio hubiera sido que el TJ hubiera respondido a esta cuestión haciendo prevalecer los elementos substanciales delimitadores de la *lex loci laboris* sobre la conexión más estrecha con otro país, en este caso Alemania, llegando a la misma conclusión que la pretensión elevada por la actora, esto es, la aplicabilidad de la legislación neerlandesa al conflicto planteado. No obstante, el TJ va a entender que las reglas conflictuales contenidas en el art. 6 CR y el art. 8 de su homólogo RR I presentan un carácter “jerárquico” sólo en relación a las reglas conflictuales rígidas u objetivas entre sí: *lex loci laboris* y *lex loci celebrationis*. Y en consecuencia, no existiría tal relación de jerarquía, ni por ende, de subsidiariedad, cuando lo que se trata es de aplicar la cláusula de escape, que mantendría su carácter autónomo en todo caso, permitiendo –por tanto– que si el juez que conoce del asunto determina que la relación jurídico-laboral presenta lazos más estrechos con otro país, deba ser este último el ordenamiento jurídico aplicable.

La interpretación hecha en el caso Schlecker en relación con esta cuestión se muestra, por lo que respecta a ésta que suscribe estas páginas, perfectamente coherente con el sentido del instrumento convencional, hoy comunitarizado, y por lo tanto, estamos plenamente de acuerdo con la misma. A pesar de lo anterior, sí que es cierto que si tuviéramos que realizar una crítica a esta construcción, la misma vendría dada por el marco del debate donde esta discusión se inserta. Y es que los distintos autores que han trabajado la relación entre los criterios rígidos y flexibles contenidos en las disposiciones anotadas parten de dos ideas contrapuestas²⁶. En primer lugar, la de considerar que existe una relación principio/excepción

²⁶ Conclusiones del Abogado General (Considerando 42).

entre aquéllas, lo que en esencia supone que la búsqueda de eventuales lazos más estrechos con otro país sólo puede realizarse excepcionalmente, esto es, cuando en aplicación de las presunciones se designe una Ley manifiestamente inadecuada con el contrato. La segunda de las posturas mantenidas, que es en la que particularmente me alinee, es señalar que no existe una relación jerárquica entre las disposiciones de que se trata y el juez disfruta de un cierto margen de apreciación para determinar el ordenamiento jurídico aplicable más estrechamente conectado con el contrato objeto de examen.

Pues bien, sin perjuicio de que en el marco de este debate, el TJ se incline por la segunda de las interpretaciones anotadas y que, desde aquí, mostremos –se insiste– toda nuestra conformidad con aquélla; sí que es cierto que su voluntad es aunar este último posicionamiento con la interpretación que ya diera en los asuntos anteriores (Koelzsch y Voogsgeerd), tratando –en consecuencia– de armonizar ambas conjuntamente, optando por lo que cabe denominar como posición mixta. Dicho de otro modo, la postura que sostiene la inexistencia de una relación jerárquica entre los criterios conflictuales derivados de los arts. 6 CR y 8 RR I, no sólo se defiende con respecto al juego entre los criterios objetivos y flexible entre sí como mantiene el TJ en la sentencia Schlecker, sino para todos ellos sin excepción. Lo que ocurre es que el TJ se ve en la obligación de asumir la interpretación realizada en las sentencias del año 2011 y tratar de conjugarla con lo que ahora considera “impepinable”, esto es, que el establecimiento del ordenamiento jurídico regulador del contrato de trabajo plurilocalizado depende, de acuerdo a la cláusula de cierre que contemplan los instrumentos señalados, de que no exista otra ley más estrechamente conectada con el contrato de trabajo, distinta a la que pudiera inferirse de la aplicación de los criterios rígidos y objetivos establecidos en las normas a emplear.

En consecuencia, el TJ en la sentencia Schlecker va a seguir admitiendo que el criterio contenido en el art. 6.2.a) CR y, por extensión, en el art. 8.2 RR I deberá aplicarse en todos aquellos supuestos en los que ello sea factible, asumiendo –en consecuencia– que el criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato de trabajo conectado con más de un ordenamiento jurídico debe interpretarse de forma amplia y extensiva, dejando un escaso margen al criterio del establecimiento contratante y decayendo sólo en el supuesto de que la cláusula de salvaguardia condujera a la determinación de la ley aplicable distinta a las anteriores. Esta interpretación origina que, con independencia de que la ejecución de servicios se haya desenvuelto en un país determinado con carácter duradero y estable, dando lugar a la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el art. 6.2.a) CR y art. 8.2 RR I, éste pueda ser sustituido por la Ley rectora que mejor se adapte a la situación sobre la base

de un criterio tan escurridizo y problemático como el de los vínculos más estrechos²⁷.

En consecuencia, la importancia de la cláusula de escape contenida en el CR y en RR I es trascendental en el marco de la determinación de la ley aplicable a los contratos de trabajo plurilocalizados²⁸. Si bien ello es así, surge el problema derivado de determinar qué elementos son los que permiten establecer esos lazos más estrechos de la relación jurídico-laboral con respecto a un ordenamiento jurídico concreto y distinto del designado por los criterios rígidos y especialmente por la *lex loci laboris*; máxime teniendo en cuenta que en el caso Schlecker, la trabajadora había venido prestando servicios ininterrumpidos durante unos 11 años en los Países Bajos. En efecto, la indeterminación o indefinición en la que se mueve la cláusula de escape ha venido originando problemas aplicativos de envergadura a los que ahora, el TJ por vía interpretativa- ha dado respuesta. Si bien ello es así, y como hemos tenido la ocasión de señalar con anterioridad, habrá que analizar en primer lugar qué criterios son los que se ha empleado para dar contenido a la conexión de los vínculos más estrechos y si cabe diferenciar éstos de los elementos de substancialidad que permiten la aplicación prioritaria y extensiva de la *lex loci laboris* erigida a propósito de la sentencia Koelzsch. Pero vayamos por partes.

²⁷ En este sentido, Morse, C.G.J. "Contracts of Employment and the ECC contractual obligations Convention" en North, P.M (de.): *Contract conflicts. The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations: A Comparative Study*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, p. 157, quien a pesar de criticar la introducción de este criterio dada la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que aboca, reconoce su utilidad. Así, "*unwise to exclude consideration of other factors* [esto es, los establecidos en los apartados a) y b) del art. 6.2 CR], in reality, employment relationships are of such a variety that the possible permutations of connecting factors and the emphasis which should be attached to particular connecting factors within each permutation will differ considerably".

²⁸ Incluso, tal y como afirma el considerando 35 de la sentencia Schlecker, de tal envergadura que el juez debe, en un primer momento, determinar la ley aplicable sobre la base de los criterios de vinculación específicos que figuran en el apartado 2, letra a), y, respectivamente, letra b), de dicho artículo, los cuales obedecen a la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, de seguridad jurídica en las relaciones contractuales (véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2009, ICF, C-133/08, Rec. p. I-9687, apartado 62). Esta misma postura es la que mantuve en el trabajo titulado *La determinación de la Ley aplicable al contrato de trabajo internacional (estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

5. DELIMITACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA REGLA FLEXIBLE DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS

5.1. Aproximación general al criterio conflictual de los vínculos más estrechos

Como se ha anunciado, el art. 6 CR (y el art. 8.4 RR I) consagra en su último párrafo una cláusula destinada a garantizar que la ley señalada por las conexiones establecidas en el art. 6.2 CR y artículos 8.2 y 8.3 RR I no sea distinta de la que, con anterioridad, y seguramente impuesta por reglas indisponibles para las partes, vincule (más estrechamente) al contrato con un determinado país. Así, la norma se orienta a corregir la determinación de la ley rectora del contrato de trabajo cuando el conjunto de criterios de conexión rígidos conduzca a la aplicación de una Ley que se encuentre insuficientemente vinculada al contrato de trabajo. La dificultad primordial que esta cláusula de escape encierra es la de su interpretación²⁹, sobre todo para el exegeta continental –incluido el español– acostumbrado al manejo de reglas de localización rígidas para la definición del ordenamiento jurídico aplicable a la relación de tráfico externo laboral. Ésta es la razón por la que la inclusión de una disposición de estas características en el marco de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo se ha discutido de manera intensa, puesto que se ha sostenido que la asunción de dicho criterio repercute de manera negativa sobre la seguridad jurídica que debe informar esta parcela del ordenamiento jurídico, máxime cuando su aplicación se produce en el marco de relaciones contractuales en las que una de las partes se encuentra en una situación de debilidad, como acaece

²⁹ Para un estudio sobre el origen del criterio de los vínculos más estrechos, Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, Giuffrè editorial, Milán, 1991, pp. 78-118. Asimismo Vitta, E: "Influenze americane nella Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1983, pp. 261-278, quien establece los precedentes del criterio de los vínculos más estrechos en la teoría de Savigny quien afirmaba que "per ogni rapporto bisogna cercare la sfera del diritto al quale, per la sua particolare natura, appartiene o è sottoposto". Esta primera aproximación fue desarrollada por Gierke, para el que "la legge applicabile per risolvere i conflitti di leggi sarebbe quella del paese in cui è spazialmente situato il "centro de gravità (Scherpunkt) della relazione legale". Finalmente, el CR adopta este criterio del *most relevant relationship* a la luz de las teorías desarrolladas en EEUU sobre la base de la teoría inglesa del "proper law of contract". Para un estudio sobre la teoría americana de D^oI. Pr. veáse la importante aportación en este sentido de Vitta, E: "Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours* 1979-I, t. 162, pp. 10-243.

en nuestro caso³⁰. Es más, la mayor parte de los autores que se han aproximado al estudio de esta conexión conflictual no se han mostrado favorables a su empleo³¹, valorando incluso negativamente su recurso al definirla como “*l’éviction de la loi normalment compétent*”³². Asimismo, se ha señalado que uno de los principales peligros³³ que arrastra una cláusula tan indeterminada es el de acabar sometiendo *materialmente* su apreciación al arbitrio judicial³⁴, algo que no es precisamente lo que se pretende. En contraposición, se ha defendido la utilidad del criterio³⁵, a pesar de sus condiciones de uso, en los casos en los que o bien no sea posible determinar la ley aplicable de acuerdo a los criterios de conexión rígidos (por no ajustarse sus condicionantes materiales a la situación fáctica dada, lo que sería el caso de las prestaciones que no pueden imputarse a un territorio concreto) o bien cuando las soluciones resultantes conduzcan a la aplicación de un ordenamiento jurídico alejado a la relación jurídica que se pretende regular. En fin, es posible que la solución de los vínculos más estrechos no se formule con suficientes garantías de orden semántico, pero ello no puede poner en tela de juicio su utilidad.

³⁰ Entre otros, Morse, C.J.G: “Contracts of Employment and the ECC...” en *Contract ...*, op. cit. p. 161. En el mismo sentido Corrao M^ºE: “I rapporti di lavoro nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1984, p. 107, que sigue la estela doctrinal iniciada por Giardina, A: “La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano”, *Rivista di Diritto internazionale* 1981, pp. 805 y ss.

³¹ Con carácter general se han mostrado escépticos a la asunción de este criterio conflictual, entre otros, Lavile, P: “Tendance et méthodes en Droit international privé (Cours général)”, *Recueil des Cours* 1977-II, pp. 326 y ss. Vitta, E: “La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, pp. 850-851.

³² Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 232 y los por él citados en nota a pie nº 47, p. 232.

³³ Porque no soluciona todos los problemas que pudieran plantearse, Badiali, G: “Le droit international privé des Communautés européennes”, *Recueil des Cours*, 1985-II, p. 91.

³⁴ Postura que mantienen ciertos autores al criticar la utilización de este criterio y que según BARATTA, R no ha de confundirse con la discrecionalidad. Así, “...il margine di apprezzamento insisto nel collegamento più stretto non ha nulla a che vedere con l’arbitrarietà: discrezionalità, insomma non vuol dire che il giudice possa decidere come meglio gli aggrada” en *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 246 y 249. En este sentido, por todos, Vischer, F: “The antagonism between legal security and the search of justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours* 1974-II, p. 55.

³⁵ En tal sentido, Carrillo Pozo, L.F, quien entiende que esta cláusula “vendría a postular y sostener la aplicación de aquella ley que, aun no siendo la más fuertemente conectada con el caso, sí alcance a proveer la protección más eficaz e intensa al trabajador” en *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 89. No obstante, si bien podríamos estar de acuerdo con la primera parte de su afirmación, esto es, con la funcionalidad que reviste la utilización de la cláusula de los vínculos más estrechos, no podemos compartir la opinión que adelanta en el sentido de entender que la misma confiere la protección más intensa y eficaz al trabajador, ya que con ello parece estar confundiendo la teoría del *proper law of contract* con la teoría del *better law approach*.

La novedad que reviste una regla de estas características y el desconocimiento de su empleo, sobre todo por parte del juez continental, puede llevar a la aplicación abusiva de la “*lex fori*” en el momento de designar el ordenamiento jurídico aplicable a la relación laboral³⁶. No obstante, no por ello debe criticarse la incorporación de la cláusula de los vínculos más estrechos en el marco del art. 6 CR o el art. 8 RR I, puesto que estos instrumentos jurídicos propician la necesidad de que el intérprete se vea obligado a realizar una importante labor de indagación, que nace desde el momento mismo de la calificación fáctica del supuesto o lo que es más importante, en el momento de determinar qué normas imperativas simples o materiales son aplicables a la relación de tráfico jurídico externo laboral, que de igual manera pueden recaer en el reprochable *legeforismo*.

Parece lógico que quienes defienden la seguridad jurídica de las normas de conflicto vean en este criterio una erosión del fin último al que, según éstos, deben acogerse las normas de conflicto aplicables a los contratos de trabajo³⁷. No obstante, el CR y el RR I han optado por priorizar la justicia material al caso concreto por delante de la supuesta seguridad jurídica que proporcionan las conexiones rígidas de los párrafos precedentes, en coherencia con el espíritu del art. 6 CR y del art. 8 RR I. Si esto es así, carece de sentido situar la conveniencia o inconveniencia de la adopción de este criterio en el debate primordial de contraponer la seguridad jurídica a la justicia material³⁸. Ese mecanismo de cierre excepcional persigue, al igual que los criterios rígidos determinados por el art. 6 CR y art. 8 RR I, una finalidad y función material prioritarias a la conflictual estricta de la que parten los criterios establecidos en el régimen general del CR o el RR I, dada la posición de debilidad del trabajador en relación con el empresario, si bien estableciendo un criterio de carácter elástico. No necesariamente debe confundirse la determinación de la ley rectora a partir del criterio de los vínculos más estrechos ni con una erosión del principio de “*favor laboratoris*” ni con una preterición del principio tuitivo. Ello parte, por un lado, de desconocer el juego del art. 6 CR y del art. 8 RR I. En efecto, en lo que se refiere a la protección del contratante débil en el contrato de trabajo en correspondencia con la búsqueda del ordenamiento jurídico más favorable (“*favor laboratoris*”), ésta se restringe únicamente al art. 6.1 CR y art. 8.1 RR I, esto es, al “*pacto de lege utenda*”³⁹, que establece límites a la “*electio iuris*” si se pretende imponer la aplicación de un ordenamiento jurídico más desfavorable a los intereses del trabajador. Por su

³⁶ Dubler, C: *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, pp. 56 y ss ; y 94 a 101.

³⁷ Corrao, M^ºE: “I rapporti di lavoro nella Convenzione europea...”, loc. cit. p. 107.

³⁸ Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale...*, op. cit. p. 247.

³⁹ En contra, Carrillo Pozo, L.F: *El contrato internacional: la prestación...*, op. cit. nota a pie nº 28, p. 89, quien defiende que “*aquel principio habrá de reflejarse en las mecánicas de aplicación e interpretación de las reglas particulares y en concreto en la integración del concepto de conexión más estrecha. De este modo el sentido de la norma quedaría comprometido*”.

parte, tampoco es posible afirmar que la utilización de la regla de los vínculos más estrechos conduzca en sí misma a la erosión del objetivo tuitivo al que responden estas disposiciones, puesto que éstos únicamente pretenden localizar el contrato de trabajo en aquellos países con los que presumiblemente el contrato de trabajo se encuentra más estrechamente conectado⁴⁰.

5.2. Definición de los vínculos más estrechos en el art. 6.2 *in fine* y art. 8.4 RR I

Como se ha anunciado, las críticas a la introducción de este criterio en el marco de designación de la ley aplicable al contrato de trabajo provienen fundamentalmente de la incertidumbre jurídica a la que conduce la utilización de los vínculos más estrechos en el marco del CR y del RR I. Suele ser común apelar a la inseguridad jurídica cuando nos enfrentamos a la interpretación de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados como es el caso de la noción de vínculos más estrechos. Ello fuerza al intérprete a encontrar sentido al concepto de acuerdo con el resto de las previsiones del CR⁴¹ o bien, como hace ahora el TJ, construir su contenido a propósito de otros criterios.

5.2.1. Imposibilidad de la interpretación del criterio conflictual de los “vínculos más estrechos” a partir de otras previsiones del Convenio

El criterio interpretativo que debe emplearse para dilucidar el concepto de vínculos más estrechos y que permita al juzgador delimitar el contenido de aquél exige –en primer lugar– acudir al resto de las previsiones del CR y del RR I, tal y como ha hecho el TJ en este caso. Así, no cuesta demasiado localizar en el CR otras alusiones a los vínculos más estrechos. Estas se producen en los arts. 4.1 y 4.5 CR (actual art. 4 RR I)⁴², esto es, en los preceptos que establecen el régimen general del CR, encomendados a señalar ley rectora para los

⁴⁰ No ha de olvidarse, asimismo, que el objetivo tuitivo se ampara en otras normas del CR y del RR I, que ofrecen al juez la posibilidad de aplicar normas imperativas materiales de un ordenamiento distinto a la “*lex contractus*”, sea la “*lex fori*” o la de un tercer ordenamiento con el que la relación jurídico laboral observe un estrecho ligamen, así como la posibilidad de excluir una disposición de la ley designada según las normas de conflicto, cuando ésta sea “*manifestamente*” incompatible con el orden público del foro. En el mismo sentido, Baratta, R: Il collegamento più stretto nel diritto internazionale..., op. cit. pp. 237-238.

⁴¹ Y que como señala Virgós Soriano, M, deben ser instrumentales en la búsqueda de la seguridad y la previsibilidad en los contratos en “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato” en AAVV: *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo-IV, Civitas editorial, Madrid, 1996, p. 5295.

⁴² De hecho, la profesora Gaudemet-Tallon, H en “La loi applicable au contrat de travail international”, *La semaine juridique-Cahiers de droit de l'entreprise*, nº 4, 1986, p. 7, señala que el juego de los vínculos más estrechos contenido en el contrato de trabajo actúa de manera similar o idéntica a la general. En contra, Carrillo Pozo, L.F, quien estima que el art. 4.5 CR viene a “decirle al juez que debe modular su importancia, inicialmente privilegiada, de las indicaciones presuntivas” en El contrato internacional...op. cit. p. 94.

contratos en ausencia de manifestación de la autonomía conferida a las partes del art. 3 CR y RR I. No obstante, y a pesar de las apariencias, las menciones y hasta definiciones que el CR (y también RR I) dedican a los vínculos más estrechos en esos anotados preceptos no acaban por resolver nuestro problema interpretativo, postura que confirma el TJ en la sentencia que comentamos.

En primer lugar, a pesar de que el art. 4.2 CR (art. 4 RR I) define qué entiende por vínculos más estrechos mediante el empleo de diversas presunciones, pudiendo servir tales referencias para el momento de aplicar el art. 6.2 *in fine* CR o el art. 8.4 RR I, esas definiciones empleadas *ad exemplum* pueden ser suplantadas por otros vínculos más estrechos aún, si ello es posible. Esto es, pese a que, de acuerdo con el art. 4 CR y RR I, el domicilio de quien ha de ejecutar la prestación característica en el momento de la celebración del contrato pudiera tenerse como un vínculo más estrecho, esta referencia puede suplantarse por un vínculo aún más estrecho, avocado por el art. 4.5 CR (art. 4.4. RR I), y para cuya determinación ya no existen referencias expresas, lo que vuelve a reproducir el problema. En segundo lugar, los elementos de aproximación que las disposiciones anotadas utilizan para concretar la noción de vínculos más estrechos no parecen ser operativos en el ámbito de los contratos de trabajo. El sistema de presunciones establecido en el art. 4.2 CR⁴³ y art. 4.2 RR I señalan⁴⁴ al país donde se encuentre la residencia habitual de quien en el momento de la celebración del contrato deba realizar *la prestación característica*⁴⁵.

La noción de *prestación característica* en el contexto de los contratos de trabajo no nos sirve para delimitar la noción de los vínculos más estrechos, ya que el contrato de trabajo es un negocio jurídico sinalagmático que plantea, como mínimo, dos prestaciones características (dar trabajo y pagar salario). La existencia de dos prestaciones características y, por tanto, de dos sujetos obligados, imposibilita el empleo de esta referencia, que precisa para su fun-

⁴³ Sobre la prestación característica, entre otros Baratta, R: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università di Roma, Giuffrè editorial, Milán, 1991. Virgós Soriano, M: "La ley aplicable a los contratos internacionales...", op. cit. pp. 5289-5309 y los por él allí citados.

⁴⁴ Sobre el sistema de presunciones, Parra Rodríguez, C: *El nuevo Derecho Internacional Privado de los contratos*, Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 337-361.

⁴⁵ Casas Baamonde, M^{re} cita en este sentido el posicionamiento seguido por la doctrina judicial y jurisprudencial española, aportando "por todas" la STJ Madrid, de 3 de junio de 1999 (Ar. 1956) en Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea..., op. cit. nota a pie n° 15, p. 24. De este modo, en el F.D 2º, el tribunal interpreta el sentido del criterio de los vínculos más estrechos del art. 6.2 *in fine* de acuerdo al art. 4 CR señalando que "Como en el caso de autos no ha habido elección parece que la decisión habría de encauzarse conforme a "los vínculos más estrechos" fijados por el "conjunto de circunstancias", vínculos que atendiendo al carácter personalista de la prestación, que caracteriza el contrato de trabajo, vendrían determinados bien por la nacionalidad del trabajador a la fecha de celebración del contrato bien por su residencia habitual en tal momento".

cionamiento la determinación de un único obligado. Esta consideración podría superarse, tal y como expresan algunos autores⁴⁶, escogiendo una de las prestaciones propia de cada contrato sinalagmático y en concreto aquella que se sostiene en una contribución en especie y no meramente pecuniaria. Aplicando estas consideraciones al contrato de trabajo, la prestación característica sería la de trabajar⁴⁷ ya que la de remunerar no sería tan definitiva, al darse también en otro tipo de contratos (arrendamiento de servicios). Ahora bien, estas construcciones, orientadas a salvar la referencia contenida en el art. 4.2 CR, plantean ciertos problemas. Primero, aunque probablemente la prestación principal del obligado empresario dentro del contexto de la relación laboral sea el abono del salario, a aquella se le añaden otras no menos importantes -al poder provocar su incumplimiento la extinción causal del vínculo- y que podrían también considerarse características, por definitivas o exclusivas de la relación laboral. Entre ellas podríamos citar a la deuda de seguridad e higiene, el deber de ocupación efectiva, la promoción en el trabajo o la deuda formativa.

Asimismo, aun considerando la prestación de trabajo como la característica de este contrato, el resultado que se obtiene de aplicar el art. 4.2 CR (art. 4 RR I) en la determinación de la los vínculos más estrechos por remisión tácita desde el art. 6.2 *in fine* (art. 8.4 RR I) lleva a escenarios difícilmente congruentes con los objetivos a que se orientan ambos instrumentos jurídicos. Por ejemplo, si se considera vínculo más estrecho a tenor del art. 4.2 la residencia del trabajador (quien realiza la prestación característica) en el momento de ser contratado nos encontraríamos con que la empresa acabaría viéndose estimulada a contratar a aquellos trabajadores cuyo derecho nacional resultara menos tuitivo, algo que en condiciones normales ya se produce sin necesidad de la entrada en vigor de instrumentos como el CR o el RR I. En efecto, la desigualdad originaria impide el empleo de normas que descansen en elementos circunstanciales tan fácilmente manejables por la parte fuerte del contrato, cuestión ésta que planea sobre el art. 6 CR y art. 8 RR I, pero que, por contraste, no tiene reflejo en el art. 4 CR y RR I⁴⁸.

⁴⁶ Por todos, Virgós Soriano, M.: "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 783.

⁴⁷ "La de trabajar es la "prestación característica" del contrato de trabajo" según CASAS Baamonde, M^ºE: Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Relaciones Laborales* n^º 23, 1993, p.10.

⁴⁸ Algo similar sucede con el resto de los elementos identificativos o presuntivos basados en el principio de proximidad destinados a delimitar los vínculos más estrechos. La presunción establecida para el caso en el que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de aquél decae por su propio peso, ya que es evidente que el contrato de trabajo no tiene por objeto un derecho real. Finalmente, y por la misma razón, no es posible trasladar la presunción del art. 4.4 CR para los contratos de transporte al ámbito laboral, ya que tampoco es éste el supuesto que nos ocupa.

En conclusión, aunque mediante esfuerzos interpretativos sea posible trasladar en el plano de lo abstracto las referencias que emplea el art. 4 CR y RR I a las necesidades que marca el art. 6 CR y el art. 8 RR I a propósito de los vínculos más estrechos, las diferentes preocupaciones residentes en cada uno de esos preceptos hacen muy difícil que tales maniobras resulten útiles a nuestros efectos⁴⁹.

5.2.2. Construcción de la noción de vínculos más estrechos mediante criterios *ex ante* y *ex post*

Como acabamos de ver, el recurso al CR y/o RR I para tratar de delimitar el concepto de vínculos más estrechos no resuelve el problema interpretativo al que hemos hecho referencia, lo que urge un esfuerzo añadido al juzgador luxemburgués que es el que plasma en la sentencia que comentamos en la delimitación de los elementos significativos de vinculación entre el contrato de trabajo plurilocalizado y el ordenamiento jurídico designado a través de la cláusula de escape. En este sentido, y como quiera que me pronuncié en extenso sobre esta materia concreta hace ya algunos años⁵⁰, y que ahora me congratulo al observar que en la sentencia del TJ se acoge la versión allí defendida, al menos parcialmente, expondré la cuestión de manera breve; anotando primero las posibles soluciones que caben en relación con la materia y la solución finalmente adoptada por el Tribunal luxemburgués.

Para atacar las dificultades que surgen de la determinación de los criterios que permiten localizar más estrechamente el contrato de trabajo plurilocali-

⁴⁹ Así lo considera el abogado general en los considerandos 57, 58 y 59 de las conclusiones a la sentencias. En particular señala en los apartados 58 y 59 que “58. *En primer lugar, deseo señalar que, aunque la cláusula de excepción general actualmente recogida en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento Roma I reproduce expresamente el adverbio «manifiestamente» en su enunciado, eso no sucede en el caso de la disposición que se refiere específicamente a los contratos de trabajo que figura en el artículo 8, apartado 4, de ese mismo Reglamento. En mi opinión, esta voluntad de restringir el recurso a la cláusula de excepción general establecida en el artículo 4 del Convenio de Roma queda claramente demostrada, como se desprende de los trabajos preparatorios, por el hecho de que incluso se planteara su supresión en un determinado momento. Aunque, desde luego, el Reglamento Roma I no es aplicable ratione temporis al litigio principal, considero no obstante, siguiendo la estela de las consideraciones formuladas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Koelzsch, antes citada, que dicho Reglamento es un elemento que refuerza la interpretación que procede realizar del Convenio de Roma 59. En segundo lugar, el requisito según el cual la existencia de lazos más estrechos debe resultar «claramente» de las circunstancias se explica, a mi juicio, porque, a diferencia de lo que sucede con las reglas establecidas en el artículo 6 del Convenio de Roma, que se inspiran simultáneamente en la idea de proximidad y en la de protección del trabajador, el artículo 4 instaura una regla de conflicto de leyes totalmente neutra que persigue, con carácter principal, y ante todo, un objetivo de previsibilidad y de seguridad jurídica.*

⁵⁰ Fotinopoulou Basurko, O: *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2006.

zado con el ordenamiento jurídico de un Estado, son dos las opciones por las que eventualmente pueden inclinarse los juzgadores. Así, por una parte, éstos podrían fijarse en un aspecto de la relación obligatoria, a la que imputaría la cualidad de mantener un vínculo más estrecho con un determinado Estado, esto es, tendrían que basarse en un análisis *a priori* o *ex ante* de elementos necesariamente distintos a la “*lex loci laboris*”⁵¹ y a la “*lex loci celebrationis*”. A este punto podrían considerarse aspectos como el lugar donde se sitúe el establecimiento de la empresa empleadora, la residencia habitual o la nacionalidad común de los contratantes, la moneda pactada en el contrato para hacer efectivo el salario, el idioma empleado en la redacción del contrato, el domicilio del trabajador, etc.⁵². Como es visible, se trataría de emplear una serie de indicios que presentan un carácter abierto, de entre los cuales el juzgador podría seleccionar algún/os de esos elementos. Como es visible, el problema principal que se plantea con el uso de este método apriorístico es la excesiva discrecionalidad a que conduce, lo que llevará en la mayor parte de los casos a que el juez acabe aplicando la “*lex fori*”. En efecto, el que se recurra a referencias distintas al territorio de ejecución o el de celebración que cuenten con la cualidad de estar más vinculadas a un determinado país parte de juicios valorativos que no acaban por sustentarse en tierra firme. Por un lado, de acuerdo con esta fórmula, el juzgador parece libre para buscar una referencia que determine vínculos más estrechos; en definitiva, se le confiere un cierto poder para concebir aspectos añadidos a los que tuvo en cuenta el CR o el RR I, con la sola exigencia de que justifique la mayor vinculación de tales aspectos con el Derecho de un Estado. Y en segundo lugar, muchas de las referencias tenidas en cuenta por la doctrina judicial se basan en elementos accidentales, perfectamente disponibles o utilizables en su beneficio por la parte contractualmente fuerte en el contrato de trabajo (capaz de imponer aspectos como la moneda de pago, el idioma con el que esté redactado el contrato, etc....).

Teniendo en cuenta los problemas anotados, la segunda posibilidad que existe es la de tratar de delimitar el concepto de vínculos más estrechos a través de un análisis *a posteriori* o *ex post* de las conexiones existentes entre el contrato y determinados Estados, que es la versión –como se verá– que ahora defiende el TJ, aunque de manera tímida o más bien sin ser del todo categórico al sostener la posibilidad de emplear elementos para su concreción propios

⁵¹ Otra opinión es la mantenida por Casas Baamonde, M^ºE, quien sostiene que la conexión más estrecha al contrato de trabajo según el art. 6.2 *in fine* será el lugar habitual de prestación del trabajo, en “Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma...”, loc. cit. p. 10.

⁵² Así, KAYE, P: “Article 6: Individual Employment contracts” en *The New private international law of contract of the European Community*, Dartmouth editorial, England, 1993, p. 237. En el mismo sentido, Krebber, S: “Conflict of laws in employment in Europe”, *Comparative labour law and policy journal*, vol. 21, 2000, pp. 526-527.

de lo que aquí hemos defendido como elementos apriorísticos. Éstas vendrán determinadas por elementos ajenos al contrato y que necesariamente vendrán forzadas por normas de Derecho público de cada Estado. En este sentido, se trata de dilucidar qué tipo de normas jurídico públicas afectan ya e imponen ciertas cargas al contrato de trabajo, de tal manera que ello posibilite establecer una afectación estrecha entre el contrato y un país determinado. En efecto, no se trata de imaginar aspectos capaces de conectar el contrato, sino de examinar sobre hechos si algún Estado, gracias a sus normas de Derecho público o en su caso, gracias a alguna norma de extensión, ya opera sobre el contrato celebrado mediante la imposición de gravámenes, tasas o la concesión de permisos.

Esta interpretación resulta coherente con las orientaciones del CR y el RR I, en orden a procurar una proximidad entre las normas de Derecho Público, indisponibles para la autonomía de la voluntad, y las que las partes pueden elegir en el gobierno de su relación, sobre todo cuando en ésta no se apoya sobre una desigualdad originaria. Asimismo, este procedimiento para dar contenido a los vínculos más estrechos no requiere de una conceptualización *a priori* de cuáles hubieran de ser, sino simplemente de una *quaestio facti*, limitada a analizar si un Estado ya se encuentra vinculado al contrato gracias a sus normas tributarias o de seguridad social. Esta circunstancia favorece un empleo más pacífico de la norma y evita el riesgo de que el Juez haya de acabar completando la labor legislativa del CR o del RR I, concibiendo referencias que completen a las tenidas en cuenta por ese texto. La determinación de la ley aplicable contará con una referencia de base, que será la asentada en las opciones del CR y RR I ("*lex loci laboris*" o, en su caso, "*lex loci celebrationis*") que únicamente decaería si es que un Estado presenta, gracias a sus normas de Derecho público, relación con el contrato. Como quiera que esta segunda referencia se asienta sobre un dato fáctico, las partes pueden tenerlo en cuenta en todo momento, resultando asimismo la labor judicial mucho más controlable.

De entre las dos posturas anunciadas, el TJ –como se ha adelantado- opta por la segunda, esto es, por señalar que los elementos significativos de vinculación entre el contrato de trabajo plurilocalizado y el ordenamiento jurídico de un determinado país viene delimitado por el lugar donde el trabajador *por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad o invalidez*, como ocurría en el caso Schlecker (Considerando 66). No obstante, este posicionamiento no figura de manera categórica al permitir que se empleen también la *totalidad de las circunstancias del asunto, como los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo*. El pequeño matiz que introduce el TJ en este contexto es el que ahora nos llama la atención, ya que de acuerdo a éste no queda clara la diferencia entre los elementos a emplear para delimitar

la ley aplicable con respecto al criterio rígido de la *lex loci laboris* y el de los vínculos más estrechos; cuestión ésta que trataremos en el siguiente epígrafe.

En todo caso, lo que sí parece cierto es que de la opción principal que asume el TJ en la sentencia que comentamos, se deduce que lo que menos importa en la mecánica de utilización de esta segunda vía para la determinación del criterio de los vínculos más estrechos es establecer en qué hechos (sea la nacionalidad, sea la residencia u otras) se basa el Estado para imponer sus cargas, puesto que lo que verdaderamente interesa es que, por la razón que sea, ese Estado ha decidido imponer una serie de gravámenes sobre el contrato, lo que ya de por sí viene a constituir un vínculo más estrecho. En mi opinión, que es la misma que expuse hace ya algún tiempo, ésta parece ser la vía más coherente para tratar de evitar la utilización discrecional del criterio de los vínculos más estrechos por parte del juzgador, mostrándose asimismo acorde con algunos pronunciamientos del TJ anteriores. En efecto, algunas sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en el marco de la libre circulación de trabajadores fuera del territorio de la Comunidad se han orientado a establecer un vínculo de conexión lo suficientemente estrecho entre la relación laboral y el territorio de algún Estado miembro para aplicar el Derecho comunitario a aquéllas. Para ello toman en consideración de manera indistinta tanto elementos apriorísticos como indicios fácticos que conecten el supuesto de hecho con la normativa comunitaria correspondiente, eliminando la tendencia a entender inaplicable, entre otras, bien el reglamento comunitario sobre libre circulación de trabajadores y dentro de éste, fundamentalmente, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, o bien el respectivo dedicado a la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social por la única circunstancia de que el trabajador en cuestión preste servicios fuera del territorio de la Comunidad. Muestra paradigmática de este tipo de pronunciamientos es el asunto *Boukhalfa*⁵³, que ponía fin a la petición de una cuestión prejudicial planteada ante el tribunal comunitario por una nacional belga que prestaba servicios en la embajada alemana en Argel, lugar donde además residía con anterioridad de forma permanente. La actora demandaba la aplicación de la normativa alemana aplicable a los agentes locales, sosteniendo la posible vulneración de la prohibición de no discriminación enunciada en el art. 48.2 TCEE y en los apartados 1 y 4 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Para la resolución del conflicto planteado, el tribunal se interrogaba sobre si el Derecho comunitario está vinculado por el principio de territorialidad, puesto que en caso afirmativo no sería posible extender su aplicación más allá de las fronteras comunitarias.

⁵³ Ingrid Boukhalfa contra Bundesrepublik Deutschland, Asunto C-214/94, sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, Recopilación, 1996-I, pp. 2253-2280.

No obstante, el TJCE llega a la conclusión de que la normativa comunitaria no está sujeta a un principio semejante. Para ello se ampara por un lado en distintas disposiciones del Tratado que niegan el alcance territorial limitado de sus disposiciones, así como y lo que es más importante, fundamentando la justificación de aplicación extraterritorial de su normativa sobre la noción de “*vínculo de conexión suficientemente estrecho con dicho territorio*”.

Así, el tribunal comunitario venía a recomendar a los jueces *a quo* el empleo de una serie de elementos o haz de indicios que en cada caso particular le permitan dar contenido suficiente y efectivo a este criterio aplicativo. Ahora bien, entre los elementos sugeridos por el tribunal se encontraban tanto aquellos que nosotros denominamos de carácter apriorístico⁵⁴, así como aquellos otros que hemos llamado *quaestio facti* o deducibles *a posteriori* por la existencia de una relación jurídico pública con el contrato⁵⁵. En efecto, el tribunal no establece una clasificación diferenciada entre unos y otros, limitándose más bien a establecer una enumeración sin propósito de exhaustividad de lo que

⁵⁴ Apartado 46 de la sentencia anotada. Entre los que allí se señalan cabría designar como elementos o indicios de carácter apriorístico los siguientes: relación laboral establecida entre un trabajador comunitario y una empresa de otro Estado miembro; contratación de dicho trabajador comunitario en otro Estado miembro; trabajador comunitario establecido en un Estado miembro en el momento de su contratación; establecimiento del empresario en el Estado miembro del que sea nacional; sometimiento del empresario al ordenamiento jurídico de un Estado miembro; sometimiento de la relación laboral al Derecho del Estado miembro de que sea nacional el empresario; trabajador comunitario que ejerza sus actividades por cuenta de la empresa que lo emplea, aun cuando éstas se ejerzan en un país tercero.

⁵⁵ Apartado 46 de la sentencia Boukhalfa. Señala la afiliación del trabajador al régimen de Seguridad Social del Estado miembro y la sujeción de dicho trabajador al Impuesto sobre la Renta del Estado miembro. En ambos casos, el TJCE se refiere a estos elementos que vincularían la relación de trabajo con un Estado miembro siempre que el trabajador sea comunitario, así como la sujeción de éste al régimen de seguridad social o tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea. Si bien esto es así, en cuanto a que el trabajador tenga que ser necesariamente nacional comunitario para que se le aplique extraterritorialmente el Derecho comunitario parece desmentirse en la sentencia *Bozkurt*, en la que el tribunal comunitario confirma la postura mantenida por la sentencia *Boukhalfa*, si bien el trabajador implicado en aquella controversia lo era de un tercer Estado (Turquía). Por su parte, y en lo que se refiere a la sujeción del trabajador al régimen de Seguridad Social y al sistema tributario del que sea nacional la empresa que lo emplea, debemos señalar que ni la sujeción de un trabajador a un sistema de Seguridad ni a un sistema tributario se corresponde necesariamente al mismo que sea nacional la empresa que lo emplea. En efecto, la afiliación a un sistema de seguridad social, por ejemplo al español, determina su carácter vitalicio, por lo que la variación del sujeto empleador a otro no perteneciente a la misma nacionalidad no variará esta circunstancia, sino que dará lugar a la aplicación de las normas internacionales de Seguridad Social, sean reglamentos comunitarios o los Convenios internacionales de seguridad social correspondientes según los Estados que se encuentren implicados en la relación de Derecho público con el trabajador. Asimismo, la aplicación de un determinado sistema tributario se establece dependiendo del lugar donde se realiza el hecho imponible y no con el sistema tributario del que sea nacional la empresa que emplea al trabajador, de tal manera que si con ello quedan afectados dos o más Estados (pongámos por caso en el mismo año impositivo), habrá de estarse a los tratados de doble imposición con el fin de evitar una doble carga fiscal.

aquél considera como datos fácticos que permiten deducir la existencia de un vínculo de conexión suficientemente estrecho de una relación laboral con el territorio de la UE, y en consecuencia aplicar extraterritorialmente la normativa comunitaria a aquéllas. Si bien esto es así, es posible deducir de la lógica que el TJ sigue en la sentencia anotada, así como y sobre todo de las referencias que a su anterior jurisprudencia jalonan el contenido de la *opinio iuris* mencionada, unos hechos comunes que no son otros sino que el trabajador se halle sujeto al régimen de seguridad social y al sistema impositivo o tributario de un Estado miembro⁵⁶. Este especial hincapié sobre dos cuestiones que considero como indicios *a posteriori*⁵⁷ no hace sino avalar el razonamiento por el que particularmente me inclino y trato de defender, que no es otro que el de señalar que en el caso de que un trabajador implicado en el litigio de tráfico externo con un régimen de Seguridad Social, como con un sistema de Derecho tributario

⁵⁶ En efecto, si atendemos a alguna de las sentencias que sobre esta cuestión ha dictado el TJCE, podemos observar que el Tribunal recurre en numerosas ocasiones a la circunstancia o bien de la afiliación del trabajador a un sistema de seguridad social o el sometimiento de éste al Impuesto sobre la renta de las personas físicas de un Estado miembro. Así ocurre, por ejemplo, en el asunto *Prodest* (Asunto 237/83, de 12 de julio de 1984, Rec. 1984-7, pp. 3153 y ss) que versaba sobre la aplicación del principio de no discriminación a un nacional que empleado por una sociedad de un segundo Estado miembro pretendía la conservación de sus derechos de seguridad social en el ejercicio temporal de su actividad laboral en el territorio de un tercer Estado. En este supuesto, el TJCE en el apartado 7 de esta sentencia sostenía como vínculo más estrecho que “*un tel rattachement peut être trouvé dans la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d’un autre État membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet État et qu’il exerce toujours ses activités pour le compte de l’entreprise communautaire même son détachement dans le pays tiers*”. Más clarificador en el sentido que tratamos es la interpretación sobre el criterio de vínculo más estrechamente contactado con la Comunidad contenido en el asunto *Lopes da Veiga* (Asunto 9/88, de 27 de septiembre de 1989, Rec. 1989-8, pp. 2989 y ss). La cuestión prejudicial versaba sobre si un marinero portugués que trabajaba con carácter permanente para una empresa neerlandesa, a bordo de buques con pabellón neerlandés, podía invocar las disposiciones sobre no discriminación por razón de nacionalidad establecidos en los artículos 7 y ss del Reglamento 1612/68. En este supuesto, el TJCE considera que existe un vínculo entre la relación laboral y la Comunidad, puesto que, entre otras circunstancias [éstas si bien de carácter apriorístico, como que el trabajador prestara servicios en un buque de bandera neerlandesa], al trabajador se le efectuaban retenciones de impuestos de su salario en los Países Bajos y cotizaba a la Seguridad Social neerlandesa. En el mismo sentido que el mantenido en la sentencia *Prodest* se mueven las consideraciones emitidas por el TJCE en el asunto *Aldewereld* (Asunto C-60/93, de 29 de junio de 1994, Rec. 1994-6, pp. 2991 y ss). Un paso importante que confirma esta orientación jurisprudencial fue la determinada en el asunto *Bozkurt* (Asunto C-434/93, de 6 de junio de 1995, Rec. 1995-6, pp. 1475 y ss) en el que el Tribunal ratifica la existencia de los vínculos más estrechos tomando en consideración, entre otros, que el trabajador estaba cubierto por el sistema de seguridad social neerlandés. Finalmente, y en el asunto *Boukhalfa*, el TJCE en el apartado 5 de la sentencia citada, señala que esta trabajadora cotiza a la Caja de Pensiones legal alemana y se halla sujeta, por sus ingresos procedentes de los fondos públicos nacionales, a un impuesto limitado a sus ingresos, con arreglo a las disposiciones alemanas.

⁵⁷ Que deban ser indicios establecidos *a posteriori* es la postura que sostiene Virgós Soriano, M: “La ley aplicable a los contratos internacionales...”, op. cit. pp. 5296-5297.

sirven para dar contenido a esta noción de vínculos más estrechos. A diferencia de la postura que vengo manteniendo y que consiste en excluir de la delimitación de los vínculos más estrechos aquellos elementos que yo he denominado apriorísticos; el TJ no se muestra tan taxativo en este caso. En efecto, a pesar de que particularmente me incline por la postura anunciada que, entre otras cosas, permite salvar la tendencia de los jueces a aplicar discrecionalmente la “*lex fori*” interna o que se empleen elementos apriorísticos que pudieran ser aleatorios⁵⁸; el TJ opta por utilizar el mismo razonamiento que el planteado en el asunto *Boukhalfa*, lo que nos lleva a describir a continuación el problema que deja abierta la citada interpretación, que no es otro que el de la distinción entre los elementos sustanciales que sirven para delimitar la *lex loci laboris* y el de los factores para localizar el ordenamiento jurídico más estrechamente conectado con la relación jurídico-laboral plurilocalizada.

6. ¿VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS VS ELEMENTOS SUBSTANCIALES?

Como se ha avanzado, la opción interpretativa a la que alude el TJ en la sentencia *Schlecker* es, en general, la que sostuve hace ya algunos años,

⁵⁸ Finalmente, el empleo de estos elementos se muestra plenamente coherente con la posibilidad ofertada al juez de dar intervención a las normas imperativas [En este sentido, véanse los apartados 28 y 29 del asunto 36/74 Walrave y Koch. Sentencia de 12 de diciembre de 1974. Rec. 1975, pp. 1405 y ss] con las que la relación jurídica presente los vínculos más estrechos, incluso de aquellos contenidos en el Derecho comunitario, tales como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que como sabemos era el objeto de litigio de la sentencia *Boukhalfa*. Éstas se impondrán en todas las relaciones jurídicas que puedan localizarse en el territorio de la Unión Europea según los criterios señalados. El art. 1.4 ET puede servir para una mejor comprensión de estas consideraciones. Este precepto establece la aplicación extraterritorial de la legislación española en el supuesto de trabajador español contratado por empresa española para prestar servicios en un establecimiento de ésta en el exterior, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el “*locus executionis*”. Para ello, toma como elemento fáctico la nacionalidad común española del empresario y trabajador, siendo ésta la opción elegida por el Estado para proyectar su normativa a este tipo de relaciones laborales. Al margen de la justificación para elegir este criterio, lo importante es que, de acuerdo con el mismo, un Estado va a exigir el cumplimiento de determinadas reglas administrativas. Por tanto, no es que la nacionalidad (criterio elegido por el art. 1.4 ET) represente un vínculo más estrecho, ya que, más bien, lo que hace es crearlo. Insisto, no se trata de tomar en consideración a la nacionalidad como el elemento que conecta estrechamente un contrato con un país, sino más bien prestar atención a la circunstancia objetiva de que la legislación española se acabará proyectando sobre la relación laboral –siempre y cuando se articule al margen del ámbito espacial de la libre circulación de trabajadores–, siendo lo de menos que ello se deba a la nacionalidad o cualquier algún otro criterio. Sobre la influencia del Derecho comunitario en la determinación de normas internacionalmente imperativas, Quiñones Escámez, A: “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)”, *Revista de Derecho comunitario europeo* nº 12, 2002, pp. 435-453.

esto es, la de entender que los criterios a emplear para localizar el contrato de trabajo plurilocalizado a través de los vínculos más estrechos deben ser los determinados por los indicios a posteriori anteriormente señalados. No obstante, también hemos podido constatar que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal de la UE no llega a una posición categórica al respecto, ya que entiende que los juzgadores también pueden emplear la totalidad de las circunstancias del asunto, como los parámetros utilizados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo, lo que parece remitir, al menos parcialmente, a algunos elementos que en la sentencia Koelzsch de 2011 fueron calificados como elementos substanciales para determinar el criterio de la *lex loci laboris*.

A estos efectos, conviene recordar que en la sentencia del año 2011, el debate para la concreción de la *lex loci laboris* se circunscribía a un caso de ejecución de servicios en el territorio de los Estados miembros por parte de un transportista internacional, que por definición realiza su actividad de manera itinerante en diversos países. Pues bien, la sentencia venía a señalar que cuando las prestaciones laborales se ejecutan en más de un Estado miembro, el criterio del país en el que se realice habitualmente el trabajo contenido en el art. 6.2.a) CR (art. 8.2 RR I) debe interpretarse de modo amplio. Así, debe entenderse que dicha noción se refiere al país en el cual o a partir del cual el trabajador cumpla la parte principal de sus actividades profesionales frente al empresario; lugar que debe determinarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso de autos. El tribunal, acogiendo las sugerencias de la abogada general, viene a emplear una serie de elementos que de manera orientativa, permitan vincular (más significativamente o de manera sustantiva) el contrato de trabajo con el ordenamiento jurídico de un país “a partir o desde el cual” el trabajador preste servicios. Los criterios a los que alude son los siguientes: en qué Estado el trabajador recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza el trabajo o también en qué lugar se encuentran las herramientas de trabajo. Asimismo, debe comprobar cuáles son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte, los lugares de descarga de la mercancía y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones⁵⁹.

Como quiera que los elementos anteriores de vinculación sustantiva con el ordenamiento jurídico derivado de la aplicación del criterio de *lex loci laboris* (art. 6.2.a) CR y 8.2 RR I) podrían ser eventualmente coincidentes con los elementos que en la sentencia *Schlecker* se utilizan para concretar la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos (art. 6.2.b) in fine y art. 8.4 RR I), considero que la interrogante esta servida, puesto que: ¿qué condiciones de trabajo son las que se han de tomar en consideración para la aplicación de una norma u otra?. Mi respuesta particular a este problema es el que ya hemos adelantado, esto es, el de considerar que los indicios a posteriori son los que se deben tener en cuenta para vincular más

⁵⁹ Considerando 49 de la sentencia.

estrechamente un contrato de trabajo con un ordenamiento jurídico en concreto; toda vez que la alusión a cualesquiera otras condiciones de trabajo bien pudieran emplearse tanto para localizar el contrato en el país de ejecución habitual de la prestación como con el país de celebración del contrato, esto es, para cualesquiera conexiones rígidas contenidas en este instrumento jurídico.

Es más, entiendo –en orden a tratar de justificar mi posición ante esta cuestión– que dado que la postura que el TJ mantiene en el caso Schlecker es deudora de la sentencia Koelzsch, debemos acudir a ésta última para comprobar, si quizá, debiéramos considerar la interpretación efectuada en aquel caso como demasiado forzada y, por tanto, objeto de revisión. Pues bien, sin intención de detenerme en exceso en este asunto particular, debemos señalar –en primer lugar– que el TJ para dar contenido a la regla conflictual del *locus laboris* en el caso Koelzsch utilizó una interpretación previa plasmada en la sentencia Weber del año 2002⁶⁰, ya de por sí peculiar. De este modo, el TJ (Koelzsch) vino a acoger la interpretación efectuada en el asunto Weber, a propósito de la noción de habitualidad expresada en el “extinto” Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional en materia civil y mercantil (CB). Como se puede fácilmente deducir, el TJ importa al ámbito de la determinación de la ley aplicable, la consideración de criterio sustancial sostenido a propósito de los problemas originados en el campo de la determinación del *forum* en el caso del año 2002; y con él –también– la alteración de los criterios que se empleaban en

⁶⁰ Asunto C-37/00. Este asunto trae causa en un litigio que se plantea entre el Sr. Weber, domiciliado en Alemania, y la empresa escocesa con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido) que le contrató como cocinero para prestar servicios en una plataforma petrolífera desde 1987 a 1993, para posteriormente desenvolver su actividad –durante un breve período de tres meses (entre septiembre y diciembre de 1993) a bordo de un buque-grúa en las aguas territoriales danesas; momento a partir del cual la empresa decide prescindir de sus servicios despidiéndole. El Sr. Weber disconforme con el acto extintivo, demanda por despido improcedente ante los Tribunales holandeses. Los Tribunales holandeses ante los cuales se interpone la reclamación correspondiente, elevan varias cuestiones prejudiciales orientadas a interrogarse acerca de si el trabajo realizado a bordo de una plataforma continental adyacente a los Países Bajos, debe considerarse como territorio de un país contratante a los efectos de determinar el *locus laboris* del art. 5.1 CB [actual art. 19.2.a) RB]. Para una crítica de la solución adoptada por el TJCE desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y que asimismo comparto, Gonzalez Vega, J.A.: “Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la <obsesión por el territorio>”, *La Ley-Unión Europea*, nº 5556, mayo de 2002, pp. 1-6. También, véase el comentario a esta sentencia hecha por un especialista en cuestiones concernientes a los trabajadores del mar: Chaumette, P en *Droit Maritime Français* nº 628, 2002, pp. 632-648. Finalmente, se muestra interesante el trabajo que desde la mirada del D.I.Pr. ha realizado Adrián Arnáiz, A.J.: “Nuevas dificultades para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del contrato individual de trabajo en la Unión Europea (Algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2002 en el asunto Weber)”, *Información Laboral* nº 4, 2002, pp. 5-22. Sobre la misma cuestión, vid. comentario de una experta en estas cuestiones, Zabalo Escudero, M^{te}E: “Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: nuevos problemas planteados ante el TJCE”, *Revista de Derecho comunitario Europeo*, nº 14, 2003, pp. 225-239. Asimismo, Górriz, C: “Competencia judicial internacional y trabajo marítimo. (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XX, 2003, pp. 307-332.

el contexto del CB para concretar el lugar habitual de prestación del trabajo⁶¹. En efecto, si hasta el asunto *Weber* el criterio principal era cuantitativo -el de la temporalidad- a los efectos de situar el tribunal competente en uno u otro país (empleado en las sentencias *Mulox*⁶² y *Rutten*⁶³; litigios en los que se trataba de identificar el lugar principal de ejecución de los servicios cuando el

⁶¹ La extensión de la norma de conflicto de habitualidad a los supuestos de contratos de trabajo que se desempeñan en distintos países donde existe una variación del *locus* de ejecución conduce al TJ a realizar una inversión de los criterios empleados para determinar el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional (temporalidad en *Mulox* y *Rutten* y vínculos más estrechos en *Weber*). Esta variación en la aplicación de los criterios empleados para determinar la noción de habitualidad no es tan novedoso si tomamos en cuenta que un sector doctrinal ya venía defendiendo la aplicación de criterios cualitativos y cuantitativos –si bien de manera no jerarquizada entre ambas– para fijar el contenido de la noción de habitualidad. Es el caso, en nuestra doctrina, de Menéndez Sebastián, P: Competencia judicial y ley aplicable..., op. cit. p. 84 o de otros autores como Van Eeckhoutte, W: “The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)” en Blanpain, R: *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006, pp. 169 y 170; Plender, R y Wilderspin, M.: *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 315. Junker, A: “Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht” en Lorenz, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005, p. 733. O también, Deinert, O: “Neues internationales Arbeitsvertragsrecht”, *Recht der Arbeit* n° 3, 2009, p. 145].

⁶² STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92, Recop. 1993, pp. 4075 y ss. 2 El litigio se planteó entre la sociedad inglesa, *Mulox IBC Ltd*, con domicilio social en Londres, y uno de sus antiguos empleados, el Sr. Hendrick Geels, nacional neerlandés, con domicilio en Aix-les-Bains (Francia), como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo por parte de su empresa. El Sr. Geels, que fue contratado por *Mulox* en calidad de Director de Marketing Internacional con efecto a partir del 1 de noviembre de 1988, estableció su despacho en su domicilio de Aix-les-Bains y se dedicó, en un principio, a introducir los productos de *Mulox* en Alemania, Bélgica, Países Bajos y los países escandinavos, lugares a los que se desplazaba con frecuencia. A partir del mes de enero de 1990, el Sr. Geels ejerció sus actividades en Francia. Como consecuencia de la resolución de su contrato de trabajo, el Sr. Geels presentó una demanda contra su antigua empresa ante el conseil des prud’hommes d’Aix-les-Bains con el fin de obtener una indemnización por incumplimiento de plazo de preaviso y por daños y perjuicios. Mediante resolución de 4 de diciembre de 1990, este órgano jurisdiccional se declaró competente al amparo del número 1 del artículo 5 del Convenio y, con arreglo a la ley francesa, condenó a *Mulox* a pagar al Sr. Geels distintas sumas en concepto de indemnizaciones. Entonces, *Mulox* interpuso un recurso ante la cour d’appel de Chambéry, en el que alegaba que los órganos jurisdiccionales franceses no eran competentes para conocer del litigio, debido a que el lugar de cumplimiento del contrato de trabajo controvertido no se limitaba a Francia, y a que *Mulox* tenía su domicilio en el Reino Unido. Comentario de Kerckhove, E: “Le contrat de travail exécuté dans plusieurs États membres de la Communauté”, *Droit Social*, núm. 3-1994, pp. 309-314.

⁶³ STJCE de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, Rec. p. I-57. En este caso, el litigio surgió de la celebración de un contrato de trabajo entre el Sr. *Rutten*, ciudadano holandés con domicilio en Holanda, y *Cross Medical BV*, empresa holandesa filial de *Cross Medical Ltd*. El ciudadano holandés comenzó a prestar servicios para la filial en Holanda para, posteriormente, pasar a trabajar para la matriz, ejerciendo su actividad indistintamente en varios Estados parte del Convenio y no parte del mismo. Cuando la matriz despidió al Sr. *Rutten*, éste decide interponer una demanda ante un Tribunal holandés, solicitando el pago de determinadas cantidades salariales en concepto de atrasos, así como otras cuantías accesorias. El tribunal se declaró competente, lo que propició que la empresa recurriera ante el órgano jurisdiccional inmediatamente superior que anuló la decisión del Tribunal de instancia. Ante tales circunstancias, el Sr. *Rutten* acudió a un tercer tribunal holandés que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE solicitando la interpretación del art. 5.1 CB.

trabajador es desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios); a partir de este momento se van a invertir los criterios interpretativos anotados, optando por emplear criterios o elementos cualitativos como el de la substancialidad⁶⁴. No obstante, y he aquí lo relevante, existe una diferencia importante entre el asunto que da pie a la sentencia Koelzsch y la que se suscita a propósito de Weber. Y es que mientras que en aquél –Weber– se trataba de interpretar el punto de conexión del art. 5.1 CB, donde –como se sabe– no existe foro alguno que permita imputar el conocimiento de un litigio derivado del contrato de trabajo plurilocalizado al foro de los vínculos más estrechos (ni tampoco existe en el RB I); en el CR (también en RR I) contamos con un criterio conflictual específico de estas características dirigido a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, lo que convierte el enjuiciamiento de Koelzsch, al menos desde esta perspectiva, en criticable; máxime cuando –además– por cualquiera de las vías que estamos analizando [art. 6.2.a) CR y del art. 6.2 *in fine* del mismo texto (actuales 8.2 y 8.4 Roma I)], se hubiera alcanzado la misma consecuencia, esto es, la aplicación de las normas imperativas contenidas en el Derecho alemán.

Como consecuencia de este primer “desaguisado”, ahora nos encontramos con una dificultad añadida a las ya existentes con carácter general en el marco de esta temática. Y es que si de acuerdo al TJ, el criterio de substancialidad (empleado para localizar el contrato de trabajo plurilocalizado mediante el criterio de la *lex loci laboris*) debe ser algo distinto al criterio de vinculación más estrecha propio del criterio conflictual contenido como cláusula de cierre, supongo que sería oportuno establecer cuándo y cómo emplear uno u otro. Agradecería que alguien me clarificara la interrogante.

⁶⁴ Un sector doctrinal ya venía defendiendo la aplicación de criterios cualitativos y cuantitativos –si bien de manera no jerarquizada entre ambas– para fijar el contenido de la noción de habitualidad. Es el caso, en nuestra doctrina, de Menéndez Sebastián, P: Competencia judicial y ley aplicable..., op. cit. p. 84 (véase la nota a pie nº 50 de este texto) o de otros autores como Van Eeckhoutte, W: “The Rome convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)” en Blanpain, R: *Freedom of services in the European Union*; Kluwer editorial, La Haya, 2006, pp. 169 y 170; Plender, R y Wilderspin, M.: *The European Private International Law of obligations*, Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 315. Junker, A: “Gewöhnlicher Arbeitsort und vorübergehende Entsendung im internationalen Privatrecht” en Lorenz, S *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70 Geburtstag*, Beck editorial, Munich, 2005, p. 733. O también, Deinert, O: “Neues internationales Arbeitsvertragsrecht”, *Recht der Arbeit* nº 3, 2009, p. 145.

LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE EDAD AVANZADA EN ESTADOS UNIDOS

JUDIT BASEIRIA MARTÍ

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Girona

EXTRACTO

Palabras clave: Estados Unidos, edad avanzada, leyes antidiscriminación

El presente artículo analiza el alcance de la legislación antidiscriminatoria por razón de edad de los Estados Unidos partiendo de la base que es éste el país pionero en aprobar una norma específica en contra de la discriminación motivada por la edad avanzada en el trabajo. En efecto, los Estados Unidos, por su historia y tradición liberal que impregna las relaciones laborales es un país líder en el desarrollo de iniciativas legislativas para proteger a los trabajadores frente a la desigualdad injustificada en el ámbito laboral.

La ley contra la discriminación por razón de edad en el trabajo que existe en el ordenamiento jurídico estadounidense denominada *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) de 1967 es el principal instrumento de que disponen los trabajadores de edad de este país para hacer frente a los obstáculos con los que colisionan a la hora de acceder y mantenerse en el mercado de trabajo.

La discriminación por razón de edad es un tema candente en una sociedad cada vez más envejecida como la nuestra en dónde la presencia creciente de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo ha hecho aflorar en el ámbito de la Unión Europea la adopción de instrumentos jurídicos relativos a la prohibición de discriminación por razón de edad en el trabajo y el empleo.

ABSTRACT

Key words: United States, elderly, anti-discrimination laws

This article analyzes the scope of anti-discrimination legislation on grounds of age in the United States on the basis that this is the pioneer in adopting a specific rule against discrimination for the elderly in the country work. Indeed, the United States, its history and tradition that permeates liberal labour relations is a leader in the development of legislative initiatives to protect workers against unjustified inequalities in the workplace country.

The law against age discrimination in the work that exists in U.S. law called the Age Discrimination in Employment Act (ADEA) of 1967 is the main tool available to older workers in this country to deal with obstacles colliding with gaining access to and stay in the labour market.

The age discrimination is a hot topic in an increasingly aging society like ours where the growing presence of older workers in the labour market has brought to the surface in the area of the European Union to adopt legal instruments concerning the prohibition of age discrimination in the labour and employment.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL ESTADOUNIDENSE: LA APROBACIÓN DE LEYES ANTIDISCRIMINATORIAS PARA CONTRARRESTAR LA DOCTRINA DEL *EMPLOYMENT-AT-WILL*
2. EL TRASFONDO DE LA APROBACIÓN DE LA *AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ACT* (ADEA) EN 1967
3. EL ÁMBITO SUJETIVO DE LA ADEA
 - 3.1. La *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos aplicable a los empleados públicos
 - 3.2. Los sujetos protegidos por el ADEA limitados a trabajadores mayores de 40 años en empresas del sector privado que ocupen más de veinte trabajadores, agencias de colocación o organizaciones laborales
4. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA ADEA
 - 4.1. Ofertas de trabajo e indagaciones precontractuales
 - 4.2. Programas de aprendizaje y formación profesional
 - 4.3. Privilegios y prestaciones dispensados por los empresarios
 - 4.4. Excepciones para justificar la prohibición de discriminar por razón de edad
 - 4.5. La renuncia de los derechos que otorga la ADEA por parte del trabajador
 - 4.6. La Comisión de oportunidades para la igualdad en el empleo: EEOC
 - 4.7. Los medios reparadores que se prevén para la vulneración del ADEA
5. LOS DOS MODELOS DE RECLAMACIONES PARA PROBAR LA ADEA: *DISPARATE TREATMENT* Y EL *ADVERSE IMPACT*
 - 5.1. El trato desigual (*disparate treatment*)
 - 5.2. El impacto desfavorable (*adverse impact*)
6. LA DIFICULTAD DE EVALUAR LA EFICACIA PRÁCTICA DE LA ADEA SOBRE EL NIVEL DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD
7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONTRASTE ENTRE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE EDAD DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL MODELO SOCIAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE EDAD

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL ESTADOUNIDENSE: LA APROBACIÓN DE LEYES ANTIDISCRIMINATORIAS PARA CONTRARESTAR LA DOCTRINA DEL *EMPLOYMENT-AT-WILL*

La tradición política estadounidense caracterizada por defender el estado mínimo, es decir, la desregulación, el individualismo y en reducir al mínimo el papel del gobierno, se ha reflejado en las relaciones laborales. En efecto, la no intervención en las relaciones de trabajo se concreta en la regla de *employment at-will* que desde el siglo XIX impregna las relaciones de trabajo del país. Según esta doctrina proveniente de la tradición legal anglosajona del *common law*¹, el empresario puede despedir a los trabajadores libremente, es decir, sin

¹ La doctrina del *employment-at-will* fue oficialmente reconocida por los tribunales estadounidenses en el siglo XIX. Ballam, D.A., "Exploding the original myth regarding employment-at-will: The true origins of the doctrine", *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 17, issue 1, 1996, p. 91.

deber justificar el despido en ninguna causa legal. El trabajador, por su parte, también puede cesar el trabajo cuando desee. Así, la relación de trabajo se considera una cuestión privada, esto es, un contrato privado entre el empleador y el trabajador.

No fue hasta principios del siglo XX que hubo los primeros indicios legislativos reguladores de la relación laboral y de protección del trabajador. Hasta entonces no había legislación laboral, ninguna ley ni federal ni estatal contra el despido sin causa. El único derecho del trabajo que existía era el derivado de las decisiones judiciales de los tribunales ya que, por herencia del *common law*, en el sistema legal estadounidense la jurisprudencia (*case law*) es fuente del derecho². Y, en general, la jurisprudencia era favorable a los intereses de la parte empresarial porque consideraba que la legislación laboral reguladora de las condiciones de trabajo atentaba contra la libertad de contratar de los empresarios. Por lo que los trabajadores no disponían de capacidad de elección y tenían que aceptar las condiciones de trabajo que impusiera el empresario, fuera cual fuera su dureza.

Los años de depresión económica seguidos del crack bursátil de 1929, que supuso el paro masivo y las quiebras de los bancos, sacudió la confianza ciega con el libre mercado y propició que acrecentara la influencia de la teoría keynesiana en defensa de una mayor intervención legislativa del gobierno federal. Se reconoció que los mercados desregulados no protegían adecuadamente el bienestar de los trabajadores de país. Estos hechos condujeron a la aprobación de la ley federal *National Relations Act*³ de 1935 (NRLA, también llamada *Wagner Act*) que legitimó la sindicalización para proteger los intereses del trabajador a través de la negociación colectiva y así ofrecer una alternativa a las tácticas a menudo coercitivas de los empresarios. En la misma línea de proteger a los trabajadores en 1938 se aprobó la llamada *Fair Labor Standards Act*⁴ (FLSA) que establece un mínimo salarial que el empresario debe garantizar y prohíbe el trabajo infantil.

En todo caso, es importante destacar que sólo en el marco de la negociación colectiva se pueden fijar causas para poder despedir a los trabajadores afiliados a los sindicatos negociador. Para el resto de trabajadores no afiliados y por tanto, no sometidos al convenio colectivo resultante de la negociación, rige la regla del *employment-at-will*⁵. Así, los trabajadores han formado sindicatos (*Unions*) con el objetivo de negociar colectivamente con los empresarios

² Von Mehren, A.T., Murray, P.L., *Law in the United States*, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007. p. 8.

³ 29 USC §§ 151 et seq.

⁴ 29 USC § 201

⁵ OIT, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82nd session, Geneve, 1995. p. 10

y requerir ciertas garantías en el trabajo, como por ejemplo, que hubiera una causa para despedir. Sin embargo, lo cierto es que los sindicatos en Estados Unidos no han disfrutado nunca de la fuerza que han mantenido en otros países industrializados⁶. De hecho, en la actualidad únicamente un 7,5 % de los asalariados en el sector privado forman parte de un sindicato⁷. Por lo tanto, todavía la gran mayoría de trabajadores están sujetos a la regla del *employment-at-will*.

Debido a esta doctrina por la que la relación laboral carece de cualquier interferencia legal, los empresarios no sólo pueden despedir libremente, sino que también pueden decidir no contratar a las minorías étnicas, asignar determinadas tareas a las mujeres, pagar salarios diferentes para unos trabajadores y otros por el mismo trabajo, produciendo así una segregación y desigualdad de la fuerza de trabajo.

En este sentido, en el marco del movimiento en defensa de los derechos civiles y en contra de la segregación en los años sesenta, se promulgaron las primeras leyes antidiscriminatorias que pretendían enderezar una historia de exclusión tanto individual como colectiva en el lugar de trabajo por motivos de raza, sexo, nacionalidad y religión. De ahí deriva en primer lugar la aprobación de *Equal Pay Act*⁸ de 1963 que exige al empresario retribuir igualmente a los hombres y las mujeres por trabajo igual o similar. Un año más tarde se aprobó el importante Título VII de la *Civil Rights Act*⁹ de 1964 que prohíbe la discriminación por razón de raza, religión, sexo u origen nacional. Años más tarde, el Congreso amplió la protección en contra de la discriminación por otros motivos, como son la edad y discapacidad. La prohibición de la discriminación por razón de edad que se reguló se ciñe estrictamente en el ámbito del trabajo y se materializó con la *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA), ley aprobada en 1967, que tiene como finalidad proteger en contra de la discriminación en el trabajo a los trabajadores a partir de los 40 años. Y, por último, se adoptó una ley para proteger contra la discriminación en razón de la discapacidad por medio de la *Americans with Disabilities Act*¹⁰ de 1990¹¹.

A partir de estas leyes antidiscriminatorias comenzó a cambiar la manera de ver la relación laboral en el país. Los tribunales y las leyes empezaron a

⁶ Bonfield, L., *American Law and the American Legal System in a nutshell*, Thomson West, United States, 2006. p. 223.

⁷ Bureau of Labor Statistics, U.S Department of Labor, <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>

⁸ 29 USC § 206 (d)

⁹ 42 USC § 2000e, et seq.

¹⁰ 42 USC §§ 12101 et seq.

¹¹ También, en los últimos años se han adoptado leyes estatales que persiguen prevenir la discriminación en el trabajo basada en la orientación sexual o el estado civil del trabajador. Lieberwitz, R.L., "Employment discrimination law in the United States: on the road to equality?", dins Blanpain, R. (editor), *New developments in Employment Discrimination Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, núm. 68, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008. p. 3.

reconocer que los empresarios tenían ciertas ventajas a la hora de negociar con trabajadores presentes o futuros y que, en efecto, el trabajo es el elemento central para el bienestar de la persona de forma que resulta necesario proteger de alguna manera a los trabajadores despedidos injustamente¹².

En definitiva, para contrarrestar el amplio poder empresarial que otorga el *employment-at-will* y coincidiendo con los movimientos sociales por los derechos civiles de los años sesenta - centrados especialmente contra la segregación racial¹³ -, se aprobaron un conjunto de leyes antidiscriminatorias por diversos motivos -raza, sexo, nacionalidad, edad, discapacidad- que se extienden a las relaciones laborales. Todas estas leyes merman el poder ilimitado del empresario en las relaciones laborales.

De hecho, para los trabajadores de edad avanzada, en defecto de otra normativa que proteja bastamente la relación laboral y otorgue derechos a la parte trabajadora, así como también a falta de políticas públicas de empleo a favor de este colectivo¹⁴, la *Age Discrimination in Employment Act*¹⁵ (ADEA en adelante) de 1967 se ha convertido en el baluarte principal de qué disponen los

¹² En base a este razonamiento los tribunales en los años cincuenta crearon varias excepciones a la doctrina de la *employment-at-will*, que son básicamente tres: la excepción del orden público (*public policy exception*) que cubre la situación de un trabajador que es despedido injustamente y la forma del despido es contraria al orden público; la excepción del contrato implícito (*implied contract exception*) cuando en un contrato, aunque no esté escrito, se ha creado implícitamente entre empresario y trabajador la presunción de que la relación laboral no se extinguirá si no es por una justa causa a través de manifestaciones orales o escritas continuadas durante el curso de la relación laboral que generan un derecho a la seguridad en el trabajo y; la excepción del convenio de buena fe (*covenant-of-good-faith exception*) por la cual algunos Estados han establecido legalmente que los despidos no pueden hacerse sin ninguna causa ni ser malintencionados. Muhl, C.J., The employment –at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, January, 2001 pág. 5-8; Glyn, T.P., Arnow-Richman, R.S., Sullivan, C.A., *Employment Law. Private ordering and its limitations*, Aspen Publishers, New York, 2007. pág. 65 et seq

¹³ *Vid.* Schroeder, O. (editor), *De facto segregation and civil rights; struggle for legal and social equality*, W.S. Hein, Buffalo, N.Y, 1965; Friedman, L., *Civil rights reader: basic documents of the civil rights movement*, Walker, New York, 1968; UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Health insurance coverage and employment opportunities for minorities and women*, The Comision, Washington, D.C., 1982; Levy, P.B (editor), *Documentary history of the modern civil rights movement*, Greenwood Press, New York 1992; ; Money, M.K., *Black workers remember : an oral history of segregation, unionism, and the freedom struggle*, University of California Press, Berkeley, 2001; Glenn, E.N., *Unequal freedom : how race and gender shaped American citizenship*, Harvard University Press, Cambridge; 2002 .

¹⁴ En comparación con los países de la OECD, los Estados Unidos se sitúan en el penúltimo lugar de entre los miembros de la organización en relación a la inversión pública inyectada en programas de empleo, dada la prevalencia del sector privado en el país y la ya mencionada doctrina de la no intromisión de los poderes públicos en la esfera del mercado del trabajo que continúa regida primordialmente por la voluntad de las partes OECD, *Aging and employment policies. United States*, OECD publishing, 2005, p. 11.

¹⁵ *Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), as amended*, Pub. L. 90-202, volume 29 of the *United States Code*, beginning at section 621.

trabajadores de edad estadounidenses para disponer de derechos laborales y ser protegidos en la relación de trabajo ante la amplia libertad empresarial.

2. EL TRASFONDO DE LA APROBACIÓN DE LA *AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ACT* (ADEA) EN 1967

La ADEA no fue fruto de la presión de una verdadera y única campaña o lobbie en defensa de las personas de edad, sino que fue en medio del contexto del movimiento social por los derechos civiles que se impulsó un bloque de medidas federales reguladoras de derechos de varios grupos desventajas en la sociedad americana. Y, en este sentido, la edad avanzada, junto con la raza, la religión y el sexo y el origen nacional, se consideraba constituyente de una desventaja en el mercado de trabajo.

Como se ha mencionado con anterioridad, la primera norma adoptada fue el *Title VII of the Civil Rights Act* de 1964 que prohíbe la discriminación en el trabajo por motivo de raza, color de la piel, religión, sexo o nacionalidad de origen. Aunque se planteó incluir la edad como motivo de discriminación a prohibir en el Título VII, finalmente el intento no tuvo éxito porque se consideró que la edad difiere sustancialmente de la raza o el sexo y por lo tanto no se podía englobar dentro de la misma norma. La edad, a diferencia de raza o el sexo, no es una característica inmutable, es decir, no aparece en ocasión del nacimiento, sino que es a la vez temporal y universal para bien que todo individuo, con el tiempo, cambia de grupo de edad, de forma que se convertirá en un sujeto protegido por razón de su edad en algún periodo. No obstante, se previó en la ley la remisión de un estudio especial encargado al Secretario de Trabajo en el que se determinara si la discriminación por razón de edad debía incluirse en la *Civil Rights Act*, así como para que se establecieran recomendaciones para prevenir este tipo de discriminación.

El Informe resultante de tal remisión fue el llamado *The Older American Worker; Age Discrimination in Employment* elaborado por el entonces Secretario de Trabajo Willard Wirtz y presentado en junio de 1965. El documento reconoció que hay diferencias relevantes entre la discriminación por razón de edad y otros tipos de discriminación, ya que, a diferencia de la raza o el género, la edad puede afectar a la capacidad para desarrollar el trabajo. Es por ello que el estudio concluyó que la discriminación por razón de edad debería considerarse separadamente y no añadirla a la *Civil Rights Act*. En cualquier caso, el Informe alertaba que aproximadamente el 50% de las ofertas de trabajo estaban cerradas por los solicitantes mayores de 55 años y el 25% estaban limitadas para los mayores de 45 años. También constataba que una tercera parte del gasto destinado anualmente al seguro por desempleo iba a parar a tra-

bajadores mayores de 45 años. Asimismo, el Informe estableció que la forma de discriminación por razón de edad se refiere a un rechazo a los trabajadores de edad a causa de estereotipos de los efectos de la edad sobre la habilidad para desarrollar un trabajo de tal forma que los trabajadores de más edad son considerados menos productivos que los trabajadores jóvenes y una carga para la economía. No obstante, se evidenció que los americanos ahora viven más años y envejecen con mejor salud que antes, así que, discriminándolos, se les cerraba el paso a trabajos que podrían desarrollar eficientemente. Sobre la base de estas consideraciones, el Informe recomendó la adopción de una norma para eliminar la arbitraria discriminación por razón de edad en el trabajo. Una vez sometido el Informe al Congreso, finalmente se promulgó el año 1967 la *Age Discrimination in Employment Act*, conocida coloquialmente como ADEA. En su discurso de aprobación de la ADEA, el Presidente del momento, Lyndon B. Johnson, afirmó que la discriminación basada en la edad es un tipo de discriminación que ha pasado desapercibida durante mucho tiempo y declaró que efectivamente, la finalidad de la ley es eliminar los prejuicios y la información sesgada que pesan sobre los trabajadores de edad y que influyen negativamente en su situación laboral.

En efecto, a modo de exposición de motivos de la ley, el Congreso declara que los trabajadores de edad se encuentran en situación de desventaja a la hora de mantenerse en su puesto de trabajo y, especialmente, en el momento de encontrar un trabajo. Y se reconoce que se ha convertido una práctica común el establecimiento de límites de edad arbitrarios independientemente de la capacidad del trabajador para desarrollar la actividad y la existencia de industrias que crece el gran número de trabajadores de edad parados de larga duración, lo que se traduce en un deterioro de la su estado de ánimo, habilidad y posibilidades de ser contratados por los empresarios. Ante esta realidad desfavorable, la ley tiene dos objetivos: la prohibición de la discriminación por razón de edad y el fomento del empleo de los trabajadores de edad para que éstos sean valorados, no por su edad, sino por su capacidad de trabajo (Sec. 621, apartado a).

Debido a que la ADEA se modeló casi en los mismos términos que el Title VII of the Civil Rights Act, - ambas normas son similares y cubren todos los aspectos de la relación laboral-, en el análisis de la ADEA hay tomar constantemente en referencia el Título VII. De hecho, buena parte de las teorías de la discriminación y la prueba que interpretan el Título VII han sido aplicadas posteriormente al ADEA por la jurisprudencia, esto es, las sentencias de la *Supreme Court* (Tribunal Supremo) en la medida que es el órgano jurisdiccional garante de la uniformidad en la interpretación y aplicación de las leyes federales, como lo es la ADEA.

3. EL ÁMBITO SUJETIVO DE LA ADEA

De entrada conviene hacer mención al hecho de que hay una diferencia considerable en la protección jurídica en contra de la discriminación por razón de edad entre los trabajadores del sector público y los trabajadores del sector privado. Y es que los trabajadores de la administración pública los protege la propia Constitución de los Estados Unidos ante prácticas discriminatorias por motivo de la edad. En cambio, los trabajadores de empresas privadas no pueden alegar la Constitución para defender el derecho a no ser discriminado por razón de la edad sino que deben recurrir a la protección dispensada por la ADEA. De ahí radica la importancia de la ADEA como instrumento fundamental de protección de los trabajadores de edad.

3.1 La *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos aplicable a los empleados públicos

En efecto, para los trabajadores de la administración pública la fuente del derecho a no ser discriminado en el trabajo por razón de edad se encuentra en la propia Constitución de los Estados Unidos que impone a la administración pública un deber de no escoger sus empleados en función de ciertas características, como son la raza, el sexo, la nacionalidad de origen, la edad o la discapacidad¹⁶. La base legal de esta limitación se encuentra en diversos preceptos de la Constitución federal estadounidense, así como en las Constituciones de los Estados que también contemplan dicha protección en contra de la discriminación.

El precepto más relevante a tener en cuenta a estos efectos es la *14th Amendment, Section 1* de la Constitución de los Estados Unidos, artículo que se conoce con el nombre de *equal protection clause*, según el cual ningún Estado puede privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni negarles dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. Como se observa, esta cláusula no prohíbe expresamente la discriminación por razón de raza, sexo, nacionalidad o edad, sino que ha sido a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado la *Equal protection clause* de la enmienda 14^a en el sentido que prohíbe este tipo de discriminación por parte de los gobiernos nacional y estatales. Y, en el contexto del trabajo, esta cláusula del derecho a la igualdad de protección se traduce en la limitación de los gobiernos federal y estatal a discriminar a sus trabajadores o sus solicitantes en función de la pertenencia a determinados grupos, como la

¹⁶ Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pp. 14, 21

raza, el sexo o la edad. La protección al debido proceso se refiere a que los trabajadores reciban un proceso justo vez cuando finalizan su relación laboral¹⁷.

En todo caso, conviene mencionar que la Constitución de los Estados Unidos no obliga directamente al sector privado. La *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución se dirige a los Estados y al Gobierno federal en tanto que la Constitución regula las relaciones entre los individuales y el gobierno y no entre los ciudadanos entre ellos, excepto algunos pocos supuestos como la enmienda 13^a que prohíbe la esclavitud tanto en el ámbito público como privado. En consecuencia, los derechos reconocidos en la Constitución sólo se pueden alegar ante acciones del gobierno, es decir, de la administración pública, pero no pueden reclamarse de sujetos privados.

Ahora bien, dicha limitación de discriminación por razón de edad está sujeta a un mínimo nivel de escrutinio por parte de los tribunales. Ciertamente, la jurisprudencia de los tribunales ha desarrollado tres niveles de apreciación (*levels of scrutiny*) para valorar la constitucionalidad de una decisión de la administración al amparo de la cláusula de protección. En primer lugar, el escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se aplica a las distinciones que puedan hacer las leyes basadas en la raza o el origen nacional teniendo en cuenta la historia de racismo que ha caracterizado a los Estados Unidos. En la medida que la raza es considerada una característica inmutable irrelevante en cualquier propósito gubernamental, se aplica un escrutinio estricto por el cual la distinción sólo puede ser justificada si está estrechamente relacionada al interés público¹⁸. El segundo nivel es el escrutinio medio (*intermediate scrutiny*), que, como su nombre indica, no es tan exigente como el escrutinio estricto. Se aplica en las distinciones hechas por las leyes en base al sexo. En estos casos, la ley será inconstitucional a no ser que la distinción sea sustancialmente relacionada a objetivos gubernamentales significativos. Por último, el nivel menos exigente de valoración, y por tanto, más difícil de declararse inconstitucional se reserva a aquellas diferencias en la ley relacionadas con otros elementos que no sean derechos fundamentales, la raza, el origen nacional o el sexo. Y este es el nivel en el que se han de introducir los casos relacionados con distinciones basadas en la edad. Denominado *rational-basic test*, según este nivel de valoración la distinción es constitucional y puede ser justificable siempre y cuando se base en un motivo razonable. Así que meramente requiere una relación racional a un interés público legítimo para ser considerada una discriminación constitucional¹⁹.

¹⁷ *Employment discrimination: an overview*, Legal Information Institute, Cornell University, <http://topics.law.cornell.edu/wex/Labor>

¹⁸ *Adarand Constructors v. Peña*, de 1995 (515 U.S. 200, 1995); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 457 U.S. 432 (1985)

¹⁹ Currie, D.P., *The Constitution of the United States*, second edition, the University of Chicago press, Chicago, 1997, pág. 65, 66; Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pp. 3, 14

La diferencia por motivo de la edad que ha causado más jurisprudencia ha sido el establecimiento de edades de jubilación forzosa en las administraciones públicas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha concluido en numerosas ocasiones que las leyes sobre jubilación forzosa no infringen la cláusula constitucional a la igualdad de protección de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos porque se ha aplicado el nivel más bajo de escrutinio. Tal y como estableció el Tribunal Supremo en el caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*²⁰ de 1976, las personas mayores no han experimentado una historia de desigualdad de trato ni han sido tratadas de formas desigual solamente por estereotipos negativos sino también por sus capacidades reales en el trabajo. Sobre la base de esta argumentación la sentencia acabó confirmando la constitucionalidad de la jubilación forzosa de los policías a los 50 años del Estado correspondiente. Por tanto, las distinciones basadas en la edad que pueda haber en leyes federales o estatales raramente son consideradas inconstitucionales a resultados del mínimo grado de escrutinio que se aplica en los supuestos relacionados con la discriminación por razón de edad.

Los trabajadores de la administración pública que consideran que han sido discriminados por razón de su edad deben al alegar las normas de los Estados que prohíban la discriminación por razón de edad o la enmienda 14 de la Constitución del Estados Unidos, pero no pueden invocar la ADEA contra la administración pública. Lo estableció la sentencia *Kimel v. Florida Board of Regents*²¹ en la que el Tribunal Supremo sostiene que un individuo no puede demandar a la administración pública estatal, cuando ésta es quien lo ha contratado, alegando la protección del ADEA ya que la enmienda 11^a de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe a los ciudadanos demandar a los Estados en razón a su inmunidad soberana. En conclusión, los trabajadores públicos no pueden invocar la ADEA. De la misma manera, los trabajadores en el sector privado no están protegidos por la *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos pero disponen de la ley federal ADEA que les prohíbe la discriminación por motivo de la edad.

3.2 Los sujetos protegidos por el ADEA limitados a trabajadores mayores de 40 años en empresas del sector privado que ocupen más de veinte trabajadores, agencias de colocación o organizaciones laborales

Los sujetos protegidos por el ADEA son las personas a partir de los 40 años, ya sean personas activas, antiguos trabajadores de una empresa, trabaja-

²⁰ 426 U.S. 307, 1976.

²¹ 528 U.S. 62 (2000)

dores jubilados o solicitantes de trabajo (Sec. 631.a ADEA) ²².

En la redacción original del ADEA la ley protegía de la discriminación por razón de edad a las personas a partir de 40 años y hasta los 65 años. Este tope máximo se amplió hasta 70 años aunque en 1986²³ se eliminó definitivamente. No obstante, hay excepciones para algunos colectivos, como el cuerpo de policía y los bomberos para los cuáles es legítimo fijar edades de jubilación forzosa a través de métodos no discriminatorios para evaluar a los trabajadores²⁴ y los profesores universitarios²⁵.

Un aspecto a matizar es que la ADEA no prohíbe toda discriminación basada en la edad a las personas a partir de 40 años, sino que sólo protege a las personas de 40 o más años que han sido discriminadas en comparación a trabajadores más jóvenes²⁶. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en la sentencia *General Dynamics Land Sys. Inc. v. Cline*²⁷ en relación a una empresa que suprimió unos beneficios médicos para todos los trabajadores de la empresa excepto para aquellos mayores de 50 años, de forma que la empresa favorecía los mayores de 50 años por encima del resto, incluidos también los mayores de 40 años protegidos también por el ADEA. El Tribunal declaró que sólo la discriminación contra los trabajadores mayores es prohibida y no en general cuando la víctima se encuentra entre la clase protegida a partir de 40 años. Por tanto, un empresario no puede discriminar a un trabajador mayor a favor de un trabajador más joven, aunque este trabajador sea mayor de 40 años. Ahora bien, el empresario queda libre de discriminar a favor de los trabajadores mayores en comparación a los más jóvenes, independientemente de que los trabajadores se encuentren dentro del colectivo protegido por la ley²⁸.

Por otra parte, en cuanto a la edad mínima de protección, 40 años, debe considerarse que muchos Estados prohíben la discriminación por razón de edad independientemente de la edad, tanto en el sector público como privado. En este sentido debe tenerse en cuenta la supremacía que tienen las leyes fede-

²² Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 40. *Vid* sentències sobre la inclusió dins els subjectes protegits per l'ADEA: *Tranello v. Frey* (962 F.2d 244, 249, 58 FEP Cases 1334, 1338 (2d Cir. 1992) pels treballadors en actiu, *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 72 FEP Cases 1856 (1997) pels antics treballadors, *Milwaukee Prof'l Fire Fighters v. Milwaukee*, 369 F. Supp. 633, 649, 72 FEP Cases 121 (E.D. Wis. 1994)

²³ Pub. L. No 99-272

²⁴ Pub. L. No 104-208 Sect. 101 (9), 110 Stat. 2009-24 (1996)

²⁵ Pub. L.No 105-244 Sect. 941, 112 Stat. 1581, 1834-35 (1998), codified at 29 U.S.C. Section 623 (m).

²⁶ Lacy, A., "You are not quite old as you think: making the case for reverse age discrimination under ADEA", *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 26, núm. 2, 2005, pp. 364, 402.

²⁷ 540 U.S. 581 (2004)

²⁸ Sullivan, C.A., Walter, L.M., *Employment Discrimination Law and Practice*, Aspen Publishers, United States of America, 2009, p. 540

rales, como lo es la ADEA, ante cualquier norma de los Estados, como señala el artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos. De forma que en áreas en las que se solapan las leyes federales y las estatales, la normas estatales no pueden ser contrarias a las leyes federales, pero si que pueden extender la protección que estas dispensan. Así, por ejemplo, si bien la ADEA, que es una ley federal, prohíbe la discriminación por razón de edad en el ámbito del trabajo a partir de 40 años, una ley estatal del Estado de Nueva York extiende la protección de la discriminación en base a la edad a partir de los 18 años y no sólo a los 40 años (art. 3-a, Sec.. 296, de la *New York State Executive Law, Human Rights Law*)²⁹.

Por trabajador del ADEA entiende que el término trabajador (*employee*) es cualquier individuo empleado por un empleador (Sec. 630.f ADEA). No obstante, la ADEA no se aplica a los trabajadores estatales ni a ciertas categorías de trabajadores federales como los miembros de las fuerzas armadas, ciertos trabajadores de la administración de justicia³⁰, los contratistas independientes³¹, los socios de una empresa, las tribus nativas americanas respecto a sus reservas ya que gozan de inmunidad³². En todo caso la relación entre la persona demandante y el demandado debe ser, en todo caso, laboral ³³ en el sentido que debe ser una relación voluntaria y por la que el trabajador recibe una compensación monetaria ³⁴.

En cuanto al empresario contra quien se puede alegar la ADEA se desprenden de la Sec. 623 del ADEA que puede invocarse la protección de la ley contra un empresario (*employer*), pero también contra una organización laboral (*labor organization*) y una agencia de colocación (*employment agency*). Por empresario (*employer*), la ADEA, en la Section 11 (b) entiende son empresas que ocupan al menos a 20 trabajadores o más. El límite temporal para determinar si un empresario se encuentra dentro del tope mínimo de 20 trabajadores se tiene en cuenta el año en que se produjo la acción discriminatoria y el año precedente a éste, y no el año en que la acción se demandada. Hay que señalar que un el empresario susceptible de ser demandante puede ser tanto un empresario actual del trabajador discriminado como un empresario antiguo o futuro³⁵. En

²⁹ *Vid.* a modo de ejemplo *Caso Park v. Seoul Broad. Sys. C. S.D.N.Y., No 05 CV 8956 (BSJ) (DFE)*, de 3 de junio de 2008

³⁰ Sec. 633.a ADEA

³¹ *Moore v. Ford Motor Co.* 901 F. Supp. 1293 (N.D. Ill. 1995).

³² *Garcia v. Akwesasne Hous. Auth.*, 268 F3d 76, 86 FEP Cases 1668 (2d Cir. 2001)

³³ Rothstein, M.A., Craver, C.B., Schroeder, E.O., Shoben, E.W., *Employment Law*, Volume 1, 3rd edition, Thomson West, United States, 2004, pàg. 67

³⁴ *Blakenship v. City of Portsmouth*, 372 F. Supp. 2d 496, 95 FEP Cases 1893 (E.D. va. 2005)

³⁵ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 56. *Vid.* sobre la inclusió a l'ADEA d'un ex empresari, *Causill v. Farmland Indus. Inc.*, 919 F.2d 83, 54 FEP Cases (8th Cir. 1990)

relación a las organizaciones laborales, básicamente la ADEA cubre las organizaciones laborales que afecten a las condiciones de trabajo de los trabajadores y que, además, cuenta con al menos 25 miembros (Sec. 630. e). Por último, las agencias de colocación a que se refiere el ADEA son aquellas entidades que, recibiendo o no una compensación por sus servicios, se encargan de encontrar trabajadores para las ofertas de trabajo de los empresarios (Sec. 630.c). Se entiende pues, que las agencias de colocación en los Estados Unidos pueden ser tanto entidades tanto públicas como privadas y con o sin ánimo de lucro.

4. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA ADEA

La protección de la ADEA se predica de una amplia gama de prácticas discriminatorias basadas en la edad que la norma prohíbe al empresario, la agencia de colocación u organización laboral. Cubre toda discriminación por edad desde la fase previa de la contratación y hasta los planes de jubilación.

4.1. Ofertas de trabajo e indagaciones precontractuales

Una de las casuísticas más prolíficas de la ADEA es la relacionada con el momento de contratación. Precisamente, una de las principales razones, si no el motivo central, por el que se aprobó la ADEA fue eliminar los obstáculos que encuentran los trabajadores mayores hora de acceder a los puestos de trabajo, como los anuncios de ofertas de trabajo que favorecen a los trabajadores jóvenes en detrimento de los más grandes, como ya avanzaba el mencionado anteriormente informe Writz, precursor de la aprobación de la ADEA. Es por ello que la ADEA dispone que generalmente es ilícito incorporar en las ofertas preferencias, limitaciones o especificaciones de edad (Sección 623.e ADEA).

La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), órgano que vela por el cumplimiento de la ADEA, ha considerado en sus regulaciones que interpretan como aplicar la ADEA, que quedan prohibidos los anuncios de trabajo que incluyan preferencias de jóvenes, estudiantes jóvenes recién licenciados o franjas de edad, como por ejemplo limitar el trabajo a las personas de 25 a 35 años. Con todo, si bien las regulaciones de la EEOC interpretan que el ADEA no exige a los empresarios que tengan una preferencia por los trabajadores mayores, las mismas regulaciones establecen que se permiten anuncios de trabajo donde se especifique que se prefieren personas mayores, como de 60 años o más³⁶.

³⁶ Regulaciones de la EEOC sobre la discriminación per razón de edad, *Code of Federal Regulations* (C.F.R), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.4.

Otro aspecto a considerar son las pesquisas previas a la contratación que hacen referencia a que el empresario pregunte la edad o la fecha de nacimiento al trabajador antes de contratarlo. El ADEA no prohíbe específicamente que el empresario lo pregunte. No obstante, y de acuerdo con las regulaciones de la EEOC, en la medida en que el preguntar la edad o la fecha de nacimiento puede disuadir a los trabajadores de edad de solicitar un trabajo o pueden ocultar un posible intento de discriminar por motivo de edad, las preguntas sobre la edad se examinarán minuciosamente para asegurar que la pregunta se formula con un propósito lícito y no con una finalidad de discriminar prohibida por el ADEA³⁷. Así las cosas, es discriminatorio por razón de edad imponer a los trabajadores de una edad determinada requisitos o condiciones que no se imponen a otros grupos. Por ejemplo, según el caso *Shager v. Upjohn Co*³⁸ estableció que un empresario no puede requerir a los trabajadores por encima de los 50 años un test físico y mental que no se exigen a los trabajadores más jóvenes.

4.2. Programas de aprendizaje y formación profesional

En cuanto a los programas de formación, la ADEA establece que, por regla general, es ilícito discriminar por motivo de la edad en todo tipo de programas formativos, excepto que la EEOC autorice limitaciones de edad en determinados programas de formación ofrecidos por el empresario.

Y es que se estima que la formación es básica para los trabajadores de edad, especialmente para aquellas personas que trabajaban en sectores de actividad que han quedado obsoletos o para personas que han agotado las prestaciones por desempleo pero que son demasiado jóvenes para jubilarse. Aprender nuevas habilidades es básico para poder encontrar nuevos trabajos³⁹. También la formación que se ofrece a las empresas a los trabajadores es imprescindible para los trabajadores mayores, ya que, de lo contrario se les imposibilita adaptarse a nuevos puestos de trabajo⁴⁰.

4.3. Privilegios y prestaciones dispensados por los empresarios

Es ilegítimo discriminar a un individuo por motivo de su edad en relación a comisiones o privilegios en el trabajo. Por ejemplo un aumento de los

³⁷ Regulaciones de la EEOC sobre la discriminación por razón de edad, *Code of Federal Regulations* (C.F.R.), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.5.

³⁸ 917 F2d, 398, 1990

³⁹ Autor, D., Dorn, D., "This job is 'getting old': measuring changes in job opportunities using occupational age structure", *American Economic Review*, Vol. 22, No 2, 2009, pág. 45-50
SCHULZ, J.H., "the full monty' and life-long learning in the 21st century", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 2/3, 2000, p. 72.

⁴⁰ Barth, M.C., "An aging workforce in an increasingly global world", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No. 2/3, 2000 pág. 86.

salarios de los trabajadores o un programa de prestaciones económicas para determinadas contingencias que estableciera límites de edad⁴¹.

En este sentido, en cuanto a las prestaciones (*benefits*) que los empresarios proveen, la ley *Older Workers Benefit Protection Act*⁴² (OWBPA) de 1990, modificó el ADEA para prohibir específicamente a los empresarios el hecho de denegar prestaciones a los trabajadores de edad. La reforma se explica por una sentencia del Tribunal Supremo, *Public Employees Retirement System v. Betts*⁴³ de 1989 en la que se estimó no discriminatorio limitar un plan de prestaciones por discapacidad a los 60 años, ya que era considerado un *bona fide plan*, una excepción a la ADEA que permite la Sec.. 623.f.2.b.

Como reacción a esta sentencia el reformó la ADEA mediante la OWBPA por la que no se permiten diferencias basadas en la edad en el abastecimiento de prestaciones relacionadas con el trabajo por parte del empresario, como el seguro de vida (*life insurance*) y la de salud (*health insurance*), la prestación por enfermedad (*sick pay*), la paga de las vacaciones (*vacation pay*) o las prestaciones por jubilación (*pension benefit*) o incapacidad (*disability benefit*). Con todo, el Congreso también reconoció que el coste de proporcionar determinadas prestaciones a los trabajadores de edad es mayor que proporcionar estos beneficios a trabajadores jóvenes, y que este gasto mayor desincentivaría la contratación de trabajadores de edad. De esta forma, en circunstancias limitadas, se permite que un empresario reduzca los beneficios basados en la edad, siempre y cuando el coste de proveer beneficios reducidos a los trabajadores de edad sea el mismo que el coste de proveer beneficios a los trabajadores jóvenes. En este sentido, de acuerdo con la Sec.. 623.f.2.bi ADEA y Sect 1925.10 Title 29, *Code of Federal Regulations*, no constituye una violación del ADEA el establecimiento de un plan de prestaciones para los trabajadores *bona fide* el gasto del cual no sea inferior al de un trabajador joven, o bien cuando se establezca un plan que incentive un retiro anticipado voluntario. Además, y de conformidad con lo dispuesto en las regulaciones de la EEOC, Sec.. 1625.10.b CFR, Title 29, un plan para excepcionarse del ADEA también debe cumplir con los requirements de otra ley, la *Employee Retirement Income Security Act*⁴⁴ de 1974 (ERISA), una ley federal que establece los estándares mínimos para los planes de pensión y salud para los trabajadores del sector privado. Normalmente, los planes que reducen las prestaciones por razón de edad y son susceptibles de ampararse en la excepción del la Sect. 4.f.2.B ADEA serán aquellos planes llamados “fringe benefit planes” que son aquellos planes que proveen prestaciones no

⁴¹ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàgs. 160 i 161

⁴² Pub. L. No 101-433, Stat. 978 (1990)

⁴³ 492 U.S. 158, 1989

⁴⁴ Pub. L. 93-406. 88, Stat. 829, 1974

relacionadas con los salario de los trabajadores, sino otros planes sobre prestaciones por jubilación o enfermedad (Sect. 1625.10.b, Regulations EEOC , Title 29 CFR).

Como se ha observado, ofrecer incentivos para retirarse anticipadamente de forma voluntaria como un plan *bona fide* es generalmente legal según el ADEA. Estos incentivos que establecen los empresarios normalmente se explican por la necesidad de reducir su mano de obra, de modo que ofrecen incentivos a los trabajadores más cercanos a la jubilación para retirarse anticipadamente como prestaciones especiales de jubilación o indemnizaciones por despido especiales de trabajadores que no cumplen aún los requisitos para ser beneficiarios de la prestación de jubilación pero que están en edades cercanas a ser beneficiarios. Es necesario, en todo caso, que el retiro sea voluntario y no sean incentivos que se implementen coercitivamente. El tiempo adecuado para considerar la oferta para ser considerada voluntaria es un periodo de 45 días (Sect. 626.f.1.F.ii ADEA). Finalmente, cabe destacar que la ADEA no establece edad mínima para establecer unos incentivos de retiro anticipado. Ahora bien, puede que sea declarado ilegal establecer límites máximos de edad. Por ejemplo, en el caso *Jankovitz v. Des Moines Independent Community School District*⁴⁵ el Tribunal declaró que un incentivo para jubilarse anticipadamente por los profesores de una escuela entre 55 y 65 años era ilegal porque el límite máximo de 65 años era discriminatorio su ya que fue basado meramente por razones de edad.

4.4. Excepciones para justificar la prohibición de discriminar por razón de edad

Aunque el ADEA prohíba numerosas prácticas discriminatorias relacionadas con la edad, la misma ley prevé una serie de excepciones a estas prohibiciones descritas en la Sección 623 (f), (y).

La primera excepción es la cláusula de buena fe o *Bona Fide Occupational Qualification* (BFOQ), por la que un empresario, agencia de colocación u organización laboral tiene la carga de la prueba para demostrar que el límite de edad que fija es razonablemente necesario para el funcionamiento de la empresa y que los trabajadores excluidos para desarrollar el trabajo los une la misma característica, la edad. Sobre la base de esta excepción, una oferta de trabajo puede limitar la edad sólo se demuestre que el establecimiento de una edad es una BFOQ (Sec. 4.f.1. ADEA). Por ejemplo, los bomberos se permite que se exija una edad para la contratación y al mismo tiempo de jubilarse (Sec. 4.j ADEA).

⁴⁵ 421 F.3d 649, 96 FEP Cases 695 (8th Cir. 2005)

Hay que decir que hoy en día, dada la buena esperanza de vida de las personas junto con una buena calidad de vida y los cambios tecnológicos que facilitan el desarrollo de muchos trabajos, se hace difícil probar esta excepción BFOQ. De hecho, actualmente, la excepción BFOQ se limita a algunos trabajos de seguridad pública, como los bomberos o los pilotos de avión, para quien está fijada una edad de jubilación forzosa⁴⁶. A modo de ejemplo, en el caso *Western Air Inc. v. Criswell*⁴⁷ la Corte Suprema declaró que la norma que fijaba la jubilación forzosa a los 60 años para los ingenieros de vuelo no estaba justificada como BFOQ. En su argumentación, el Tribunal afirmó que la jubilación forzosa causa estragos tanto a la persona mayor afectada porque le es muy dificultoso encontrar un nuevo trabajo, como a la sociedad en general ya que supone una pérdida de experiencias y habilidades que aportan los trabajadores mayores y también al el gobierno por la carga económica que suponen las prestaciones del sistema de seguridad social de los trabajadores no activos.

En segundo lugar, también se exceptúa la protección del ADEA cuando la práctica limitativa de la edad se basa en *reasonable factors other than age* (RFOTA), es decir, que el empresario pruebe que la práctica se refiere a otros factores que no tienen relación con la edad. En la sentencia del Tribunal Supremo *Hazen Paper Co. v. Biggins*⁴⁸ de 1993, se aclaró que cuando el motivo de la limitación sea la pensión, la antigüedad u otros factores relacionados empíricamente con la edad pero no relacionados con estereotipos sobre la edad, la práctica del empresario no es un tratamiento discriminatorio y el empresario deberá probar que se trata de otros factores razonables no relacionados con la edad. En todo caso, hay que examinar en cada caso, si el factor relacionado con la edad que ha sido la causa de la decisión empresarial, es un factor que tiene un impacto desfavorable sobre los trabajadores de edad, o si el factor vinculado a la edad se aplica de forma diferente a los trabajadores jóvenes y los trabajadores mayores, entre otros⁴⁹.

En tercer lugar, otra excepción a las prohibiciones establecidas en el ADEA es cuando la práctica limitativa de la edad se refiere a un trabajador que se encuentra en un lugar de trabajo en el extranjero y la aplicación de la ADEA significara que el empresario está infringiendo las leyes del país extranjero de que se trate, o al cumplimiento de buena fe del sistema de antigüedad, del sistema de pensiones o en el caso de que se despida al trabajador por una buena causa.

⁴⁶ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pp. 128-129

⁴⁷ 472 U.S. 400 1985

⁴⁸ 507 U.S. 604, 61 FEP Cases at 756, de 1993

⁴⁹ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* p. 80

4.5. La renuncia de los derechos que otorga la ADEA por parte del trabajador

Un trabajador puede renunciar a los derechos que le otorga el ADEA siempre que esta renuncia sea inteligible y voluntaria. En efecto, el ADEA también prevé que un empresario pueda pedir a un trabajador que renuncie a sus derechos que dispensa el ADEA ante los tribunales o en conexión con un programa que incentiva el cese laboral (sección 626 (f)). No obstante, el ADEA, conforme a la modificación realizada por el OWBPA, determina unos estándares mínimos que debe reunir una renuncia de los derechos para que esta sea considerada como voluntaria y, por lo tanto, válida. Básicamente éstos estándares están relacionados con garantizar que el trabajador entienda claramente qué es una renuncia de derechos, a qué derechos renuncia y que disponga de un tiempo razonable para poder deliberar su opción de renunciar a los derechos que tiene según el ADEA⁵⁰.

4.6. La Comisión de oportunidades para la igualdad en el empleo: EEOC

Hasta la reforma del ADEA de 1978 el Secretario del Trabajo del gobierno federal de los Estados Unidos tenía la responsabilidad de administración, investigación y de hacer cumplir la ADEA. A partir de 1979, a raíz del plan del Presidente Jimmy Carter para consolidar el esfuerzo del gobierno federal para hacer cumplir la igualdad en el trabajo, estas funciones fueron transferidas a la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), institución a la que se le encomendó la responsabilidad de conciliar e investigar las acciones de discriminación por razón de edad de acuerdo con el ADEA, así como de hacer respetar dicha ley en el sector privado, federal, administrativo y los Tribunales⁵¹.

El EEOC se constituyó a través del Título VII de la ley sobre Derechos Civiles de 1964 y comenzó a operar en 1965. El EEOC hace aplicar las principales leyes que prohíben la discriminación en el trabajo, incluida la ADEA. En virtud de la Sect. 9 del ADEA el Congreso autorizó a la EEOC para que establezca normas y regulaciones para llevar a la práctica la ADEA. De acuerdo con Sect. 9. Atendiendo a este precepto, pues, la EEOC ha promulgado diversas regulaciones que desarrollan el contenido y el procedimiento para hacer efectiva la ADEA. Estas regulaciones están contenidas en el Título 29 del Código Federal de Regulaciones (*Code of Federal Regulations*).

En efecto, el EEOC investiga y asesora las alegaciones en casos de discriminación por razón de edad. Ante un supuesto de discriminación presentado ante la EEOC, ésta resuelve si se ha discriminado e infringido la ADEA y trata

⁵⁰ *Oubre v. Entergy Operations, Inc* (522 US 422 (1998))

⁵¹ *Reorganization Act of 1977* (Pub. L. No. 95-17, 91 Stat, 29, 5 U.S.C. Sections 901-912)

de resolver el litigio mediante la conciliación. Así, un rol importante que la EEOC lleva a cabo es el que describe la Sec. 636.b del ADEA, por la cual antes de invocarse ante los tribunales una demanda por infracción de la ADEA, se abre una fase de conciliación en la que el EEOC intentará eliminar la práctica discriminatoria. Y, si la fase conciliatoria no tiene éxito, entonces el EEOC está autorizada para presentar una demanda ante los órganos judiciales.

Según datos de la EEOC en 2011 se resolvieron 26.080 casos relacionados con la aplicación de la ADEA, la mayoría-un 66,9% - terminaron con la resolución de la EEOC declarando que no había una causa razonable que justificara la diferencia de tratamiento basada en la edad. Esta cifra supone un incremento progresivo y considerable teniendo en cuenta los primeros datos de 1997, año en el que las resoluciones sumaron 18.279 y las de los años posteriores⁵².

4.7. Los medios reparadores que se prevén para la vulneración del ADEA

Cuando efectivamente se infringe la prohibición de discriminar por razón de edad en el trabajo establecida por la ADEA los remedios previstos ante esta infracción son los contemplados en la sección 626 (b) de la *Fair Labor Standards Act* ⁵³. El medio reparador varía dependiendo de la circunstancia del vínculo laboral donde se haya producido la discriminación. Se incluyen medidas cautelares, la reincorporación al trabajo, la contratación obligada del trabajador, el ascenso del trabajador o el pago de la prestación debida.

Adicionalmente, la violación intencionada del ADEA da derecho a una compensación por daños y perjuicios. Según la Corte Suprema en la sentencia *Trans World Airlines v. Thurston*⁵⁴ una violación “intencionada” del ADEA ocurre cuando el empresario conocía que su actuación constituía una discriminación prohibida por el ADEA o mostró desprecio por si su conducta era prohibida por el ADEA.

Además, en la misma *Fair Labor Standards Act*, en este caso en la sección 629, prevé que cualquier individuo que interfiera en la actuación de la EEOC en su tarea de clarificar si ha habido o no discriminación por edad prohibida por el ADEA en un caso concreto puede ser sancionado a una multa o prisión de hasta un año.

⁵² EEOC, *Age Discrimination in Employment Act (includes concurrent charges with Title VII, ADA and EPA) FY 1997 - FY 2011*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/adea.cfm>

⁵³ 29 U.S.C. 626(b).

⁵⁴ 469 U.S.111, 126(1985) citada a Feder, J., *The Age Discrimination...op cit.* p. 13

5. LOS DOS MODELOS DE RECLAMACIONES PARA PROBAR LA ADEA: *DISPARATE TREATMENT* Y EL *ADVERSE IMPACT*

Cuando un trabajador o solicitante de empleo tiene la intención de alegar la ADEA se prevén dos tipos de reclamaciones sobre las que puede basarse la discriminación. Son el *disparate treatment* (trato desigual) y el *adverse impact* (impacto adverso). El *disparate treatment* tiene lugar cuando un empresario intencionalmente discrimina a un trabajador o adopta una política con la intención de tratar de forma diferente a un trabajador respecto al resto por razón de su edad. Por su parte, el *adverse impact* se da cuando una actuación o política empresarial es aparentemente neutral, pero tiene un impacto adverso sobre un tipo de trabajadores, como los trabajadores mayores de 40 años, y esta práctica no se puede justificar razonablemente.

Como se observa, se trata de dos modelos de prueba a semejanza de la discriminación directa y la discriminación indirecta que prohíbe la Directiva 2000/78/CE que en el ámbito de la Unión Europea prohíbe la discriminación basada en la edad en el empleo y la ocupación. En el caso de la ADEA, sin embargo, y partiendo de la premisa de que en Estados Unidos la jurisprudencia es fuente del derecho, estos dos tipos de formas que puede adoptar la discriminación prohibida por la ley no las define la misma ADEA sino que son las sentencias de la Corte Suprema (*Supreme Court*) que las ha establecido y delimitado. Tanto el tratamiento desigual como el impacto desfavorable son dos modelos de prueba que se desarrollaron en los casos de discriminación del Título VII de la *Civil Rights Act*⁵⁵ que prohíbe la discriminación por razón de raza, sexo, religión y origen nacional.

Sobre la base de estos dos modelos de prueba, un demandante que alegue la ADEA debe establecer, *prima facie*, que ha sufrido una discriminación intencionada llevando prueba de los siguientes elementos: que el demandante está cubierto por el ámbito subjetivo de protección de la ADEA, que el demandado es un sujeto al que se dirige la ADEA; que el demandante se encuentra dentro de la categoría de sujetos protegidos por ley, es decir, que es mayor e 40 años; que el empresario ha realizado una acción desfavorable en el trabajo y, por último, que hay una conexión causal entre la acción desfavorable y la edad del demandante. En éste último término, el demandante, al probar la relación causal quiere demostrar que él está calificado para desarrollar el trabajo y que un trabajador más joven y menos cualificado ha ocupado el trabajo que le ha sido denegado al demandante. En este sentido, el uso del elemento comparativo es una forma de prueba notable en los casos de discriminación por razón de edad ⁵⁶. En el caso

⁵⁵ Player, M.A., *Federal Law of Employment Discrimination in a nutshell*, West Publishing, United States, 1992, p. 137

⁵⁶ Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, p. 233

*O'Connor v. Consolidated Coin Caterers*⁵⁷, el Tribunal Supremo determinó la persona más joven con quien se compara el que alega la discriminación por razón de edad no debe ser del grupo de personas que protege la ley que es de más 40 años y que, además la diferencia de edad entre el demandante y la persona que se utiliza para comparar las situaciones debe ser considerable⁵⁸.

Una vez que la persona presenta prueba en primera instancia el Tribunal establece que el empresario está obligado a articular una defensa legítima, una razón no discriminatoria que fundamente la exclusión del trabajador o solicitante de trabajo.

5.1. El trato desigual (*disparate treatment*)

Por tratamiento desigual, según la doctrina del Tribunal Supremo entiende que es aquella situación en la que se trata desfavorablemente a una persona por motivo de una su característica, la edad.

Para los casos de tratamiento desigual el aspecto central a esgrimir es si la acción del empresario ha sido motivada por una intención de discriminar a causa de la edad del trabajador. La prueba debe consistir en una prueba directa, como lo es nota del empresario donde especifica que despidió al trabajador por razón de su edad⁵⁹. En estos casos, si el demandante tiene éxito en probar la intención de discriminación en primera instancia (*prima facie case*), la prueba de la carga se traslada al empresario demandado que debe probar que la decisión no constituye una discriminación por razón de edad sino que es una acción legítima y no discriminatoria, como, por ejemplo, probar que el trabajador no desarrollaba correctamente su trabajo o su comportamiento era rebelde y insubordinado. Por tanto, el punto más importante es que se ha de probar la intencionalidad del empresario, agencia de colocación u organización laboral.

5.2. El impacto desfavorable (*adverse impact*)

La doctrina del impacto desfavorable como modelo de prueba se elaboró en el caso de la *Griggs v. Duke Power Co*⁶⁰ para los casos en que se alegaba el Título VII de la *Civil Rights Act*.

⁵⁷ 517 U.S. 308.

⁵⁸ En esta sentencia el Tribunal supremo matizó la noción “age” que se utiliza a la ley, argumentando que el lenguaje de la ADEA “does not ban discrimination against employees because they are aged 40 or older; it bans discrimination against employees because of their age, but limits the protected class to those who are 40 or older. the fact that one person in the protected class has lost out another person in the protected class is thus irrelevant, so long as he has lost out because of their age”.

⁵⁹ Como puntualizan Lindemann y Kadue, la prueba directa, que la denominan *smoking-gun*, es muy poco frecuente. Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* p. 25

⁶⁰ 401 U.S. 424 (1971)

Hasta hace pocos años no había una jurisprudencia del Tribunal Supremo unificada sobre la posibilidad de alegar un impacto desfavorable en aplicación del ADEA. Fue en 2005 en el caso *Smith v. City of Jackson, Mississippi*⁶¹ en el cuál el Tribunal Supremo afirmó que el modelo de prueba del impacto desfavorable es válido para los casos donde se alega la ADEA, en todo caso, matizando que la responsabilidad por el impacto desfavorable bajo aplicabilidad de la ADEA es más restringida que en el caso del Título VII.

Ciertamente, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la sentencia *Smith v. City of Jackson*⁶². En el caso, la Ciudad de Jackson había acordado un aumento del salario de los policías, y el aumento se hizo de tal manera que el incremento para aquellos que contaban con menos de cinco años de antigüedad era mayor que los trabajadores más antiguos. Éstos invocaron una infracción del ADEA a causa de un impacto desfavorable que les representaba el aumento de salario. La Ciudad de Jackson explicó que la decisión del aumento más alto de los salarios de los jóvenes en relación a los trabajadores mayores se tomó para hacer que los salarios fueran más competitivos en comparación a la misma posición en la región donde estaba situada la ciudad. El Tribunal Supremo consideró que el análisis del impacto desfavorable se podía aplicar también en la alegación de la ADEA, si bien difería de alguna manera de la teoría del impacto desfavorable que se aplica en el Título VII. En concreto, el Tribunal estableció que la responsabilidad que se deriva de un impacto desfavorable es más restringida en el ADEA que en los supuestos del Título VII. Y es que el Tribunal estableció que el trabajador debe probar que la práctica empresarial no está relacionada con ningún otro factor relacionado con la edad y que no que el empresario no tiene ninguna necesidad empresarial de establecer la práctica. Así que en el caso de la ADEA, a diferencia del Título VII. Es el trabajador o el empresario quien tiene la carga de la prueba para demostrar que la medida es razonable o irracional⁶³. No obstante, en la sentencia del Tribunal Supremo *Meachan v. Knolls Atomic Power Laboratory*⁶⁴ se cambió el rumbo del Tribunal determinándose que es el empresario el encargado de probar la razonabilidad de la práctica o política discriminatoria. Es, pues, el empresario quien tiene la carga de la prueba, es decir, el reto de demostrar que la medida que tiene un impacto desfavorable para el conjunto de trabajadores de edad avanzada se puede justificar razonablemente por otros motivos diferentes a la edad.

⁶¹ 544 U.S. 228, 95 (2005)

⁶² 544 U.S. 228 (2005).

⁶³ Feder, J., *The Age Discrimination in Employment Act...op cit.* p. 10

⁶⁴ 554 U.S. 84 (2008)

6. LA DIFICULTAD DE EVALUAR LA EFICACIA PRÁCTICA DE LA ADEA SOBRE EL NIVEL DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD

El propósito de la ley ADEA es erradicar la injusticia que supone la discriminación de edad en el ámbito laboral, promover el empleo de las personas mayores para que ésta esté basada en su capacidad en vez de su edad, maximizar la productividad de la economía aprovechando las competencias y la experiencia de los trabajadores mayores y minimizar el gasto del gobierno en la pensión por desempleo⁶⁵.

Según la evidencia empírica, en la práctica, la eficacia de la ADEA ha tenido un efecto escaso en los trabajadores menores de 60 mientras que ha tenido un efecto positivo considerable para los trabajadores mayores de 60 años, especialmente en cuanto a la eliminación práctica de la jubilación forzosa⁶⁶. Sin embargo, los empresarios aún pueden seguir ofreciendo a sus trabajadores, por motivo de la edad, jubilaciones anticipadas mediante prestaciones ventajosas, sin que ello implique una vulneración de la ley. En este caso, como se ha mencionado, el trabajador debe probar que las prestaciones por jubilación anticipada que ofrece empresario no forman parte de las prestaciones de buena fe sino que son diseñadas para evadir la ADEA contra la discriminación por edad⁶⁷.

En cuanto a evitar la discriminación basada en la edad en el momento de la contratación, que, de hecho, consiste en uno de los objetivos principales de la ADEA, este tipo de discriminación es considerablemente difícil de probar ante los tribunales, de forma que, en este sentido, la ley es poco eficaz. El demandante debe persuadir al tribunal que él será el mejor calificado para el trabajo, y que si no se le contrató es por razón de su edad. No es de extrañar, pues, que en un estudio realizado en 1993 sólo el 12,3% de los casos de discriminación por razón de edad estaban relacionados con el momento de contratación⁶⁸. Por contraste, los litigios más comunes son los relacionados con la discriminación de edad son los relacionados con el momento de la extinción del contrato de trabajo, como los despidos, ya que los trabajadores mayores una vez parados se encuentran con un grado de dificultad elevada para incorporarse en un nuevo puesto de trabajo⁶⁹.

⁶⁵ Gold, M.E., *Disparate impact under the Age Discrimination in Employment Act of 1967*, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 25, núm. 1, 2004, pp. 85 i 86.

⁶⁶ OECD, *Ageing and Employment Policies*. United States. OECD, 2005, pp. 120-123

⁶⁷ Posner, R.A., "Employment discrimination: age discrimination and sexual harassment", *Internacional Review of Law and Economics*, n° 19, 1999. pp. 430

⁶⁸ Posner, R.A., "Employment discrimination...op cit. 438.

⁶⁹ Neumark, D., *The Age Discrimination in Employment Act and the challenge of population aging*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 14317. Cambridge, September 2008. p. 5

En conclusión, es mayor la probabilidad de no ser despedido que la probabilidad de ser contratado debido a la ADEA⁷⁰. Y es que es difícil para un trabajador de edad probar que un trabajador más joven e igual de competente como él ha sido tratado más ventajosamente en el momento de ser contratado⁷¹ que protege el ADEA de la discriminación por edad⁷². Y así es como el ADEA que nació como medida para eliminar la exclusión y situación desfavorable de los solicitantes de edad en el mercado de trabajo se ha convertido en una medida para garantizar la permanencia en el trabajo de los trabajadores de edad⁷³.

Por último, también hay que tener en cuenta que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo da una interpretación restringida de la protección en contra de la discriminación por razón de edad. En efecto, por ejemplo, en el caso *Gross v. FBL Financial Services Inc., de 2009*⁷⁴ el Tribunal estableció que en una reclamación por un tratamiento desigual aplicando el ADEA es el demandante quien tiene la carga de la prueba y que tiene que probar que la edad es la causa de la acción desigual del empresario, que edad era la causa “but-for” de la decisión empresarial, de forma que el demandante debe probar que de no haber sido por la edad la acción desfavorable no se habría producido. Esta interpretación contrasta con la interpretación que el propio Tribunal hace del Título VII de la *Civil Rights Act*, mediante el cual queda prohibida la discriminación por motivo de raza, sexo, religión o nacionalidad. En estos casos, el Tribunal ha interpretado que se requiere sólo que el demandante demuestre que el empresario vez de proceder en la acción desigual había tenido en cuenta, la característica protegida, pero no que demuestre que sea la única razón que ha motivado el empresario a actuar desigualmente, sino que entre los varios motivos que han llevado al empresario a actuar de esa manera desfavorable, la raza, sexo, religión o nacionalidad ha sido una de estas diversas razones. Así que el Tribunal, restringiendo la interpretación de la intención de la discriminación

⁷⁰ Scott, J.A., “Age discrimination legislation and the employment of older workers” *Labour Economics*, vol. 11, issue 2, April 2004, pp. 219 et seq.

⁷¹ Es difícil de probar, cómo expresa Posner “because of the intangible elements in evaluating a worker’s performance other than in the simplest jobs—and the simplest jobs do not generate the plausibly high damage claims that repay the costs and uncertainties of litigation. The simplest jobs require little human capital, whether general or specific, and (partly for that reason) pay low wages” Posner, R.A., “Employment discrimination...op cit. pp. 437 i 438.

⁷² Por este motivo, se evidencia que “the actual ADEA plaintiff (...) rather than challenging barriers to job seeking (...) is concerned about holding onto a job he or she has”. Issacharoff, S., Worth Harris, E., “Is age discrimination really age discrimination? The ADEA’s unnatural solution”, *New York University Law Review*, 72 N.Y.U.L. Rev. 780., October 1997. pág. 793. Así es, datos de un estudio de 1984 revelan que los litigios de la ADEA están vinculados en un 76% en el momento de extinción de la relación laboral y sólo un 9% en el momento de la contratación. Los demás versan sobre: ascensos (6,6%), degradación de la relación laboral por razón de la edad (6,3%) e indemnizaciones y prestaciones (1,9%).

⁷³ Adnett, N., Hardy, S., “The peculiar case of age discrimination: Americanising the European social model?”, *European Journal of Law and Economics*, nº 23, issue 1, February 2007. p. 39

⁷⁴ 129. Ct. 2343 (2009)

protegida por la ADEA hace más difícil para los demandantes de los casos de discriminación por razón de edad que tengan éxito en sus pretensiones.

Con todo, la ADEA, como el resto de legislación antidiscriminatoria adoptada en los años sesenta en los Estados Unidos ha jugado un rol notable en la mejora las condiciones sociales de trabajo de las personas protegidas⁷⁵ ante la libertad contractual que prima las relaciones laborales en país y la falta de regulación en materia laboral en comparación con la legislación laboral de los países europeos. El ADEA ha ayudado impulsar el empleo de los trabajadores de edad, pero no se sabe con exactitud en qué medida los trabajadores de edad han sido contratados o dejados de contratar por causa del ADEA⁷⁶, como pretendía la ley.

Haciendo un repaso a los datos relativos a la fuerza de trabajo de los trabajadores de edad, destaca que en el año 1980 el número total aproximado de personas ocupadas era de 99 millones. De estas, 16,2 millones eran trabajadores de 45 a 54 años (16,3%), 11,5 millones de ocupados de entre 55 y 64 años (11,6%) y 2,9 millones de personas trabajadoras de 65 años o más (3%). En 2008, de 145 millones de personas ocupadas, 34,5 millones tienen entre 45 a 54 años (23,17%), 20,8 millones entre 55 y 64 años (14,3%) y 5,9 millones tienen 65 años o más (4%)⁷⁷.

Aunque estos datos estadísticos evidencian un ligero incremento de la participación de los trabajadores de edad aún hoy persisten los estereotipos negativos sobre los trabajadores mayores persisten entre los empresarios estadounidenses. Los empresarios destacan y valoran positivamente los trabajadores mayores en cuanto a la lealtad, la experiencia y la cordialidad. En cambio, consideran que los trabajadores mayores no son suficientemente flexibles, ni adaptables, y que carecen competencias en el campo de las nuevas tecnologías⁷⁸. También se considera que la misma protección que ofrece la ADEA los trabajadores de edad produce que los empresarios sean más reacios a contratar a trabajadores protegidos por la ley⁷⁹.

⁷⁵ Zimmer, Sullivan, Richard & Galloway, *Cases and materials on Employment Discrimination...op cit.* p. 81

⁷⁶ Neumark, D., Stock, W.A., "Age discrimination laws and labor market efficiency", *Journal of Political Economy*, nº 5, vol. 107, The University of Chicago, 1999. p. 1123

⁷⁷ Fuente: U.S Census Bureau. "Employed civilian and weekly hours: 1980 to 2008" <http://www.census.gov/compendia/statab/2010/tables/10s0588.pdf>

⁷⁸ Hedge, J.W., Borman, W.C., Lahmlein, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implication for organizations*. American Psychological Association, Washington DC, 2006 p. 35

⁷⁹ Según Lahey, uno de los motivos por el que se considera que los empresarios discriminación por razón de edad el temor a ser demandados a través de la ADEA. Desde este punto de vista se considera que los empresarios no contratan a trabajadores mayores porque éste pueden demandarlos aplicando la ADEA si son después despedidos o no son promocionados, de forma que los empresarios resulta mucho más fácil para el empresario evitar estas demandas simplemente decidiendo no contratar a los trabajadores mayores los cuales generalmente no pueden probar que han sido discriminados durante la etapa de contratación. Lahey, J.N., "Age discrimination and hiring. Evidence from a labor market experiment", dins Eberts, R.W., Hobbie, R.A. (editors), *Older and out of work. Jobs and social Insurance for a changing economy*, National Academy of Social Insurance, 2008, p. 54

En conclusión, no se dispone de una base empírica sólida para determinar cuál ha sido la eficacia de la ADEA en la práctica y cuál hubiera sido la situación y probabilidades de empleo de los trabajadores de edad si no se hubiera aprobado el ADEA⁸⁰.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONTRASTE ENTRE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE EDAD DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL MODELO SOCIAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE EDAD

En Europa, el reto de la inserción de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo, tema que se ha convertido candente debido al envejecimiento demográfico mundial, se ha enfocado en el impulso de políticas de empleo que fomenten la participación de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo para favorecer la contratación, la formación y el mantenimiento en activo de los trabajadores adultos. Entretanto, en Estados Unidos se ha planteado a partir de la discriminación por razón de edad para que las empresas no se desprendan de los trabajadores mayores por el sólo motivo de la edad⁸¹.

Puede que resulte curioso que Estados Unidos, a pesar de ser un país que no destaca por su elevado nivel de bienestar social, cuenta ya desde 1967 con una ley que prohíbe la discriminación por razón de edad en el trabajo⁸². Pues bien, el hecho de que Estados Unidos se ampare casi en exclusiva a la ADEA radica el poco gasto que dedica el país a las políticas de empleo dado el carácter predominantemente liberal, que se traduce en una obvia escasez de políticas públicas que fomenten el empleo de los trabajadores de edad. Es por este motivo que la mayor herramienta de que disponen los trabajadores mayores para eliminar los obstáculos que les supone el acceso a la fuerza de trabajo en los Estados Unidos se centra en la protección prevista en el ADEA que pretende poner cierto freno a la amplio margen de decisión de que goza el empresario debida la doctrina de la *employment-at-will*.

En cambio, las relaciones laborales en el seno de los Estados europeos no se basan sólo en la voluntad de las partes como en Norteamérica, sino que, fru-

⁸⁰ OECD, *Ageing and Employment...op cit.* pàg. 122

⁸¹ Rodríguez Piñero, M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, dins Camas Roda, F (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, 2009. p. 16

⁸² Como señala Macnicol “for a nation which in other respects is such a “welfare laggard” the U.S.A has experienced a lively debate on age discrimination in employment since at least the 1930s. By the 1950s and 1960s, the “social justice” and “labour supply” motives (...) and the political urgency of dealing with the wider issue of civil rights was a vital factor in delivering legislation in 1967”. Macnicol, J., *Age discrimination. An historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, New York, 2006. p. 266

to de la industrialización, existen normas laborales que tienden a proteger los derechos básicos e irrenunciables de los trabajadores, entre ellos, el derecho a no ser discriminados frente a la parte más fuerte de la relación laboral que personifica el empresario. También en Europa la negociación colectiva entre empresario y trabajadores juega un papel mucho más relevante que en los Estados Unidos a la hora de acordar las condiciones de trabajo. Más aún, buena parte de los Estados de Europa cuentan con importantes sistemas de seguridad social que prevén la asistencia sanitaria universal y gratuita y otras prestaciones, como la jubilación, no ligadas exclusivamente al ofrecimiento del empresario sino a la sola participación del trabajador en el mercado de trabajo o incluso sin estar vinculados a él, limitan también el coste de los empresarios para tener trabajadores de edad a su cargo, a la vez que los trabajadores no dependen sólo de las prestaciones que ofrece el empresario para tener derecho a éstas prestaciones⁸³.

Todos estos elementos de protección de los trabajadores explican que en Europa se haya introducido una legislación específica contra la discriminación por razón de edad décadas posteriores a 1967, año de aprobación de la ADEA⁸⁴. Así, en el seno de la Unión Europea, no fue hasta el año 2000 que se adoptó la *Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que establece un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la empleo*⁸⁵. A partir de esta norma se hizo efectivo el principio de igualdad y no discriminación introducido en el art. 13 del Tratado de Amsterdam de 1999. La protección de la Directiva contra la discriminación por edad es una regulación asimilable a la que contiene el ADEA. Así, la Directiva prohíbe la discriminación por razón de edad sólo en el ámbito del trabajo y el empleo, tanto la discriminación directa-asimilable a la doctrina *disparate treatment*-como indirecta-asimilable a la doctrina *adverse*

⁸³ Adnett, N., Hardy, S., "The peculiar case of age discrimination: americanizing the European Social model?", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 23, nº 1, February 2007. pág. 37

⁸⁴ Tal y como añade RIX, "a feature distinguishing Europe (...) from the United States is the extent and nature of the debate on older workers and where the debate is occurring. Significantly more attention is being paid to older worker issues in Europe (...) than in the United States, and the discussion abroad about what to do about those workers occurs more frequently at the government level, with the active involvement of social partners –labor and employers associations-. In contrast, in the United States, where the demographic picture is more favorable than it is in Europe (...) and where the need of Social Security reform is perceived as less urgent, older worker employment has not been singled out for much congressional attention. Rather, efforts to expand employment opportunities for older workers have tended to rest largely with organizations for older persons and older worker advocates, whose efforts have been buttressed by a sizable body of scholarly, research and policy analyses on the aging workforce". RIX, S.E., "Comments on 'International responses to an aging labor force'", dins Ghilarducci, T., Turner, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007 págs. 348

⁸⁵ *Diario Oficial* nº L 303 de 02/12/2000

impact-. Y, a diferencia de otros motivos de discriminación prohibidos por la Directiva, el alcance de la prohibición por motivo de la edad es más limitado en tanto que se prevén notables excepciones que se pueden alegar para justificar una diferencia de tratamiento basada en la edad, como así mismo sucede en las normas antidiscriminatorias estadounidenses.

Es más, tal como la ADEA en Estados Unidos que se adoptó por la creciente preocupación de la exclusión que sufrían los trabajadores de edad en el mercado de trabajo, la Directiva europea también representa la pretensión de conseguir la igualdad de los trabajadores mayores respecto de los jóvenes, no sólo para proteger el derecho fundamental a la igualdad y no ser discriminado, sino también para lograr un objetivo económico⁸⁶, el de conseguir hacer frente a la tergiversación de la pirámide de población activa y pasiva y la viabilidad y sostenibilidad futuras del sistema de pensiones que está provocando el envejecimiento progresivo de la población. Por tanto, desde este punto de vista, si bien debido a las características del mercado de trabajo europeo y la fe en las políticas de empleo, las medidas antidiscriminatorias por edad no se han introducido hasta recientemente, la Directiva 2000/78/CE evidencia que el presente de los Estados Unidos hacia la discriminación por razón de edad puede ser visto como el futuro del modelo social europeo en el sentido de que utiliza la legislación antidiscriminatoria para influir en la tasa de empleo de los trabajadores de edad. Se americaniza así el modelo social europeo y el principio de igualdad encarnado en la Directiva se pone al servicio de garantizar la seguridad en el trabajo de los trabajadores de edad avanzada⁸⁷. También la asimilación del modelo americano por parte del modelo social europeo se observa a través de la regulación de normas antidiscriminatorias como la Directiva 2000/78/CE, y por tanto, de *hard law* (normas vinculantes) en contraposición a la utilización de instrumentos de *soft law* (compromisos no vinculantes) en que la Unión Europea había caracterizado por conseguir sus objetivos de política social comunitaria.

⁸⁶ Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 105, 145, 199.

⁸⁷ En todo caso, como concluyen Adnett I Hardy: “the growing political power of elderly in Europe may, as in the US, cause legislation that was intended as establishing a bases for efficiency-based legislation into one for wealth-grabbing bt the elderly. However, in the EU, given the grater importance of state pensions, the exercise of this political power may target increasing the tax burden on younger generations rather than extending the work like of elderly workers”. Adnett, N., Hardy, S., “The peculiar case...*op cit.* pp. 39 i 40

Mercado de Trabajo

LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: UNA PANORÁMICA GENERAL

MARTA MARTÍNEZ MATUTE

Departamento de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Valladolid

EXTRACTO

Palabras clave: Negociación colectiva, España, evolución histórica, visión económica

En este artículo se intenta dar una perspectiva general sobre la evolución en la regulación del sistema español de negociación colectiva. Desde el surgimiento de las primeras leyes que regulaban las condiciones de trabajo ya comenzado el siglo XX, hemos podido diferenciar varias etapas institucionales con el objeto de clarificar dicha evolución: la etapa seminal, que incluiría la primera parte del siglo así como la Dictadura del General Franco; la etapa de transición democrática, desde 1976 hasta 1979; los años ochenta, durante la cual tuvieron lugar los Acuerdos-Marco; la década de los noventa; y, por último, la etapa más reciente surgida tras la última crisis económica, que abarcaría las últimas reformas laborales de 2010, 2011 y 2012.

ABSTRACT

Key words: Collective bargaining, Spain, historical evolution, economic vision

This article tries to give an overview of developments in the regulation of Spanish collective bargaining system. Since the emergence of the first laws regulating working conditions and beginning of the twentieth century, we have been able to differentiate several institutional stages in order to clarify this evolution: the seminal stage, which include the first part of the century and the dictatorship of General Franco, the stage of democratic transition from 1976 to 1979; eighties, during which the Framework Agreements took place, the nineties, and, finally, the latest stage emerged after the last economic crisis, which cover recent labor reforms of 2010, 2011 and 2012.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ETAPA SEMINAL Y EL FRANQUISMO
3. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA
4. LOS AÑOS OCHENTA Y LOS ACUERDOS MARCO DE CONCERTACIÓN SOCIAL
5. LA DÉCADA DE LOS NOVENTA
6. LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS REFORMAS LABORALES RECIENTES
7. CONCLUSIONES
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva es una de las instituciones laborales más importantes que afectan al funcionamiento del mercado de trabajo español. El sistema español de negociación colectiva tiene múltiples peculiaridades que surgen de su regulación y que tienen consecuencias notables con respecto a lo que ocurre en otros países. La legislación se ampara en el principio de eficacia general de los convenios colectivos así como los mecanismos de extensión de los propios convenios. Esto ha dotado al sistema español de negociación colectiva de altas tasas de cobertura, lo que ha generado una notable falta de flexibilidad en la adaptación de las empresas a las circunstancias económicas. Con la llegada de la última crisis económica, en España se han alcanzado tasas de desempleo mucho más altas, que han puesto de relieve estas características propias de su sistema de negociación colectiva. Comprender la evolución que ha tenido la regulación sobre negociación colectiva en España, así como las principales deficiencias de la misma, es indispensable para poder efectuar un análisis riguroso de la situación del mercado de trabajo en España en términos económicos.

En este artículo se intenta dar una perspectiva general sobre la evolución en la regulación del sistema español de negociación colectiva. Es evidente que los cambios legislativos han afectado al funcionamiento del mercado de trabajo español. Con las normas introducidas se ha ido configurando un marco institucional muy característico dentro del conjunto de países occidentales. Vamos a intentar repasar las principales novedades y los efectos de las mismas en el mercado de trabajo, dado que todo esto ha sentado las bases del sistema actual de negociación colectiva.

Así pues, este artículo se estructura del siguiente modo. En el segundo apartado se mencionaran las primeras leyes que regulan la negociación colectiva así como las que surgen durante la Dictadura franquista. En el tercer apartado se mencionarán los cambios acaecidos con la llegada de la Transición democrática. En el apartado cuarto se hará referencia a la etapa de Acuerdos-

Marco de los ochenta. En el quinto apartado se profundizará en los cambios de los años noventa. Finalmente, en el sexto apartado, se mencionarán los principales cambios de las últimas reformas laborales, y por último, se presentarán las principales conclusiones.

2. LA ETAPA SEMINAL Y EL FRANQUISMO

Los primeros antecedentes españoles a los que nos podemos remontar en lo relativo a la regulación de las negociaciones sobre las relaciones laborales son los pactos colectivos con los que se regulaban las condiciones de trabajo de las primeras décadas del siglo XX¹. A través de diferentes leyes, se propiciaba la negociación entre las partes interesadas sobre materias tales como el descanso dominical, la jornada de ocho horas o el trabajo nocturno en la industria panadera.

Pero ni en la Dictadura de Primo de Rivera ni durante la Segunda República existía un verdadero sistema de negociación colectiva instaurado. Simplemente el Estado fijaba de manera directa las condiciones de trabajo con un escaso margen de maniobra para la negociación entre trabajadores y empresarios. Cualquier huelga, por ejemplo, constituía un delito.

Durante la etapa franquista, según Malo de Molina (1983), las relaciones laborales en España se caracterizaban por los siguientes factores principales: ausencia de sindicatos libres, carácter desvirtuado de la contratación colectiva, restricciones legales al despido y gran importancia de los componentes variables de la retribución salarial.

Durante la primera época de esta etapa autoritaria, existía un monopolio estatal de reglamentación laboral. Surgieron numerosas normas que otorgaban al gobierno el derecho exclusivo para fijar las principales condiciones laborales (salarios, duración del tiempo de trabajo, condiciones de seguridad e higiene), y la legislación impedía cualquier espacio de negociación privada, tal y como afirma Sánchez Molinero (1992). Pese a todo, siguiendo al mismo autor, se trataba de un sistema protector y paternalista con los trabajadores, que, si bien no tenían derecho a sindicación ni a huelga, estaban obligados a afiliarse a los conocidos como «sindicatos verticales».

No fue hasta la segunda parte de la dictadura franquista cuando se firmó la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1958. Éste fue el punto de partida del sistema actual de negociación colectiva. Dicha Ley impone un modelo de negociación colectiva propio del contexto en el que nace². De hecho, exis-

¹ Para una extensa revisión de la evolución de la política sociolaboral anterior a este periodo podemos acudir a Fernández Riquelme (2011).

² Montoya Melgar, A. (2006): *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, pág. 158.

ten dos peculiaridades que se oponen al concepto de negociación colectiva: el monopolio intervencionista del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo, y la existencia de un sindicato vertical y unitario, de afiliación obligatoria para empresarios y trabajadores, y organizado por ramas de actividad. La intervención estatal se manifestaba, según Pérez Domínguez (1994), limitando el rango de salarios negociables mediante leyes de salario mínimo y decretos de contención salarial, actuando directamente en las negociaciones a través del sindicato vertical y recurriendo frecuentemente a la prerrogativa que otorgaba al Estado la última palabra en los convenios considerados perjudiciales para la economía o en los que no se lograra el acuerdo entre las partes.

Sin embargo, la Ley de 1958 permitía también un alto grado de flexibilidad y descentralización, impidiendo que un convenio estuviera condicionado por otro de distinto ámbito. También era frecuente encontrar algunas vías de escape (Pérez Domínguez, 1994): el recurso a las horas extraordinarias como medida para ajustar la aparente rigidez de la contratación, y, por otro lado, la generalización en el uso de componentes variables en la retribución, que dotaba a la estructura salarial de mayor flexibilidad.

Con todo, no se puede negar la existencia en esos años de un verdadero sistema de negociación colectiva, a nivel intrasindical, que reconocía cierta capacidad negociadora a las agrupaciones de trabajadores y empresarios, constituidas en secciones en el seno del sindicato vertical. Según Sánchez Molinero (1992), la práctica de la negociación colectiva se generalizó mucho durante los años sesenta, estandarizándose en gran parte de los sectores económicos la aplicación de convenios provinciales y, en menor medida, nacionales, que sentaban las bases legales de la mayor parte de contratos de trabajo en España.

Por tanto, durante la primera mitad del siglo XX, el sistema español de relaciones laborales se encontraba altamente controlado por el Estado, lo que no impidió a su vez mantener cierto grado de flexibilidad a través de diversas vías de escape, como por ejemplo la remuneración variable y el recurso a las horas extraordinarias.

3. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Tras la muerte del General Franco en 1975 se abre un periodo reformista que transforma la realidad del sistema de relaciones laborales vigente hasta el momento. El cambio de régimen político principalmente trajo consigo la introducción de las normas reguladoras más importantes que siguen vigentes hoy en día: la Constitución de 1978 y el Estatuto de los Trabajadores. Con ello, la negociación colectiva se eleva a un rango constitucional, y surge una amplia regulación de los aspectos de la misma. No obstante, conviene destacar sobre

todo una cuestión: el principio de eficacia general automática de la regulación de la negociación colectiva, dado que es el que tiene una consecuencia más significativa en la configuración de las relaciones laborales en España. La eficacia general automática de los convenios o eficacia *erga omnes*, regulada en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, es quizá el principio legislativo más peculiar de las relaciones laborales en España. Implica que un convenio colectivo pueda ser aplicable y obligue a todos los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del mismo y durante el periodo en que estén vigentes con independencia de que deseen o no estar cubiertos por él. Este principio, unido a la existencia de mecanismos de extensión de convenios a ámbitos donde no existan posibilidades de pactar los mismos, contribuye notablemente a incrementar las tasas de cobertura de la negociación colectiva por niveles superiores a los de otros países, donde la legislación promueve solamente la eficacia limitada de los convenios colectivos.

En el mercado de trabajo, el sindicalismo vertical desaparece, así como la intervención directa del Estado en la negociación colectiva, dando lugar a la libertad sindical, y permitiéndose el derecho de huelga y el cierre patronal³. A su vez, la Transición coincide con la crisis económica de los años setenta, lo que agrava los problemas internos del mercado de trabajo español de manera sustancial.

Durante esta época, la situación económica por la que atraviesa España es crítica. La tasa de crecimiento del Producto Interior Bruto, que partía de niveles altos en los últimos años del franquismo, se redujo progresivamente hasta 1980, año en que repunta ligeramente para volver a reducirse en los siguientes años. Al mismo tiempo, en el mercado de trabajo, el número de ocupados desciende y la tasa de paro, que se encontraba en el 2,2% en 1973, se incrementa hasta llegar a un máximo del 21,9% en 1985. Este comportamiento revela las grandes dificultades por las que atravesaba la coyuntura económica durante esta etapa, que incluso llegaron a poner en peligro el proceso democrático por el que estaba atravesando el país (Iranzo, 2001, p. 91).

En lo que respecta a la situación institucional del mercado de trabajo, las principales características de este nuevo entorno social, según Malo de Molina (1983) y Lorences (1986), son las siguientes: surgimiento de los sindicatos libres, afianzamiento de la negociación colectiva con autonomía real para las partes y carácter centralizado, flexibilización de la contratación, que pese a todo impide acabar con las restricciones al despido heredadas de la época anterior, y pérdida de importancia de los complementos variables de la retribu-

³ Bajo el Gobierno de Suárez, primero la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, y luego el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, trajeron consigo estos cambios, que más tarde fueron recogidos en la Constitución de 1978 y, ya posteriormente, en el Estatuto de los Trabajadores de 1981.

ción, derivada precisamente de la acción de los sindicatos libres que tendían a contrarrestar la flexibilidad salarial típica de la etapa autoritaria. No obstante, también se ha mencionado que el cambio institucional de la Transición supuso la aparición de nuevos factores de rigidez en el mercado de trabajo, que se sumaron a los que ya existían durante la época franquista. En concreto, Malo de Molina (1984) se refiere al sesgo inflacionista de la economía española.

En cuanto a la negociación colectiva, siguiendo a Pérez Domínguez (1994), el Estado pierde importancia en todos los sectores a excepción del funcionariado, limitándose sobre todo a la regulación de los salarios mínimos y de la contratación. En concreto, se observan dos fenómenos específicos:

- Por un lado, las negociaciones se realizan *en cascada*. Esto quiere decir que los convenios colectivos se van firmando tomando como referencia mínima los convenios de ámbito inmediatamente superior. Tanto la Ley 16/1976 como el Decreto 17/1977 sentaban las bases de los principios jurídicos de «aplicación del convenio más favorable para el trabajador»⁴ y «eficacia general del convenio», con independencia de la afiliación o no a un sindicato.
- Por otro lado, los requisitos legales para determinar quiénes están capacitados para representar a las partes en las negociaciones favorecen la existencia de una gran concentración: la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) en representación de las empresas, y la Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO) principalmente, de parte de los trabajadores. Este hecho ha caracterizado las relaciones laborales en España de forma decisiva hasta la actualidad.

Con la firma de los Pactos de la Moncloa en 1977, además de iniciarse una política monetaria restrictiva, se introdujo un cambio decisivo en la fijación de los salarios: las subidas de éstos tendrían como referencia la expectativa de inflación y no, como venía siendo hasta entonces, la inflación pasada. Además, se establecieron *cláusulas de salvaguarda* que permitían revisar las subidas salariales previstas cuando se desviasen de las registradas.

Algunos autores (Martínez Alier y Roca Jusmet, 1988; Fernández Riquelme, 2011) identifican esta etapa con el primer momento claro de *neocorporativismo*, dado que las relaciones laborales se entablaron dentro de un marco, caracterizado por la presencia de unas pocas, pero grandes, centrales sindicales (principalmente la CEOE, UGT y CCOO), las cuales mantenían a su vez una intensa participación en la política económica del país. Tanto la inestabilidad política como la crisis económica por la que atravesaba España durante estos años propiciaron esta situación.

⁴ Artículo 4 de la Ley 16/1976.

Al asentarse el marco democrático a través de la aprobación de la Constitución de 1978, junto con la celebración de las primeras elecciones democráticas, muchas de las orientaciones de los Pactos de la Moncloa dejaron de cumplirse (Pérez Domínguez, 1994). El Gobierno fijó el criterio salarial para 1979⁵ en torno a un 13%, a través de una banda de negociación de entre el 11% y el 14%. En abril de ese año se hizo público el Programa Económico del Gobierno, que más tarde fue paralizado por la oposición sindical y por la difícil situación interna de la Unión de Centro Democrático (UCD), partido que lideraba Adolfo Suárez.

Dentro de este contexto, la reforma del sistema de negociación colectiva se planteó de acuerdo con tres prioridades fundamentales, según Bentolila y Jimeno (2002): el establecimiento de elecciones sindicales en los centros de trabajo; la definición legal del concepto de *sindicato representativo*⁶, es decir, el sindicato que se considera legitimado para negociar en nombre de los trabajadores en cada ámbito, ya sea geográfico o sectorial, y la regulación de los *conflictos de concurrencia* entre los distintos ámbitos de negociación.

4. LOS AÑOS OCHENTA Y LOS ACUERDOS MARCO DE CONCERTACIÓN SOCIAL

En 1980 se firma el Estatuto de los Trabajadores. Pero también ese año se firma el primero de los acuerdos de concertación social, el llamado Acuerdo Marco Interconfederal (A.M.I.). A éste le seguirían más tarde el Acuerdo Nacional de Empleo (1981), el Acuerdo Interconfederal (1983) y el Acuerdo Económico y Social (1985 y 1986).

En los Cuadros 1 y 2 se puede observar la evolución de la inflación y de algunos indicadores que describen las relaciones laborales durante la década de los ochenta. La inflación desciende desde niveles en torno al 14,5% hasta situarse en un 4,8% en 1988. Este comportamiento revela un cambio de tendencia con respecto al comportamiento de los precios en los años de la Transición. La tendencia generalizada de los incrementos salariales en los convenios colectivos es parecida, aunque aquí habría que puntualizar que entre 1981 y 1986 los salarios crecieron menos que los precios y durante el resto de la década fueron por delante. Cabe destacar también que los incrementos salariales en los convenios colectivos de empresa son ligeramente inferiores (en torno a un punto porcentual) con respecto a los aumentos en los convenios de ámbito su-

⁵ A través del Real Decreto-Ley 49/1978, de 26 de diciembre.

⁶ Se entendía que un sindicato era suficientemente representativo, si obtenía un 10% de la representación en ámbitos públicos o privados a nivel nacional o sectorial, o el 15% en el ámbito autonómico.

perior, tanto si observamos la situación pactada como la revisada. Esto revela un comportamiento diferenciado de ambos tipos de convenios.

Por otro lado, el número de horas pactadas en los convenios colectivos, desde su máximo en 1983, se reduce ligeramente a lo largo de toda la década. Sin embargo, el número de convenios colectivos firmados se incrementa notablemente, proliferando especialmente los de ámbito empresarial. A la vista de estos datos, predominan los convenios de empresa. Pero este dato es en cierto modo ilusorio, ya que el número de trabajadores cubiertos por convenios de empresa era muy reducido, como veremos más adelante.

CUADRO 1

IPC y subidas salariales firmadas en los convenios colectivos, por ámbito del convenio, durante la década de los ochenta

Año	IPC (% variación media anual)	Aumento salarial medio pactado (%)			Aumento salarial medio revisado (%)		
		TOTAL	Ámbito empresa	Ámbito superior a empresa	TOTAL	Ámbito empresa	Ámbito supe- rior a empresa
1981	14,5	13,06	11,82	13,38	13,06	11,82	13,38
1982	14,4	12,02	11,15	12,19	12,02	11,15	12,19
1983	12,2	11,44	11,66	11,39	11,44	11,66	11,39
1984	11,3	7,67	6,97	7,82	7,81	7,02	7,97
1985	8,8	7,41	7,31	7,43	7,89	7,77	7,91
1986	8,8	8,1	8,1	8,1	8,23	8,23	8,23
1987	5,2	6,51	6,33	6,54	6,51	6,33	6,55
1988	4,8	5,36	4,8	5,47	6,38	5,69	6,5
1989	6,8	6,68	6,38	6,73	7,77	7,34	7,84
1990	6,7	8,1	7,51	8,21	8,33	8,05	8,37

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Boletín de Estadísticas Laborales

Los acuerdos de concertación social firmados durante estos años fueron réplicas de las directrices seguidas en los Pactos de la Moncloa, en cuanto a las bandas de crecimiento salarial fijadas y a las cláusulas de revisión. En esta línea habría que situar el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980 y el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981. El primero de ellos, en su anexo relativo al empleo, alude a la situación del empleo en los términos siguientes⁷: “siendo la política de empleo, desde un punto de vista social y económico, el objetivo prioritario, ambas partes consideran que las medidas adoptadas hasta el momento han resultado insuficientes, agravándose año tras año la tasa de desempleo”. El Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 responde a las mismas motivaciones, aunque habría que decir que este acuerdo fue también una respuesta al intento

⁷ Citado en Montoya Melgar (1983).

de golpe de Estado de ese año. Dicho acuerdo hacía referencia al empleo y no a los salarios, dado que consideraba que la disminución de los salarios reales permitiría salvar la caída del empleo (Martínez Alíer y Roca Jusmet, 1988). El Acuerdo Interconfederal de 1983, así como el Acuerdo Económico y Social de 1985 y el acuerdo del mismo nombre de 1986 se firmaron con el Partido Socialista en el gobierno y puede decirse que también respondían a las mismas motivaciones, aunque en ningún caso lograron alterar de manera significativa los comportamientos de los “agentes sociales” del mercado de trabajo español.

CUADRO 2

Jornada media pactada y número de convenios colectivos registrados, por ámbito de convenio, durante la década de los ochenta

Año	Jornada media pactada (horas al año)			Convenios colectivos registrados		
	TOTAL	Ámbito empresa	Ámbito superior a empresa	TOTAL	Ámbito empresa	Ámbito superior a empresa
1982	1.769,4	1.685,6	1.785	-	-	-
1983	1.845,2	1.824,3	1.849,6	3.655	2.376	1.279
1984	1.798	1.797,7	1.798,1	3.796	2.539	1.257
1985	1.793	1.781,6	1.795,4	3.803	2.571	1.232
1986	1.786,8	1.772,9	1.789,7	3.790	2.588	1.202
1987	1.782,1	1.761,8	1.786	4.112	2.817	1.295
1988	1.778,8	1.755,7	1.783,1	4.096	2.826	1.270
1989	1.772,2	1.743,5	1.777,3	4.302	3.016	1.286
1990	1.769,7	1.739,1	1.775,1	4.595	3.254	1.341

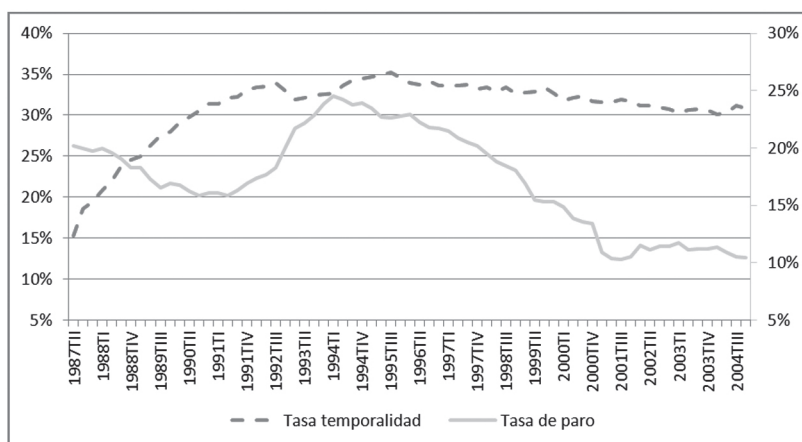
Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Boletín de Estadísticas Laborales

Habría que matizar aquí una cuestión a la que hace referencia Pérez Domínguez (1994). Aunque la centralización de la negociación generó estabilidad social, no estaba exenta de algunas desventajas. Citamos, entre otras, las siguientes: la centralización de las negociaciones propició la falta de respuesta de la estructura salarial a las condiciones del mercado; además, los sindicatos siguieron insistiendo en la supresión de las horas extraordinarias y en la elevación lineal de los salarios. Todo esto, unido a la falta de flexibilidad de la contratación y a la paulatina reducción de la jornada de trabajo que mencionábamos anteriormente, ayudó a configurar un mercado de trabajo excesivamente rígido y propicio a ajustarse a través del empleo. El recurso a la contratación temporal pareció, entonces, una vía de escape a las restricciones impuestas por la rigidez que la negociación colectiva imponía⁸. En el Gráfico

⁸ La reforma de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, favoreció la generalización de este tipo de contratos, con menores costes de despido. Para un detalle de este fenómeno y de sus efectos económicos, conviene consultar el trabajo de Toharia (2005).

1 se observa que la evolución de la tasa de temporalidad desde finales de la década mantiene una tendencia creciente, conforme la tasa de paro evoluciona de forma simétrica (a medida que la temporalidad se incrementa, el paro se reduce, y viceversa). Esto indica que gran parte del empleo que se creó durante aquellos años fue debido a este tipo de contratos, lo que configuró un mercado de trabajo que más tarde se caracterizaría por una alta dualidad laboral y que tendría consecuencias importantes en la rápida destrucción de empleo en las posteriores crisis económicas.

GRÁFICO 1
Evolución de la tasa de temporalidad y de la tasa de paro (1987-2004)



Fuente: Encuesta de Población Activa

Nota: la tasa de temporalidad (medida en el eje de la izquierda) se ha calculado como el porcentaje de asalariados con contrato temporal sobre el total de asalariados. La tasa de paro se mide en el eje derecho.

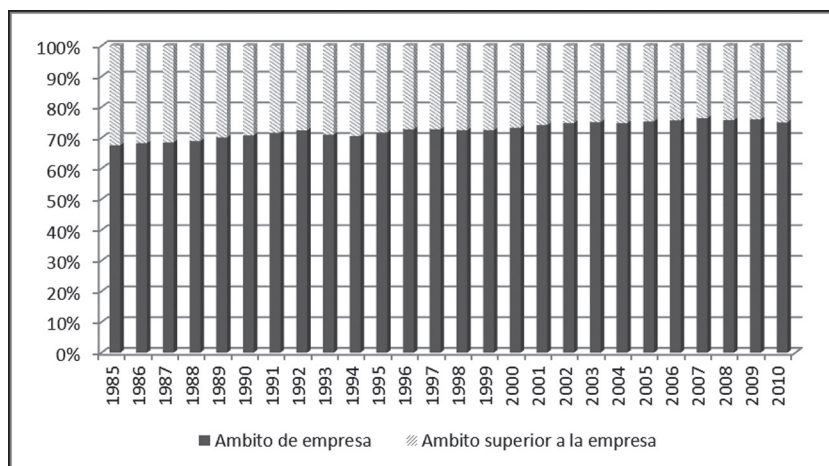
5. LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

Tras los intensos años de la Transición democrática, durante el Gobierno de Felipe González —y especialmente a partir de 1986— se abre una etapa de estabilidad democrática que genera una recuperación económica. Precisamente por ello, el modelo de concertación social que venía desarrollándose anteriormente se agota. Ninguno de los agentes sociales tenía predisposición a seguir pactando, poniendo así fin a la etapa del neocorporativismo. Los sindicatos centraban sus reclamaciones en incrementar la participación de los salarios en

la renta nacional, mientras que el objetivo de las organizaciones empresariales se orientaba a lograr una mayor descentralización de la negociación colectiva, de forma que los salarios constituyesen una variable interna vinculada a los resultados de cada empresa (Pérez Domínguez, 1994).

En la práctica, sin embargo, los resultados fueron muy contradictorios. Durante estos años comienzan a incrementarse el número de convenios colectivos de ámbito empresarial que se suscriben, tal y como se observa en el Gráfico 2. Especialmente a partir de 1994 el número de convenios de empresa firmados se incrementan con mayor intensidad. En el año 1990 existían 3.254, pasando a 3.849 en 2000, cifra que continúa incrementándose en la siguiente década, superando los 4.000 convenios suscritos. En cambio, el número de trabajadores sujetos a convenios específicamente de empresa no hace sino mantenerse constante en niveles muy bajos. Llega incluso a descender a partir de 1992. Esto contrasta con el número de trabajadores afectados por convenios de ámbito superior, que sí que se incrementa notablemente, tal y como podemos comprobar en el Gráfico 3. Por tanto, en términos generales, aunque se firman más convenios de empresa, los trabajadores acaban siendo afectados con mayor intensidad por los convenios colectivos de ámbito superior. Se puede decir que este fenómeno era contrario a lo que proponían las organizaciones empresariales.

GRÁFICO 2
Porcentaje de convenios firmados por ámbito del convenio



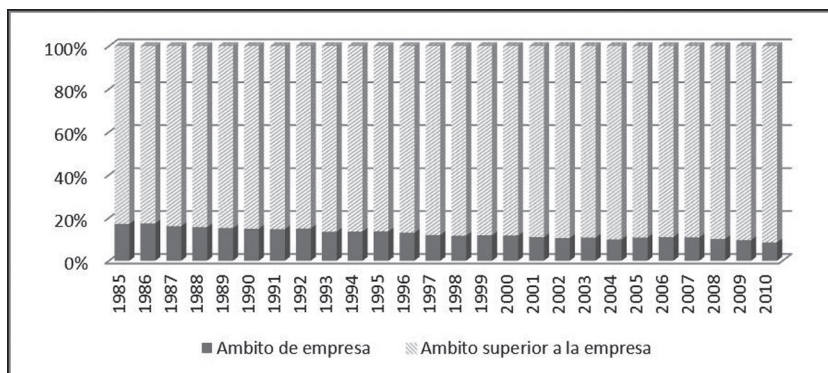
Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales

En general, en la teoría económica se ha hablado mucho sobre los efectos del grado de centralización de la negociación colectiva. La mayor parte de trabajos han insistido en que cuando las condiciones fijadas en la negociación

colectiva se adaptan mejor a las condiciones específicas de cada empresa, se favorece una respuesta más rápida de los salarios y menos oscilaciones del empleo ante las perturbaciones cíclicas. Por otro lado, si la tendencia es hacia la máxima centralización, se incorporaría la ventaja de poder atender al conjunto de la economía, teniendo una visión más amplia y coordinada, sobre todo cuando se producen “choques simétricos”, es decir, “choques” que afectan más o menos por igual a todos los sectores de la economía.

Si, por el contrario, el ámbito de regulación es de carácter intermedio, esto generaría peores consecuencias en términos de desempleo, ya que no se contaría ni con las ventajas de la máxima centralización ni con las de la máxima descentralización. Algunos trabajos que ya profundizaron en esta cuestión (Pérez Domínguez, 1994) comprueban que una mayor descentralización de los convenios va ligada a una mayor dispersión salarial, teniendo en cuenta los principales factores cíclicos, institucionales y estructurales⁹. Por otro lado, el trabajo de Lorences *et al.* (1995) profundiza en la desigualdad interterritorial como consecuencia de la estructura eminentemente provincial de la negociación colectiva española, dificultando la movilidad geográfica de la mano de obra y la equiparación retributiva. También se proponen políticas encaminadas a favorecer la desvinculación de las empresas de los convenios de ámbito superior, con el fin de estimular el crecimiento del empleo.

GRÁFICO 3
Porcentaje de trabajadores afectados por ámbito del convenio



Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales

⁹ Pérez Domínguez (1994) detalla estos factores en su trabajo. Principalmente, como factores institucionales destaca el cambio político de 1975, la generalización en el uso de contratos temporales y el impacto del crecimiento relativo del Salario Mínimo. Las variables estructurales recogerían los efectos de la dispersión salarial y los cambios en la distribución intersectorial del empleo. Y para controlar el ciclo económico analiza el efecto de la inflación en la negociación colectiva y el distinto impacto sobre la demanda de trabajo de diversos sectores económicos.

En 1991 se produce la creación del Consejo Económico y Social. Aunque ya había existido cierto interés por un organismo que asesorase sobre diversos aspectos sociales que afectan a la economía¹⁰, este órgano surge tras la reestructuración que se lleva a cabo en el Consejo de Economía nacional. Se pretendía orientarlo hacia el tratamiento de asuntos relacionados con la política económica y la política legislativa laboral.

Como consecuencia de la crisis económica en que estaba sumida España, se puso de manifiesto que las tímidas reformas laborales de los anteriores años habían resultado insuficientes para evitar la intensa destrucción de empleo que se estaba produciendo. La tasa de paro se situaba en niveles muy altos, en torno al 24,55% en el primer trimestre de 1994, algo que se agudizaba especialmente en el caso de los jóvenes (46,27%) y de las mujeres (con una tasa del 31,40% en comparación con el 20,51% de los hombres, ese mismo trimestre).

Con el objetivo de flexibilizar el mercado de trabajo, en 1994 el Gobierno pone en marcha una reforma laboral. Esta reforma se centra en tres cuestiones principales: la creación del contrato de aprendizaje y del contrato de prácticas, la flexibilización del despido, y el impulso a la contratación de parados de larga duración con una edad superior a 45 años. El contrato de aprendizaje se creaba para jóvenes de entre 16 y 25 años, no titulados y con una duración laboral de entre seis meses y tres años. El contrato en prácticas tenía el mismo objetivo, pero estaba diseñado para jóvenes ya titulados, con un límite de duración de dos años. Para estimular el empleo de los mayores de 45 años, se trató de rebajar el coste del despido a través de la reducción o supresión de una serie de trabas administrativas relacionadas con los procedimientos de reclamación judicial.

En relación con la negociación colectiva, la reforma de 1994 supuso la derogación de las anteriores ordenanzas laborales e impulsó la descentralización, obligando a la inclusión de cláusulas de inaplicación¹¹ en los convenios de ámbito superior, fomentando la renegociación de convenios, así como otorgando prioridad aplicativa a los convenios de ámbito inferior (salvo los convenios de empresa y los referentes a una lista de materias no negociables). Esto generó la posibilidad de que existiera concurrencia entre convenios autonómicos y estatales, según aseguran Bentolila y Jimeno (2002). Pero la reforma no dio resultados tan destacables como se esperaba: las cláusulas de inaplicación resultaron poco operativas y siguió vigente el problema de la ultraactividad de los convenios colectivos¹².

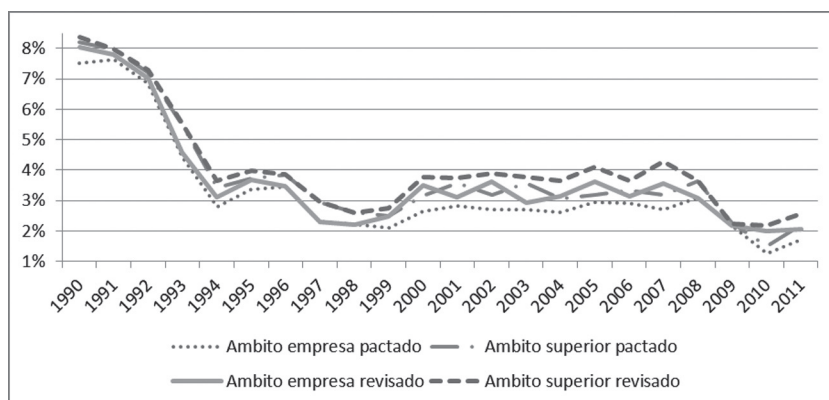
¹⁰ Fernández Riquelme (2011, p.172) detalla algunos intentos de creación de órganos similares.

¹¹ Las cláusulas de inaplicación o descuelgue permitían no aplicar el régimen salarial previsto en el convenio colectivo en una serie de circunstancias.

¹² La ultraactividad hace referencia al mecanismo legal según el cual un convenio colectivo sigue teniendo efectos una vez que ya ha sido vencido y denunciado.

De todos modos, la reforma contribuyó a lograr una cierta moderación salarial. Esto último lo podemos comprobar estudiando los aumentos salariales fijados en los convenios colectivos, tanto pactados como revisados. Tal y como se observa en el Gráfico 4, los salarios pasaron de incrementarse a un ritmo en torno al 8% en 1990 a otro inferior al 4% en 1995, ritmo que en años posteriores siguió descendiendo, incluso por debajo del 3% en los convenios de empresa.

GRÁFICO 4
Incrementos salariales fijados en los convenios por ámbito del convenio



Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales

En 1997 las principales asociaciones empresariales y sindicales firmaron el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (AINC), con una vigencia de 4 años. El Acuerdo estaba orientado a mejorar la articulación del sistema de relaciones laborales y a superar la excesiva atomización existente. En él se proponía la creación de un sistema centralizado de convenios nacionales, para los diversos sectores de la economía, con amplias competencias reguladoras en materia de salarios, así como en cuestiones relacionadas con la movilidad del trabajo, régimen de las horas extra, etc. Puede decirse que este intento de centralizar la negociación colectiva se quedó en una mera declaración programática y nunca llegó a ponerse en práctica.

Aunque el Acuerdo Interconfederal de 1997 aspiraba a la centralización, no se puede ignorar la existencia de toda una serie de factores que aconsejaban la reforma de la negociación colectiva en la dirección opuesta. Estos factores eran los siguientes:

- El progreso tecnológico producía un sesgo a favor de los trabajadores cualificados. Esto provocaba un aumento de la desigualdad salarial entre los más cualificados y los menos cualificados.

- El proceso de apertura económica que venía teniendo lugar desde 1993, año en que entra en vigor el Tratado de Maastrich, había generado la supresión de las barreras comerciales con la UE. Esto provocaba un importante incremento en la competitividad especialmente con los países europeos del este y con Asia (que presentaban costes laborales unitarios más bajos).
- El incremento en la heterogeneidad de las empresas fomentaba el desarrollo de nuevas formas de organización del trabajo y de nuevas tecnologías.
- Se estaba produciendo una creciente movilidad internacional del capital a través de flujos de inversión extranjera directa.

A estos elementos se les puede incorporar uno más: el incremento de la mano de obra inmigrante que tiene lugar en España, que había sido tradicionalmente un país de emigración. Esto transforma la composición de la oferta de trabajo, aumentando también su heterogeneidad; con lo cual se pone de manifiesto la necesidad de recurrir a la descentralización de la negociación colectiva.

Todos estos factores ponían de manifiesto la necesidad de fomentar los convenios de empresa, para responder de forma más ágil a los cambios económicos, y para reducir las limitaciones impuestas por unos convenios sectoriales que fijaban salarios de manera general, sin tener en cuenta la heterogeneidad de la mano de obra ni las peculiaridades de cada empresa.

En cualquier caso, al finalizar la década de los noventa, el contexto de las relaciones laborales en España había cambiado muy poco en relación con los años precedentes. La estructura de negociación colectiva no era flexible ni se producía de forma coordinada, continuaban predominando las rigideces en el ajuste entre productividad y salarios, pese a la intensa moderación salarial que había tenido lugar, había dificultades persistentes que impedían la descentralización a pesar de los intentos de la reforma de 1994, y continuaban en vigencia los principios legales de eficacia general automática y ultraactividad de los convenios.

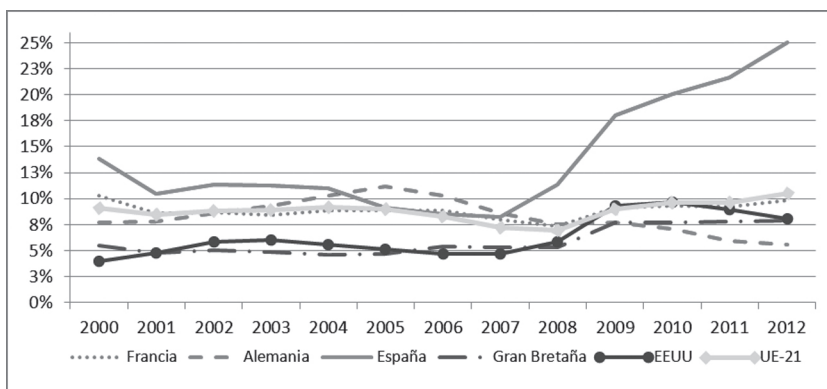
6. LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS REFORMAS LABORALES RECIENTES

Fue en el año 2002 cuando se renovó el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva firmado por las grandes organizaciones laborales en 1997. En este caso, el horizonte temporal del acuerdo era anual, por lo que dicho acuerdo se fue renovando consecutivamente los años siguientes (el de 2003 se prorroga en 2004, el de 2005 en 2006, y el de 2007 en 2008). Podría decirse que ninguno de estos acuerdos tuvo demasiada importancia. En 2002

tuvo lugar también un intento de reforma laboral que finalmente fue abandonado por la creciente oposición de los sindicatos y las centrales empresariales mayoritarias. Por tanto, no cabe duda de que durante la primera parte de la década apenas se produjeron cambios en el panorama de las relaciones laborales.

Con la llegada de la crisis económica, la tasa de paro, que partía de niveles bajos (del orden del 7,95% en el segundo trimestre de 2007), comenzó a incrementarse notablemente a partir del tercer trimestre de 2007, llegando a alcanzar un 27,16% en el primer trimestre de 2013. En el Gráfico 5 podemos comparar la evolución de las tasas de desempleo de los principales países europeos, así como el promedio para la Unión Europea (21 países).

GRÁFICO 5
Tasas de desempleo por países (2000-2012)



Fuente: OCDE

Este incremento exponencial del desempleo reveló importantes deficiencias en la articulación del mercado de trabajo español, en comparación con otros países menos destructores de empleo. Presumiblemente, el epicentro de este fenómeno se encontraba en el sistema de relaciones laborales heredado de épocas anteriores; y, más concretamente, en la práctica ausencia de reformas que introdujeran mecanismos de flexibilidad similares a los existentes en otros países.

El mercado de trabajo se caracteriza en este momento por una fuerte dualización laboral, con altas tasas de temporalidad que afectan especialmente a colectivos de jóvenes y mujeres. Esta característica se había intentado resolver en la reforma de 1997 a través de la introducción del contrato para el fomento de la contratación indefinida, con una rebaja en el coste de despido. Sin embargo, en los años posteriores, la contratación indefinida no experimentó ningún cambio sustancial, tal y como afirman Malo y Toharia (1999). Pérez Infante

(2003), por su parte, reconoce como principales debilidades del mercado de trabajo las siguientes:

- La falta de flexibilidad dentro de la estructura salarial interna de las empresas, dado que predominan los componentes fijos de la retribución.
- La existencia de clasificaciones profesionales rígidas y dificultades a la movilidad funcional y geográfica.
- Los elevados costes que conllevan tanto los despidos como los procesos administrativos de reducción de plantilla.
- Las prestaciones por desempleo, generosas en su cuantía y en su duración, que pueden desincentivar la búsqueda de trabajo.
- Los desajustes cualitativos entre la oferta y la demanda de trabajo, principalmente los derivados de la ineficiencia de los organismos oficiales de colocación.
- La falta de flexibilidad en los mecanismos de fijación de los salarios, que se atribuye a la existencia de un sistema de negociación colectiva con un grado intermedio de centralización.

La preocupación por la imperfecta regulación del mercado de trabajo español, y en concreto, por el deficiente funcionamiento de la negociación colectiva, se acrecienta durante estos últimos años, especialmente en el ámbito académico (Card y de la Rica, 2004; Izquierdo y Lacuesta, 2006; Simón *et al.*, 2006; Bande *et al.*, 2007; Dolado *et al.*, 2010; Cuadrado *et al.*, 2011). Aunque a nivel internacional las consecuencias macroeconómicas de la estructura de la negociación colectiva ya habían sido estudiadas con profusión¹³. Y llega incluso a materializarse en propuestas concretas como la creación de un contrato único para reducir la dualidad (García Pérez, 2010)¹⁴. También instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han aconsejado llevar a cabo una reforma estructural del mercado de trabajo. Bentolila *et al.* (2010) mencionan que el modelo de indexación salarial de acuerdo con la inflación esperada (identificado con el objetivo del Banco Central Europeo), provocó un mayor grado de persistencia salarial y, por ende, una merma de la competitividad. A su vez, la imposibilidad para renegociar los convenios sectoriales y la falta de operatividad de las cláusulas

¹³ La investigación de Layard y Nickell (1999) así como el clásico artículo de Calmfors y Driffil (1988) son dos de los trabajos más reseñables sobre este tema. Ambos trabajos demuestran que un nivel intermedio de centralización de la negociación colectiva es el que peores consecuencias tiene en términos de desempleo.

¹⁴ La conclusión fundamental a la que llega García Pérez (2010) en su trabajo es que la indemnización media por despido sería ligeramente superior con el contrato único a la que habría bajo la regulación actual, sobre todo a partir de un horizonte de diez años. Beneficiaría especialmente a los jóvenes de entre 16 y 35 años, que es el mayor núcleo de temporalidad existente en España. Para las empresas, el coste esperado con este nuevo contrato sería inferior al actual.

de inaplicación impedían a las empresas enfrentarse a las caídas de la demanda de otra forma que no fuera a través de la destrucción de empleo. En relación con esto, Izquierdo y Jimeno (2008) han puesto de manifiesto que un nivel más alto de indexación no siempre implica salarios reales mayores, pero sí genera inflación persistente. También el informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social de 2005 deja constancia de estas imperfecciones y aboga por la introducción de medidas de “flexiseguridad” similares a las que se venían propugnando en otros países europeos.

En 2010, bajo el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, se produce la primera reforma reciente del mercado de trabajo, primero a través del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, posteriormente materializado en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Esta reforma estaba orientada a reducir la dualidad del mercado de trabajo, así como a establecer políticas activas para crear empleo especialmente en los colectivos más preocupantes (jóvenes y parados de larga duración). En relación con la negociación colectiva, en el artículo 6 del capítulo II se introduce un elemento importante que trata de flexibilizar la fijación salarial en las empresas que tuvieran mayores apuros económicos: la inaplicación del régimen salarial previsto en acuerdos de ámbito superior en el caso de que esto pudiera dañar las perspectivas de una empresa en términos de empleo.

Las medidas concretas sobre relaciones laborales fueron más tarde desarrolladas con mayor profusión a través del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. En este caso, también se introdujo un cambio importante a favor de la descentralización y relacionado con la concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en algunas materias concretas¹⁵. Además, se favoreció la inaplicación del régimen salarial, incluyendo esta salvedad en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores para aquellos casos en los que la empresa tuviera una disminución persistente en sus ingresos o sus perspectivas económicas pudieran verse afectadas. Esta medida trataba de introducir un cierto margen de flexibilidad como consecuencia de la pérdida de empleos que había provocado la excesiva rigidez de la regulación previa.

Recientemente, el gobierno de Mariano Rajoy ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, seguido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes

¹⁵ En el artículo 1.2 de la nueva Ley se reforma el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que a partir de ahora la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto de un convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en relación con la retribución, las horas extraordinarias, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el sistema de clasificación profesional, las modalidades de contratación, y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

para la reforma del mercado laboral. Las medidas concretas que contiene este Decreto han supuesto un cambio sustancial en el ordenamiento jurídico laboral, siguiendo la tendencia de las últimas reformas realizadas a raíz de la crisis económica. Los principales cambios producidos han sido los siguientes:

- La posibilidad de “descuelgue”, o de dejar de aplicar una serie de materias concretas del convenio colectivo vigente en los casos en que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁶.
- Se establece la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa¹⁷ en relación con las siguientes materias: cuantía salarial, tiempo de trabajo, horario, vacaciones, adaptación de las modalidades contractuales, medidas de conciliación laboral y otras materias que añadan (nunca reduzcan) los interlocutores correspondientes. Además, el convenio de empresa se equipara, a estos efectos, a los convenios de grupos de empresas o a una pluralidad de empresas vinculadas¹⁸.
- Se elimina la ultraactividad, interponiendo un plazo máximo de vigencia de los convenios “decaídos” (los que llegan a su fecha de vencimiento) de dos años después de su denuncia, aplicándose mientras tanto el de rango superior¹⁹.

Por tanto, la reforma laboral de 2012 ha conducido, en el ámbito de las relaciones laborales, a primar la descentralización y la adaptabilidad de la empresa a las condiciones del mercado. Se ha intentado suprimir la ultraactividad de los convenios, aunque es dudoso que se haya logrado plenamente el objetivo. En general, podemos concluir que las reformas del mercado de trabajo que han tenido lugar en los últimos años han estado orientadas a reducir la excesiva rigidez del marco de relaciones laborales heredado de décadas anteriores. Siguiendo las directrices europeas y las recomendaciones de las principales investigaciones sobre la cuestión, se ha tratado de introducir elementos

¹⁶ Artículo 14.1 de la Ley 3/2012.

¹⁷ Tal y como afirman algunos juristas (Del Rey, 2012), la reforma de 2012 ha independizado al nivel de empresa de los niveles superiores, dotándole de una autonomía absoluta en determinadas materias respecto a lo que pueda disponerse en esos otros niveles o a lo que pacten los interlocutores sociales. Esto no había tenido precedente en la Historia del ordenamiento jurídico laboral en España. Según palabras del mismo autor, anteriormente esa prioridad aplicativa respecto a esas materias era subordinada al art. 83.2 del ET, teniendo entonces un carácter relativo, dado que los niveles superiores contemplados en el precepto podían limitar e incluso eliminar esa prioridad aplicativa a nivel de empresa. Para un estudio en profundidad sobre las normas de concurrencia entre convenios colectivos conviene consultar el exhaustivo trabajo de Cruz Villalón (1998).

¹⁸ Artículo 14.3 de la Ley 3/2012.

¹⁹ Literalmente se dice que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.” (artículo 41.6 de la Ley 3/2012).

que otorgaran una prioridad a la aplicación del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbitos superiores. En un contexto de creciente competitividad y de mayor heterogeneidad de empresas y trabajadores, esto debería permitir que la evolución de los salarios respondiera de mejor forma a la evolución cíclica de la producción. En cualquier caso, aún no se sabe con certeza qué consecuencias tendrán las últimas reformas laborales; y habrá que esperar algún tiempo para poder calibrar los efectos de las mismas.

7. CONCLUSIONES

En este artículo se ha estudiado la evolución del sistema español de negociación colectiva. Se puede decir que las relaciones laborales en España se han caracterizado tradicionalmente por su escasa flexibilidad. Tras la dictadura franquista, la implantación de la Constitución de 1978 y del Estatuto de los Trabajadores supuso un primer paso en la creación de un marco jurídico que permitió el desarrollo del actual sistema de relaciones laborales. La regulación de dichas relaciones se establece básicamente en el Estatuto de los Trabajadores, si bien algunos conceptos (como la eficacia general de los convenios colectivos) ya se mencionan en la Constitución. Este rango constitucional de determinados aspectos de la negociación colectiva confiere a los mismos una especial significatividad.

El surgimiento de los sindicatos y las asociaciones empresariales en la Transición propició numerosos pactos y acuerdos sociales sobre una multitud de aspectos de estas relaciones laborales. Sin embargo, también se originó una excesiva presión salarial que se manifestó a través de incrementos salariales que no se correspondían con la productividad de las empresas. Esto se puso de relieve especialmente con la llegada de la crisis económica a finales de los setenta. Entonces, surgió la necesidad de flexibilizar el sistema de relaciones laborales, dado que además se iban produciendo una serie de cambios en el panorama económico que lo iban propiciando (incremento de la internacionalización y de la heterogeneidad de las empresas, apertura económica, progreso tecnológico). Las reformas laborales posteriores han ido orientadas a este fin. Sin embargo, y con la salvedad de las últimas modificaciones surgidas con las reformas de 2011 y 2012, no parece que se haya conseguido crear un sistema suficientemente flexible que permita a las empresas adaptarse a las variaciones cíclicas. Esto puede explicar, entre otras cosas, la alta tasa de paro que se ha alcanzado con la última crisis económica y que no se han encontrado en otros países.

BIBLIOGRAFÍA

BANDE, R.; FERNÁNDEZ, M. y MONTUENGA, V. M. (2007). “Regional Disparities in the Unemployment Rate: The Role of the Wage-setting Mechanism in Spain, 1987-92”. *Regional Studies*. Vol. 41. Núm. 1, pp. 235-251.

BENTOLILA, S. y JIMENO, J. F. (2002). “La reforma de la negociación colectiva en España”, *Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FE-DEA)*, Documento de Trabajo 2002-03.

BENTOLILA, S.; IZQUIERDO, M. y JIMENO, J. F. (2010). “Negociación colectiva: la gran reforma pendiente”, *Papeles de Economía Española*. Vol. 124, pp. 176-194.

CALMFORS, L. y DRIFFILL, J. (1988). “Bargaining, structure, corporatism and macroeconomic performance”, *Economic Policy*, Vol. 3 (6), pp.13-62.

CARD D. y DE LA RICA S. (2004). “The effect of Firm-Level Contracts on the Structure of Wages: Evidence from Matched Employer-Employee Data”, *Discussion Paper Series Institute for Study of Labor (IZA)*, nº 1421.

COMISIÓN DE EXPERTOS PARA EL DIÁLOGO SOCIAL (2005). “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas”, Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, Madrid: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.

CRUZ VILLALÓN, J. (1998). “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, pp. 77-100.

CUADRADO, P., HERNÁNDEZ DE COS, P. e IZQUIERDO, M. (2011). “El ajuste de los salarios frente a las perturbaciones en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, febrero de 2011, pp. 44-55.

DEL REY, S. (2012). “Los principios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma laboral de 2012, organizadas por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (4 de octubre de 2012).

DOLADO J. J.; FELGUEROSO, F. y JANSEN, M. (2010). “El conflicto entre la demanda de flexibilidad laboral y la resistencia a la reforma del mercado de trabajo en España”, *Papeles de Economía Española*. Núm. 124, pp. 84-96.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S. (2011). “Corporativismo y relaciones laborales en España: una historia de la organización del trabajo como sistema de Política Social”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*. Vol. 29. Núm. 1, pp. 157-175.

GARCÍA PÉREZ, J. I. (2010). “¿Qué efectos tendría un contrato único sobre la protección al empleo?”, en J. J. Dolado y F. Felgueroso (coord.) (2010), *Propuestas para la reactivación laboral en España*, Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), Madrid.

IRANZO, J. E. (2001). “La política económica de la transición”, en J. L. Sáez Lozano (coord.), *Economía y política en la transición y la democracia*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), Madrid.

IZQUIERDO, M. y JIMENO, J. F. (2008). “Las consecuencias de la indicación salarial sobre la inflación”, *Boletín Económico del Banco de España*, noviembre de 2008, pp. 63-70.

IZQUIERDO, M. y LACUESTA, A. (2006). “Evolución de la dispersión salarial en España”, *Boletín Económico del Banco de España*, junio de 2006, pp. 83-94.

LAYARD, R. y NICKELL, S. (1999). “Labour market institutions and economic performance”, en Ashenfeter, O.C. y Card, D (Editores), *Handbook of Labour Economic*, Vol. 3, North Holland, Amsterdam.

LORENCES, J. (1986). *El comportamiento de las diferencias salariales en la industria española (1965-1981)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Tesis Doctoral.

LORENCES, J.; FERNÁNDEZ, V. y RODRÍGUEZ, C. (1995). “Diferencias interterritoriales de salarios y negociación colectiva en España”, *Investigaciones Económicas*. Vol. 19. Núm. 2, pp. 309-324.

MALO DE MOLINA, J.L. (1983). “¿Rigidez o Flexibilidad en el Mercado de Trabajo? La experiencia española durante la crisis”, *Servicio de Estudios del Banco de España*, Estudios Económicos, Núm. 34, Madrid.

MALO DE MOLINA, J.L. (1984). “Rigidez del mercado de trabajo y comportamiento de los salarios en España”, *El trimestre económico*. Vol. 51. Núm. 2, pp. 341-363.

MALO, M. A. y TOHARIA, L. (1999). *Costes de despido y creación de empleo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MARTÍNEZ ALIER, J. y ROCA JUSMET, J. (1988). “Economía política del corporativismo en el Estado español: del franquismo al posfranquismo”, *Revista Española de Investigaciones Sociales*. Núm. 41, pp. 25-62.

MONTOYA MELGAR, A. (1983). “El pacto social sobre empleo y sus instrumentos jurídicos”, *Anales de Derecho*. Núm. 4, pp. 7-18.

MONTOYA MELGAR, A. (2006). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, C. (1994). “El sistema de relaciones laborales en España: una revisión de la historia reciente”, *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*. Núm. 9, pp. 273-292.

PÉREZ INFANTE, J. I. (2003). “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 46, pp. 41-97.

SÁNCHEZ MOLINERO, J. M. (1992). “Relaciones laborales y mercados de trabajo: la experiencia española”, *Cuadernos de Economía*. Núm. 20, pp. 385-414.

SIMÓN, H.; RAMOS, R. y SANROMÁ, E. (2006). “Collective bargaining and regional wage differences in Spain: an empirical analysis”, *Applied Economics*. Vol. 38. Núm. 15, pp. 1749-1760.

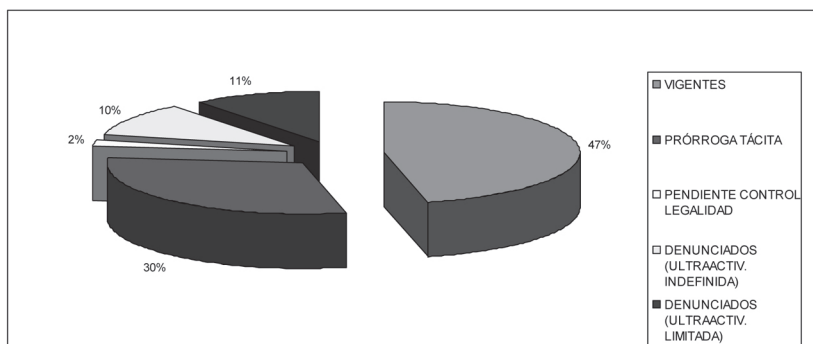
TOHARIA, L. (ed.) (2005). *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Economía y Sociología del Trabajo. Madrid.

Informes y Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2013*

El proceso negocial se enfrentaba en el año 2013 a la mayor pendencia negocial de la última década, pues al finalizar 2012, el número de convenios colectivos con vigencia expresa en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza tan sólo registraba 512 convenios vigentes, el más bajo de los últimos quince años. A 1 de enero de 2013 únicamente se contabilizaban 268 convenios colectivos vigentes, 40 de sector y 228 de empresa. Por tanto, a comienzo de año sólo el 20% de las aproximadamente 1270 unidades de negociación andaluzas existentes a principio de año se encontraban en vigencia expresa, y daban cobertura a 48.176 empresas y 245.273 trabajadores. Al finalizar el año eran 623 los convenios vigentes, 131 de sector y 492 de empresa, que daban cobertura a 167.040 empresas y 998.092 trabajadores. Junto a este 47% de convenios colectivos con vigencia expresa, se encontraban un 30% de convenios (25 de sector y 379 de empresa) en situación legal de prórroga tácita, al haber finalizado su vigencia en años anteriores y no haber sido denunciado por ninguna de las partes. Asimismo se encontraban denunciados 282 convenios, de los cuales 140 convenios tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, es decir, establecían el mantenimiento de los mismos hasta la firma del siguiente convenio. Y, 142 se encontraban denunciados y no tenían cláusulas de ultraactividad por tiempo indefinido, o bien tenían pactos de ampliación de ultraactividad por tiempo limitado.

Estado del total de unidades de negociación en Andalucía 2013.



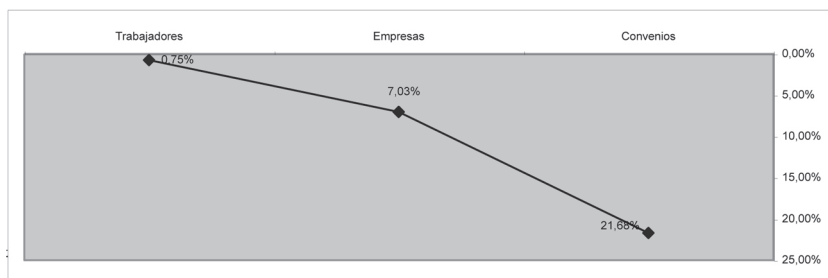
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

* Informe elaborado por el Servicio de Negociación Colectiva del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Ultraactividad. De los 142 convenios colectivos que al finalizar el año se encontraban en ultraactividad sin cláusulas indefinidas temporalmente, habrían podido decaer el 8 de julio de 2013, por efecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, 72 convenios colectivos de empresa y 9 convenios de sector, que daban cobertura a 388 empresas y 8.563 trabajadores. En el segundo semestre del 2013 podrían haber decaído 27 convenios de empresa y 8 convenios de sector, que daban cobertura a 9.600 empresas y 86.501 trabajadores, el resto (26 convenios colectivos) terminarían su ultraactividad en el año 2014. En total, podrían haber decaído en 2013 116 convenios (17 de sector y 99 de empresa) que daban cobertura a 9.988 empresas y 95.064 trabajadores. No obstante, la caída formal de la vigencia del convenio no está implicando en muchos casos la desaparición de la unidad negociadora, por lo que la cifra de convenios que podrían decaer se está demostrando responder al momento temporal en el que se realiza la foto fija del estado de la negociación, pues las negociaciones continúan y en algunos supuestos se están firmando convenios ya decaídos con eficacia retroactiva¹, y en otros casos se está judicializando la pérdida de ultraactividad del convenio colectivo, no existiendo aún, Jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo sobre el mantenimiento o no de la mencionada ultraactividad. En cualquier caso, el porcentaje de convenios que podrían haber decaído por efecto de la nueva regulación legal sobre vigencia de la ultraactividad en Andalucía rondaría el 8,5% de convenios colectivos, del total de unidades de negociación de Andalucía, dando cobertura al 4,57% de empresas y 6,34% de trabajadores.

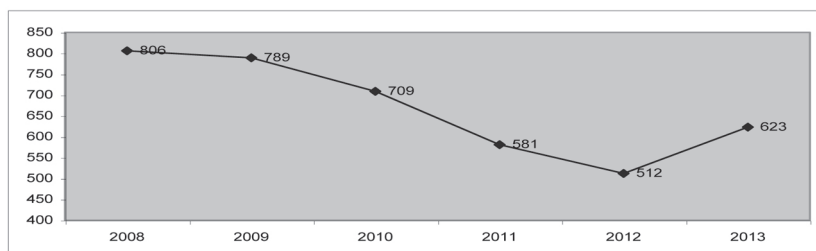
Actividad negociadora. Los ratios finales de convenios colectivos con vigencia expresa en Andalucía, suponen comparadas con el año 2012, un aumento en el número de convenios colectivos con vigencia expresa del 21,6%, que conlleva igualmente un aumento, aunque no tan acusado, en el ámbito de afectación tanto de empresas (7%) como de trabajadores (0.75%).

¹ Este es el caso por ejemplo del convenio colectivo del sector agropecuario de Granada, que ha sido firmado a principios de 2014 y que a la fecha de realizar este informe se encuentra pendiente de control de legalidad. Descontando este convenio la cifra total de convenios decaídos en el segundo semestre sería de 7 convenios de sector y 27 de empresa que darían cobertura a 44.501 trabajadores y 8.400 empresas. Harían un total de 115 convenios colectivos que dan cobertura a 53.064 trabajadores y 8.788 empresas. Lo que dejaría unos porcentajes de 4,02% de empresas y 3,54% de trabajadores que habrían podido perder su convenio colectivo de aplicación y regirse por el convenio superior si lo hubiera.

Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios empresas y trabajadores

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cualquier caso, la cifra de convenios colectivos en vigencia expresa comportan un cambio de tendencia muy significativo, pues desde el año 2007 la cifra de convenios venía decreciendo paulatinamente, hasta tocar en el año 2012 la menor cifra de convenios con vigencia expresa en los últimos 20 años, con ratios similares a los años 1993 y 1994. Con la cifra actual (623) nuestra comunidad autónoma recupera los ratios de convenios colectivos con vigencia expresa del año 2000. En este aspecto, nuestra comunidad no ha sido ajena al conjunto del estado, que igualmente ha registrado un aumento global del número de convenios firmados (1844 convenios en el año 2013 frente a 1.086 convenios del año 2012).

Evolución número de convenios colectivos vigentes en Andalucía

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

Los datos anteriores ponen de manifiesto la reactivación de las mesas de negociación durante el año. La mayor parte de estos convenios han seguido el procedimiento habitual de negociación, mientras que en otros casos ha sido necesario mecanismos de apoyo ‘extraordinarios’ como mediaciones o arbitrajes voluntarios en el Sercla (Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, ente vinculado a la Junta), presidencias de comisión negociadora facilitadas por el CARL, o reuniones en las sedes del CARL.

Entre las razones observadas a lo largo del ejercicio que pudieran explicar esta reactivación cabría señalar:

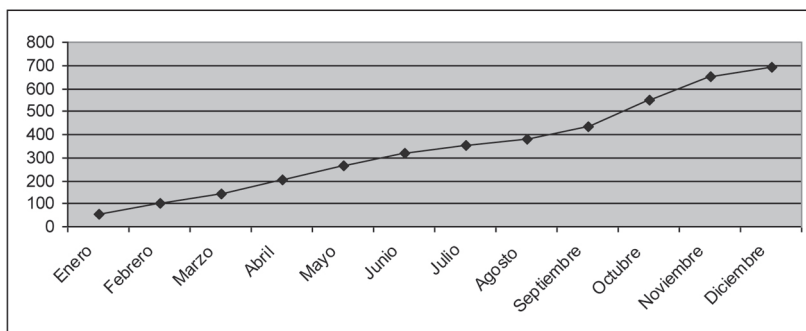
Por una parte, el apremio provocado por la nueva regulación legal sobre la ultraactividad de los convenios colectivos, y que ante la posibilidad real de desaparición del convenio colectivo ha motivado la firma o ampliación de ultraactividad de numerosos convenios colectivos.

Por otra parte, el compromiso adquirido por los agentes sociales más representativos a nivel nacional (CEOE, CEPYME, UGT y CCOO) con la firma del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II AENC sobre ultraactividad de los convenios colectivos en mayo de 2013, por el que recomendaban a las unidades de negociación evitar la pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos mientras se estuviera negociando. Así como el compromiso adquirido en nuestra comunidad por UGT-A, CCOO-A y CEA conjuntamente con la Junta de Andalucía, con la firma del Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía suscrito en marzo de 2013 y en el que adquirirían el compromiso de establecer, en el marco del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), vías de diálogo que contribuyeran a mejorar el marco de las relaciones laborales en Andalucía, así como agilizar y reactivar la negociación colectiva en Andalucía.

Asimismo, entre las razones de esta mayor actividad negociadora podría señalarse igualmente el ejercicio de contención salarial realizado en las mesas de negociación, y que han llevado a pactar Incrementos salariales del 0,29% en los convenios firmados en 2013. Lo que ha supuesto una cifra global del Incremento salarial ponderado de los convenios con vigencia expresa en 2013 del 0,48%, cifra más baja de la historia de la negociación colectiva andaluza. Respondiendo de esta forma a la continuación de la coyuntura económica negativa sufrida durante el año 2013, marcada por las elevadas tasas de desempleo.

Inaplicaciones de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo El fenómeno de las inaplicaciones de convenios colectivos, casi inédito en nuestra práctica negocial hasta la reforma laboral de 2012, se ha consolidado en el año 2013. Frente a los 248 expedientes de inaplicación registrados en Andalucía en el año 2012, han sido 699 expedientes de inaplicación de condiciones de trabajo en convenios colectivos vigentes los presentados para su depósito ante la Autoridad Laboral en nuestra comunidad en el año 2013. A estos expedientes están afectados un total de 12.900 trabajadores.

En las siguientes gráficas y tablas pueden observarse la evolución de las inaplicaciones de convenios colectivos a lo largo del año 2013 y su distribución por provincias.

Expedientes por meses (acumulados) en 2013

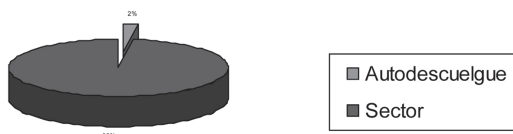
Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

Número de expedientes por provincias en 2013

	Expedientes	Trabaj.
Almería	29	526
Cádiz	80	1.438
Córdoba	151	1.770
Granada	136	1.877
Huelva	14	350
Jaén	31	284
Málaga	103	3.539
Sevilla	145	2.243
C.A.Andalucía	10	873
Total	699	12.900

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

Si analizamos el ámbito de los convenios colectivos inaplicados durante el ejercicio 2013, encontramos que 685 son de Sector, mientras que 14 son de empresa.

Expedientes según ámbito

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

En cuanto al sector de actividad afectado por la inaplicación de condiciones laborales en los convenios colectivos durante el 2013, podemos señalar que el sector

del Comercio es el que mayor incidencia ha presentado, con un total de 165 inaplicaciones de convenio colectivo, seguidos de los sectores del Metal-Automoción con 119 y el de la Hostelería con 80 inaplicaciones de condiciones laborales. Cabe mencionar también que el sector de la construcción registra 48 inaplicaciones.

El sector que mayor incidencia ha tenido en cuanto a número de trabajadores afectados por inaplicación de los convenios colectivos, han sido el sector del Metal/automoción (1.985), seguido por el de Hostelería (1.770), el sector de Limpieza (1.615), seguido por el del Comercio (1.612).

Resumen expedientes por sectores

	Expedientes	Trabaj.
Comercio	165	1.612
Construcción	48	491
Dependencia Mayores	24	622
Hostelería	80	1.770
Limpieza	13	1.615
Metal/Automoción	119	1.985
Otros	226	4.171
Transporte	24	634
Total	699	12.900

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

En lo referente a la inaplicación por materias, cabe destacar que la inaplicación más representativa durante el ejercicio 2013, es la que incide exclusivamente en el salario, con un total de 547 inaplicaciones de convenios colectivos, afectando a un total de 8.602 trabajadores, ya sea mediante reducción de las retribuciones salariales globales en un porcentaje, por la desaparición de complementos o eliminación de alguna paga adicional. Tendríamos que sumar al dato anterior, 105 inaplicaciones de convenios que además de afectar al salario, afecta a la jornada laboral de manera conjunta. En este caso estas inaplicaciones de las condiciones laborales, tienen una repercusión en 2.478 trabajadores.

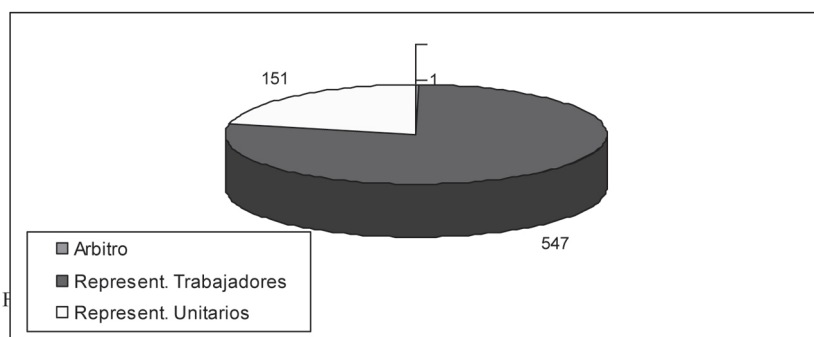
Expedientes según materias inaplicadas

	Expedientes	Trabaj.
Jornada/Horario	16	1.476
Jornada+Salario	105	2.478
Jornada+Salario+S.Social	19	197
Movilidad Funcional	1	20
Salario+S.Social	11	127
Sistema/Cuántía Salarial	547	8.602
Total	699	12.900

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de los convenios colectivos, señalar que han sido fruto de Representación Unitaria 151 inaplicaciones de convenios, así como 547 acuerdos de inaplicaciones de las condiciones laborales, adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, atendiendo al artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatutos de los Trabajadores. De la totalidad de inaplicaciones de convenios, 7 de ellas ha sido fruto de Mediación SERCLA y tan solo ha habido un Laudo Arbitral del CARL en esta materia que acordase la inaplicación de condiciones de trabajo.

Expedientes según firmantes



Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

Expedientes según tipo de acuerdos

	Expedientes	Trabaj.
C. Paritaria	3	27
Laudo CARL	1	1.354
Mediación SERCLA	7	1.182
Periodo Consultas	688	10.337
Total	699	12.900

Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

ANÁLISIS DE CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES

Centrando el análisis en los 623 convenios colectivos con vigencia expresa en Andalucía en 2013, podemos observar como la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 492 de los convenios vigentes, lo que supone el 78,97% del total; por el

contrario, los convenios de sector suponen 132 del total, es decir, un 21,03% de los mismos. De la totalidad de esos convenios, 366 son “originarios” --esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL--, mientras que el resto de los convenios, 257 son “revisados” --esto es, firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2013--.

Tabla 1. Convenios Colectivos Vigentes

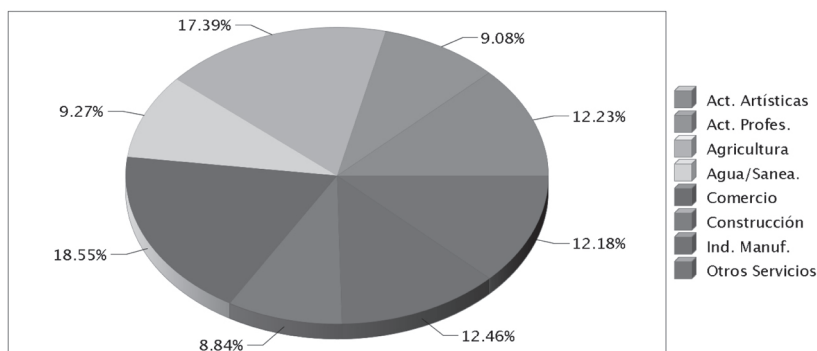
Ámbito geográfico	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	61	9.953	100.548	0,22%
Cádiz	112	18.078	147.486	0,52%
Córdoba	56	15.078	63.369	0,67%
Granada	62	12.458	47.347	0,60%
Huelva	49	18.524	57.782	0,41%
Jaén	42	22.401	108.985	0,72%
Málaga	104	23.507	145.064	0,68%
Sevilla	100	40.090	286.005	0,29%
Interprovincial	37	6.931	41.506	0,55%
Total	623	167.040	998.092	0,48%

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice de actividad negociadora se localiza en la provincia de Cádiz.

Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los del sector del comercio, con el 18,55% del total de los trabajadores, seguido por los convenios propios del sector de “Agricultura”, con el 17,39% del total de los trabajadores afectados.

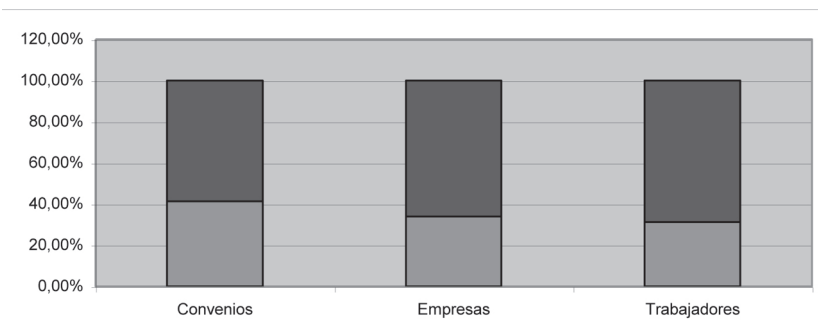
Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

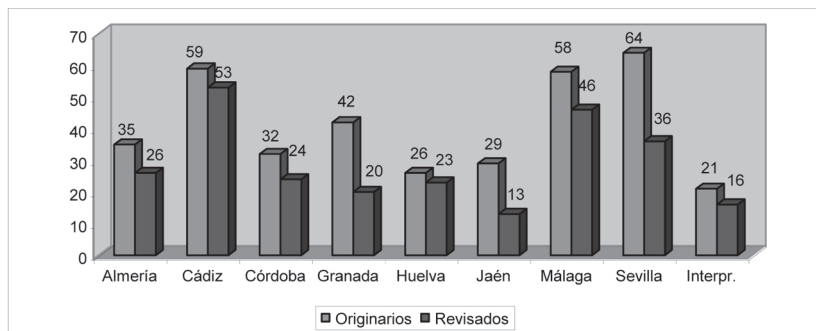
De los 623 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2013, son 366, y suponen el 58,75% del total. Es decir, un porcentaje superior al de los convenios revisados, (257) que alcanza al 41,25%. Situación esta que no se había dado con anterioridad y que evidencia la gran actividad negociadora registrada en esta anualidad. Esta proporción se mantiene -aunque con algunas alteraciones- a nivel provincial, como puede observarse en el cuadro siguiente

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación

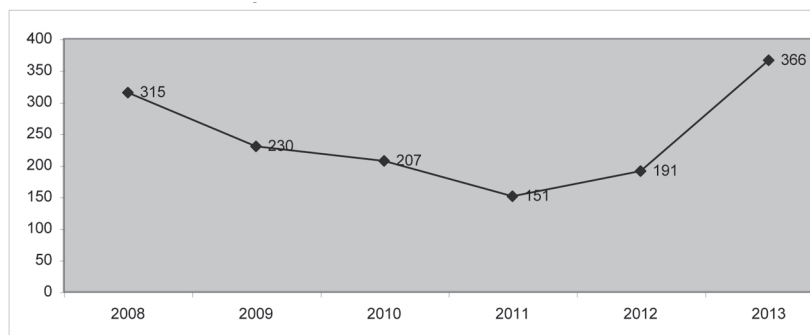


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios Originarios-Convenios Revisados. Distribución Provincial



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Evolución del número de convenios originarios

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 77 (12,36% del total de vigentes), siendo Málaga la provincia más destacada en este aspecto.

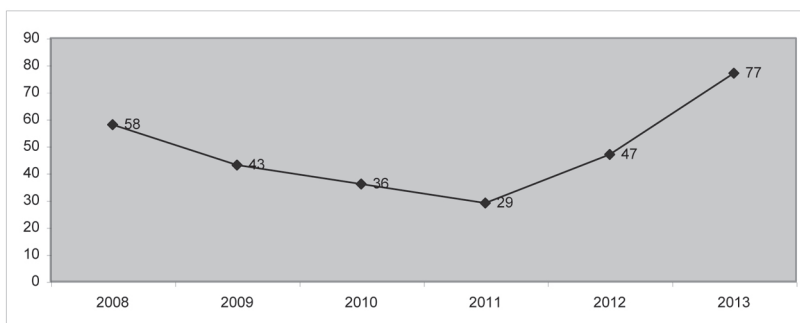
Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geográfico	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Nº Conv	Empresas	Trabajadores
Almería	35	4998	78189	4	4	341
Cádiz	59	8042	96535	9	23	2421
Córdoba	32	7632	34583	4	4	137
Granada	42	6788	32136	14	14	183
Huelva	26	18495	53317	3	3	156
Jaén	29	11921	62630	5	5	64
Málaga	58	18099	75904	16	16	280
Sevilla	64	34348	219554	13	13	868
Interprovincial	21	38	33481	9	9	1145
Total	336	110361	686329	77	91	5595

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar que de los 77 primeros convenios, 76 son de empresa, y 1 de sector. En este sentido no parece baladí señalar que la LRL introduce la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias, pudiendo ser esta la causa del acentuado desarrollo que los mismos han tenido a lo largo del año.

Evolución del número de primeros convenios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Los 623 convenios vigentes afectan a 998.092 trabajadores y 167.040 empresas. Por provincias, son los convenios de las provincias de Sevilla y Cádiz los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación. Con porcentajes inferiores se sitúan tanto los convenios del resto de las provincias andaluzas como los interprovinciales.

En cuanto al número de empresas afectadas por tales convenios, en primer lugar se sitúan los de Sevilla, siendo Málaga y Jaén las siguientes provincias con mayor número de empresas afectadas.

Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 623 convenios vigentes, 492 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 78,97 % del total. Sólo 132 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 21,03 % del total.

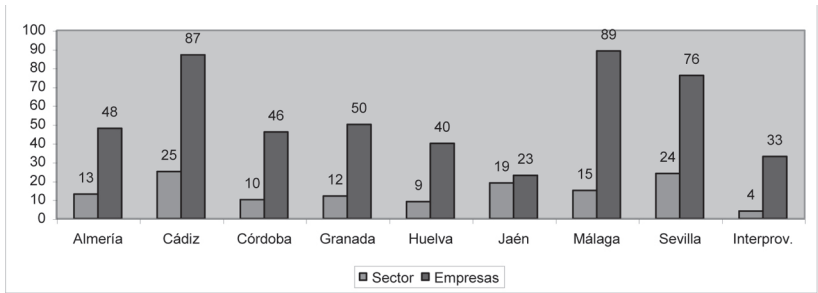
Convenios vigentes: sector/empresa

Ámbito geográfico	Convenios de Sector			Primeros Convenios		
	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Nº Conv	Empresas	Trabajadores
Almería	13	9.905	96.890	48	48	3.658
Cádiz	25	17.991	137.250	87	87	10.236
Córdoba	10	15.052	58.422	46	46	4.947
Granada	12	12.408	43.383	50	50	3.964
Huelva	9	18.484	52.830	40	40	4.952
Jaén	19	22.378	105.558	23	23	3.427
Málaga	15	23.418	136.153	89	89	8.911
Sevilla	24	40.014	273.875	76	76	12.130
Interprovincial	4	3.898	6.120	33	33	35.386
Total	131	166.548	910.481	492	492	87.611

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas

Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes



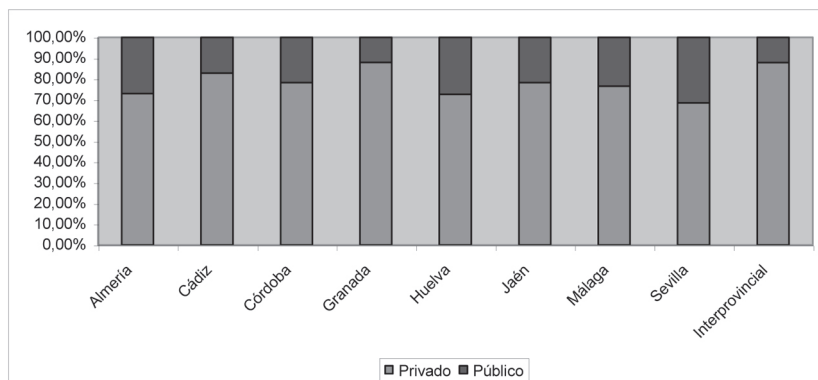
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios colectivos vigentes de empresa. Empresas y trabajadores afectados

Ámbito geográfico	Convenios de Empresa			
	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	48	48	3.658	-0,25%
Cádiz	87	87	10.236	0,43%
Córdoba	46	46	4.947	0,58%
Granada	50	50	3.964	0,66%
Huelva	40	40	4.952	0,51%
Jaén	23	23	3.427	0,67%
Málaga	89	89	8.911	0,64%
Sevilla	76	76	12.130	0,26%
Interprovincial	33	33	35.386	0,18%
Total	492	492	87.611	0,33%

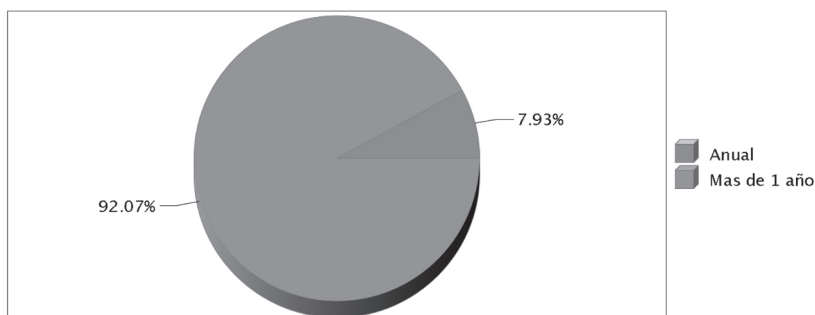
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Tal y como se observa en la tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a empresas privadas.

Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

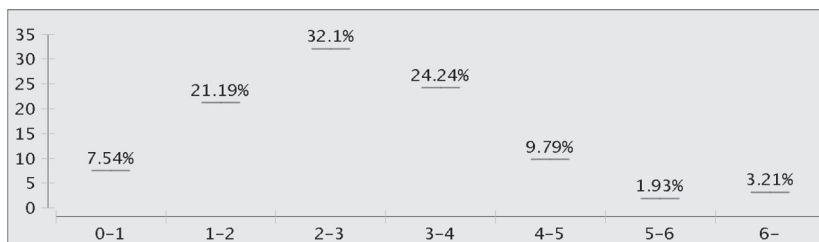
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

Convenios originarios anuales/supraanuales

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 32% del total de los convenios vigentes en Andalucía, al igual que ocurría en la anualidad anterior.

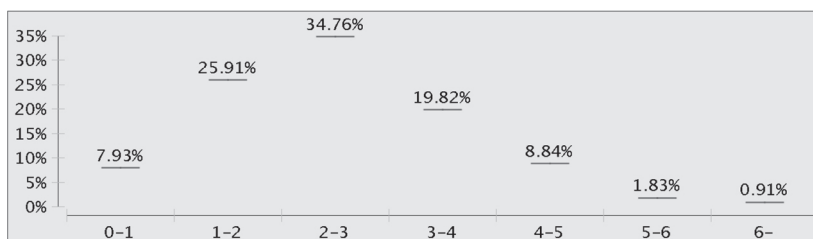
Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

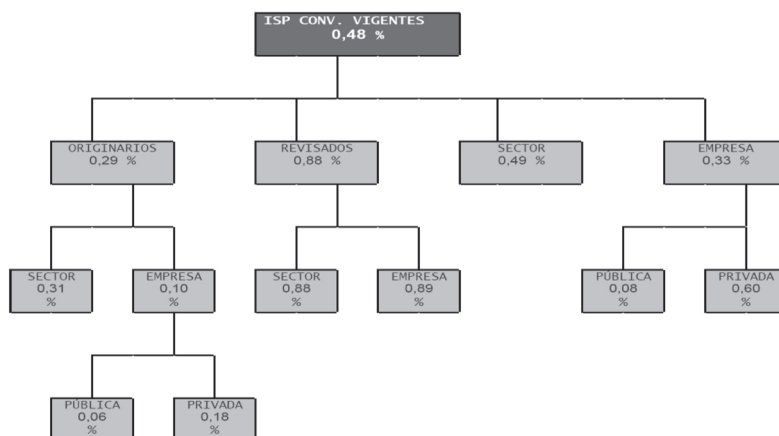
Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2013 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta tres años se mantiene, pues los convenios con una mayor presencia son los que fijan un período de hasta 3 años de vigencia (34%). Ello supone un cambio respecto al año 2012 en el que los convenios originarios fueron mayoritariamente firmados con una vigencia de hasta dos años

Convenios colectivos originarios. Ámbito temporal

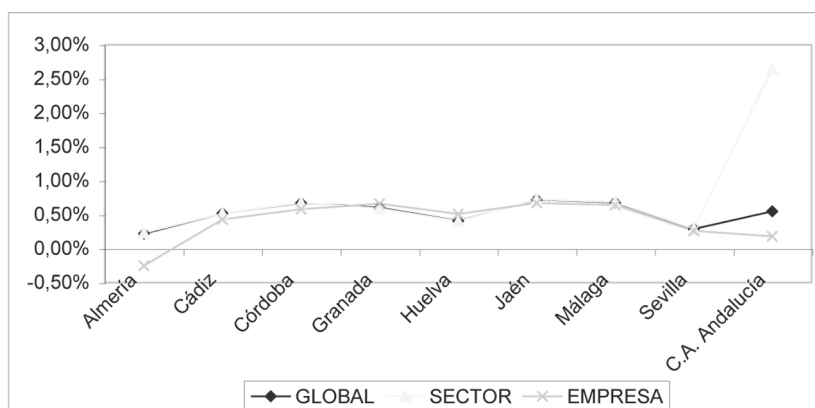


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

El incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, durante el año 2013 se situó en 0,48%, siendo más alto en los convenios de sector (0,49%) que en los de empresa (0,33%). No obstante, los convenios colectivos suscritos en el año 2013 reflejan una importante contención, al no superar el 0,29%. Se trata de los incrementos salariales más bajos de la historia de la negociación colectiva andaluza.



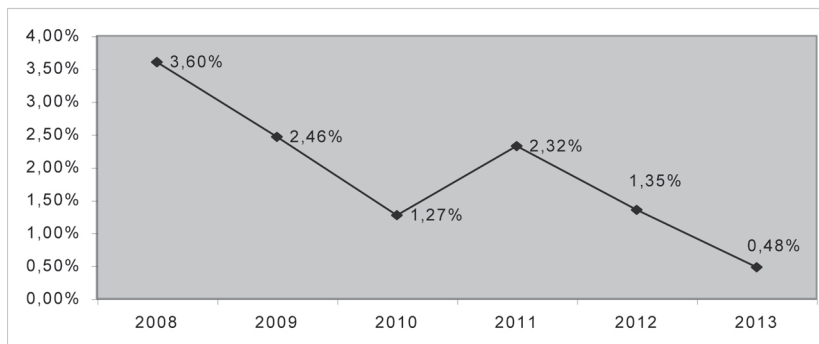
ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



Provincia	Global	Sector	Empresa
Almería	0,22%	0,23%	-0,25%
Cádiz	0,52%	0,52%	0,43%
Córdoba	0,67%	0,67%	0,58%
Granada	0,60%	0,59%	0,66%
Huelva	0,41%	0,40%	0,51%
Jaén	0,72%	0,72%	0,67%
Málaga	0,68%	0,68%	0,64%
Sevilla	0,29%	0,29%	0,26%
C.A. Andalucía	0,55%	2,65%	0,18%

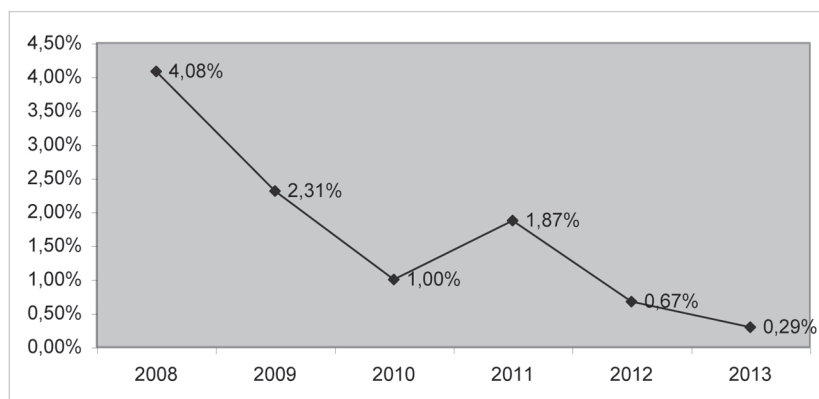
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes



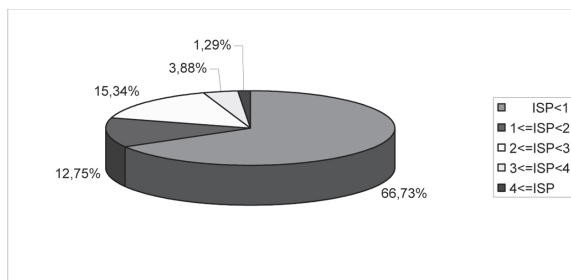
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comparativa interanual I.S.P. convenios originarios



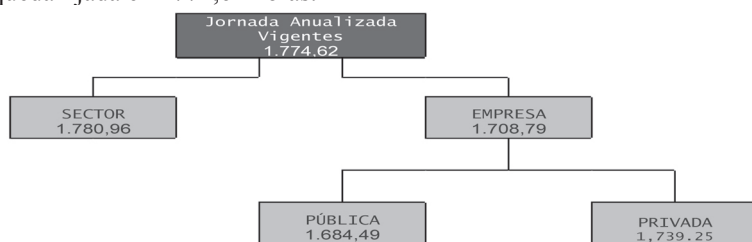
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada y ponderada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media ponderada de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1774,62 horas.



Jornada promedio convenios colectivos vigentes

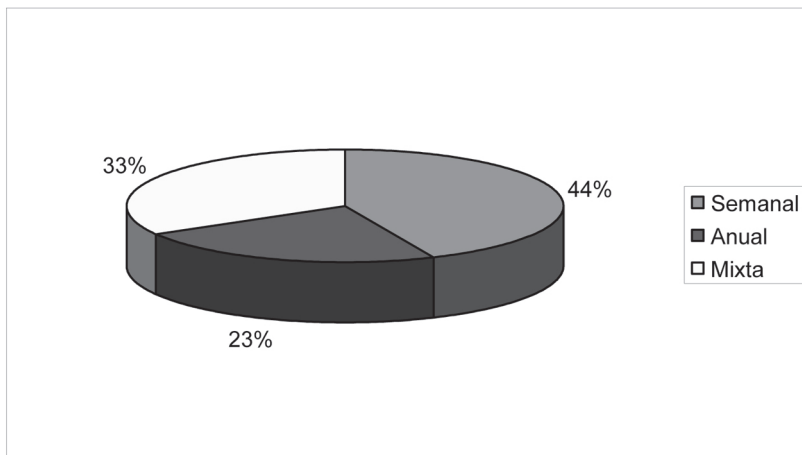
Ámbito geográfico	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Jornada Anualizada
Almería	61	9.953	100.548	1.818,26
Cádiz	112	18.078	147.486	1.761,21
Córdoba	56	15.078	63.369	1.776,88
Granada	62	12.458	47.347	1.808,65
Huelva	49	18.524	57.782	1.756,53
Jaén	42	22.401	108.985	1.767,32
Málaga	104	23.507	145.064	1.775,62
Sevilla	100	40.090	286.005	1.773,54
Interprovincial	37	6.931	41.506	1.718,10
Total	623	167.040	998.092	1.774,62

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Jornada promedio Convenios Colectivos Originarios

Ámbito geográfico	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Jornada Anualizada
Almería	35	4998	78189	1.821,45
Cádiz	59	8042	96535	1.743,05
Córdoba	32	7632	34583	1.788,19
Granada	42	6788	32136	1.803,59
Huelva	26	18495	53317	1.755,35
Jaén	29	11921	62630	1.757,69
Málaga	58	18099	75904	1.753,68
Sevilla	64	34348	219554	1.777,65
Interprovincial	21	38	33481	1.714,21
Total	336	110361	686329	1.770,22

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Comentarios de Jurisprudencia

**INAPLICACIÓN DE LA *NULIDAD OBJETIVA* EN LOS
CASOS DE DESISTIMIENTO EMPRESARIAL DURANTE
EL PERIODO DE PRUEBA DE LA TRABAJADORA
EMBARAZADA: LA ¿EVOLUCIÓN? DE LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante de amparo fue contratada, en junio de 2009, como comercial mediante un contrato de seis meses de duración, pactándose un período de prueba de dos meses. El 4 de agosto, la empresa comunicó a la actora la extinción del contrato por no superación del período de prueba. En la fecha del contrato la trabajadora se encontraba embarazada de diez semanas, no constando que la empresa tuviera conocimiento de ello.

Contra la decisión extintiva, la trabajadora interpuso demanda, solicitando que se declarara su nulidad, por entender que la empresa había puesto fin a la relación laboral al saber que estaba embarazada. El Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid desestimó la demanda. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de suplicación, desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ de 11 de junio de 2010). Frente a la anterior Sentencia, la demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que, igualmente, fue desestimado por STS de 18 de abril de 2011.

Contra las resoluciones judiciales referidas, la trabajadora recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, aduciendo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.

RESUMEN: En sentencia de 10 de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por la actora, declarando que la protección reforzada que el Estatuto de los Trabajadores establece para las trabajadoras embarazadas en caso de despido no puede extenderse a aquellos casos en los que se produzca el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. PUNTO DE PARTIDA

2. COMENTARIO A LA STC 173/2013

- 2.1 Un breve apunte a la posición de la jurisprudencia ante la situación de despido de la trabajadora embarazada
- 2.2 Las conclusiones de la STS de 18 de abril de 2011. Referencia al voto particular
- 2.3 Las pretensiones de la demandante de amparo en la STC 173/2013 y la posición del Ministerio Fiscal
- 2.4 Los argumentos de la STC, de 10 de octubre de 2013
- 2.5. Los votos particulares

3. BREVE CONCLUSIÓN

1. PUNTO DE PARTIDA

La aplicación de la teoría de la *nulidad objetiva* consolidada mediante la jurisprudencia constitucional a través de las SSTC 92/2008 y 124/2009, no es extensible a los supuestos de extensión del contrato durante el periodo de prueba. Así lo declara la STSC 173/2013, de 10 de octubre, objeto de este comentario, que tras denegar el amparo a la demandante, confirma el criterio esgrimido por la STS 18/04/2011, sobre improcedencia de aplicar la regla sobre la *nulidad objetiva* del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

Ahora, el Tribunal Constitucional declara que la protección reforzada que el Estatuto de los Trabajadores establece para las trabajadoras embarazadas en caso de despido, no puede extenderse a aquellos casos en los que se produzca el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Esto es, la circunstancia del embarazo, aunque no sea conocida por la empresa, será causa objetiva de nulidad sólo en caso de despido, y no en el caso de extinción de contrato en periodo de prueba, dada la distinta naturaleza de ambas instituciones. Por tanto, según el Alto Tribunal, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) únicamente si se produce con vulneración de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, que interpreta los derechos extinguiéndolos o restringiéndolos, ha decidido recortarlos en el caso de las trabajadoras embarazadas. En este polémico pronunciamiento, ha dictaminado que el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores, que impide despedir a una mujer desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, no se puede aplicar al periodo de prueba.

Para muchos, esta sentencia supone un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales, en particular en la lucha antidiscriminatoria por razón de género. Asimismo, muchos otros compartirán con nosotros que la asignación de una menor protección a la embarazada en periodo de prueba minusvalora la vigencia

de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede con el periodo de prueba.

Los argumentos esgrimidos son más que suficientes para justificar el análisis de esta Sentencia que cuenta, además, con dos votos particulares que merecen nuestra atención¹. Si bien el repaso a los antecedentes es materia recomendable - incluso ineludible- en cualquier estudio, los numerosos trabajos publicados - algunos en esta revista², a los cuales nos remitimos- acerca de la evolución jurisdiccional del despido de la trabajadora en situación de embarazo, nos van a permitir obviar algunas cuestiones ya tratadas y centrarnos, fundamentalmente, en el contenido de la sentencia y, especialmente, en los votos particulares emitidos en ella.

2. COMENTARIO A LA STC 173/2013

2.1. Un breve apunte a la posición de la jurisprudencia ante la situación de despido de la trabajadora embarazada

A modo de esquema, recordemos que para la concreta situación de despido de una trabajadora embarazada, la doctrina unificada especifica que:

a) La protección de la mujer embarazada se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía.

b) La finalidad de la norma (art. 55.5 b) ET) es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discri-

¹ Esta sentencia del Tribunal Constitucional se cierra con dos votos particulares: En el primero de ellos, el magistrado don Andrés Ollero Tassara expresa su total acuerdo con el fallo alcanzado, al entender que la especial protección a las trabajadoras embarazadas es “una opción legítima del legislador”, la cual “no deriva de una exigencia constitucional”. No obstante, señala que convendría haber analizado en el fallo con una mayor profundidad los aspectos relacionados con los indicios a aportar por la trabajadora embarazada a fin de que la empresa deba probar un motivo de extinción distinto al móvil discriminatorio. El segundo voto particular, formulado por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, y al que se adhieren los magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis I. Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Píos, es crítico con el sentido del fallo. En este caso, los magistrados sostienen que sí debió admitirse el amparo solicitado, ya que la especial protección de las trabajadoras embarazadas deriva necesariamente del artículo 14 de la CE, lo cual impide de antemano que pueda hacerse depender de circunstancias contractuales.

² Elorza Guerrero, “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas” en TEMAS LABORALES (TL) 98/2009, Rodríguez Copé, “Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿con efectos perversos?... TL 103/2010 y, también sobre la materia, “Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: presunción “iures et de iure” del móvil discriminatorio ¿en todo caso?”, TL 96/2008.

minación (art. 14 CE), dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo.

c) Todo ello lleva a entender que el precepto -art. 55.5 b) ET- es configurador de una nulidad objetiva distinta de la causa de discriminación contemplada en su párrafo primero (art. 55.5 ET) y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación (presunción *iuris et de iure* de móvil discriminatorio).

Tengamos en cuenta que algunos pronunciamientos en Suplicación han extendido esta doctrina de la *nulidad objetiva* por embarazo a los supuestos en que la extinción del contrato se produce por libre desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. En estos casos no se argumenta la necesidad de que se acredite que la extinción del contrato tiene un móvil discriminatorio, bastando la constatación del hecho del embarazo de la trabajadora³

No obstante, el TS matizó esta doctrina referente al caso de extinción del contrato de mujer embarazada en el periodo de prueba, en su sentencia de 18 de abril de 2011⁴-impugnada en amparo y sobre la que se pronuncia el TC en la sentencia que comentamos-, no estimándose la nulidad objetiva de la extinción y exigiéndose en este caso la prueba de un móvil discriminatorio. Analicemos los términos de este último pronunciamiento.

2.2. Las conclusiones de la STS de 18 de abril de 2011. Referencia al voto particular

Los argumentos del Supremo que justifican la inaplicación del principio de nulidad objetiva parten de una base: las sustanciales diferencias entre el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, y el despido, tanto objetivo, como disciplinario. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa. No obstante, matiza la sentencia que la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contra-

³ Véanse STSJ Castilla La Mancha 6-4-2009 (AS 1088); STSJ País Vasco 30-3-2010 (JUR 406604); STSJ Andalucía 8-7-2010 (AS 2194).

⁴ RJ 5814

to⁵. De ello se infiere que la posibilidad de transponer al periodo de prueba el régimen jurídico del despido, queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación.⁶

En definitiva, atendiendo al discurso que el Tribunal mantiene, durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas.

Considera el Tribunal que en una fase inicial -y precaria- de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal.

No obstante, y como prueba de la controversia que el tema plantea, la sentencia contiene un interesante y extenso voto particular⁷, suscrito por 6 de los magistrados que componen el Pleno, al que debemos referirnos.

La conclusión a la que llegan los que suscriben el voto es que “la protección legal y su desarrollo constitucional en el supuesto del embarazo de la mujer trabajadora debe ser idéntica en los supuestos de despido que en los de extinción contractual durante el periodo de prueba”.

Los magistrados recuerdan que la especial protección de la trabajadora embarazada a pesar del desconocimiento de la situación de embarazo o de gestación por parte del empresario tiene como fundamento evitar atentados contra la intimidad y/o la dignidad de la mujer(que son derechos constitucionales dignos de protección) por lo que no puede entenderse que tal intimidad y/o dig-

⁵ Así lo declararon las STC 94/1984 y 166/1988, al señalar que “la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, carecerá de transcendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales”.

⁶ Según especifica la sentencia “la interpretación analógica pretendida supone partir de una laguna legal en el art. 14 ET que se rellenaría por aplicación de lo dispuesto en el art. 55.5 b) ET. Sin embargo, las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción permiten sostener que el legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba. No sólo no se produjo intervención normativa análoga a la del despido en la Ley 39/1999, sino que tampoco un texto tan cualificado y específico como el de LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, incidió en ello, manteniéndose la distinta regulación.”

⁷ Las consideraciones jurídicas en las que se funda el voto se distribuyen en 10 apartados, muy extensos y minuciosos.

nidad solamente deba ser protegida cuando se trate de un despido y no cuando el cese tenga lugar por la no superación del periodo de prueba, no existiendo elementos objetivos y razonables para tal distinción

En resumen, consideran que “una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las SSTC 92/2008 y 124/2009⁸ al cese o extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario.”

2.3. Las pretensiones de la demandante de amparo en la STC 173/2013 y la posición del Ministerio Fiscal

Según la demandante en amparo, la doctrina sentada por las SSTC 92/2008 y 124/2009 sobre la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada es extensible a los supuestos de la extinción del contrato durante el período de prueba, por lo que, aunque la empresa no conociera su estado de gestación, la decisión extintiva, mediando embarazo de la trabajadora, debe ser declarada nula *ipso iure*. Argumenta la actora que las sentencias impugnadas en amparo han rechazado su pretensión de que se declare nula la extinción de su contrato, efectuando una incorrecta interpretación del art. 55.5.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que ofrece una protección reforzada a la trabajadora en situación de embarazo.

Nos llama la atención que el propio Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, inste la denegación del amparo pretendido. Según el Fiscal, de la doctrina sentada por las sentencias antedichas se desprende que la garantía antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas frente al despido no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva, pues son posibles otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE. Considera que al precepto en cuestión no puede exigírsele la regulación normativa de supuestos distintos del que efectivamente contempla.⁹

Expone el Fiscal que si el desistimiento en período de prueba se debiera al

⁸ Al respecto, Elorza Guerreo, cit y Gil Plana, El despido de la trabajadora embarazada. Aranzadi, 2011

⁹ Según expone, “el art. 55.5.b) LET regula exactamente lo que allí se establece (las consecuencias de un despido, ya sea disciplinario o por causas objetivas), pero no cualquier otra cosa, como el desistimiento empresarial en período de prueba, que tiene su cobertura legal en el art. 14 LET.”

conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora, sin duda habría de calificarse tal desistimiento como nulo, por discriminatorio por razón de sexo. Pero, según argumenta, no es el caso, pues lo que pretende la demandante de amparo es extrapolar la regulación del despido nulo del art. 55.5.b) LET al supuesto del desistimiento en período de prueba, que tiene su regulación específica en el art. 14 LET y distinta naturaleza jurídica. Continúa diciendo que, si bien es cierto que la pretensión de extender una proposición normativa a un supuesto distinto del que regula resulta jurídicamente irreprochable, hay que recordar que la aplicación analógica de las normas sólo cabe en aquellos casos en los que exista una laguna legal (art. 4.1 del Código Civil), lo que no sucede en el caso del desistimiento durante el período de prueba, expresamente previsto en el art. 14 LET. De lo anterior se desprende, según el Fiscal, que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, no han incurrido en la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que denuncia la recurrente.

Mantiene el Fiscal, que si bien el supuesto de desistimiento en período de prueba no puede quedar al margen de la protección que, en general, dispensa el art. 14 CE, el parámetro para juzgar la hipotética lesión del derecho fundamental habría de ser el genérico del ofrecimiento por la trabajadora de indicios de una actuación discriminatoria y la consiguiente inversión de la carga de la prueba, mediante la que el empresario acreditara, en su caso, la inexistencia de móvil discriminatorio en su actuación.

2.4. Los argumentos de la STC, de 10 de octubre de 2013

Recordemos que el fallo de la sentencia analizada deja claro que el legislador sólo ha ampliado la protección reforzada en los casos de embarazo a los supuestos de despido causal y que no cabe su aplicación ni siquiera por vía analógica a la extinción del contrato en período de prueba, al no concurrir la identidad de razón exigida legal y jurisprudencialmente.

Estamos ante un supuesto en el que no había conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora y, por lo tanto, según el Constitucional, el desistimiento empresarial antes del término del período de prueba no obedeció en modo alguno a un móvil discriminatorio (el embarazo). La extinción del contrato en período de prueba de la trabajadora embarazada sólo podrá ser nula cuando resulte discriminatoria y sostiene que, aunque se aceptara que la empresa conocía el embarazo, los indicios de lesión quedarían destruidos por el hecho de que en la misma fecha se extinguió el contrato de trabajo de otro trabajador varón.

La Sentencia, mediante un exhaustivo y preciso razonamiento, rechaza extender el mecanismo de tutela objetiva de la trabajadora embarazada en caso

de despido, prevista expresamente en el art. 55.5.b) LET, al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, aplicando a este supuesto la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria en los casos en que se invoca una discriminación por razón de sexo, trayendo a colación la STC 17/2007, de 12 de febrero¹⁰ - referida a la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por no superar un segundo periodo de prueba-. En ese caso, la trabajadora aportó indicios racionales de que el desistimiento empresarial vino en realidad motivado por sus sucesivas bajas laborales debidas a sus embarazos y ulteriores abortos, sin que la empresa acreditase que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil discriminatorio por razón de sexo que se le imputaba. Para el Alto Tribunal, el hecho de que en el caso a analizar, la trabajadora no aportase indicios racionales de discriminación por motivo de embarazo y que ni siquiera resultase acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación, excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de que, en cualquier caso, lo que sí se acreditó en el proceso es que el mismo día en que se produjo la extinción de la relación laboral de la recurrente por no superar el periodo de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente. Según la sentencia, este hecho vendría a demostrar que “la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía”.

El Tribunal finaliza apoyando su fallo, denegatorio de amparo, en dos puntos:

- a) en primer lugar, que las sentencias recurridas no han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo y, más en concreto, que la respuesta dada a la cuestión planteada en el caso en cuestión por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resulta plenamente respetuosa con la doctrina constitucional en la materia y específicamente con las propias SSTC 92/2008 y 124/2009.
- b) y, en segundo lugar, que las sentencias impugnadas han hecho una interpretación del derecho a la no discriminación por razón de sexo que resulta plenamente acorde con las exigencias de la doctrina

¹⁰ Como recuerda la STC 17/2007, FJ 4, para determinar si las resoluciones judiciales impugnadas en amparo vulneran la interdicción de discriminación por razón de sexo se ha de analizar, «a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la trabajadora recurrente en amparo aportó indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, la empleadora cumplió con su obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales».

constitucional existente al respecto sobre la verificación de la aportación de indicios de discriminación suficientes y, en su caso, la refutación de tal panorama indiciario por parte de la empresa.

2.5. Los votos particulares

El primer voto particular (del Magistrado don Andrés Ollero Tassara) no disiente del fallo, si bien matiza algunos de los razonamientos de la sentencia por considerar que pueden ser (mal) interpretados como neutralizadores de resoluciones anteriores del propio Constitucional. En concreto, el magistrado hace referencia a las Sentencias 166/1988, de 26 de septiembre, y 173/1994, de 7 de junio en las que se consideró que se había producido vulneración de los derechos de las trabajadoras afectadas, al no exigirse por el juez al empresario que aportara un motivo distinto de la situación de embarazo para la resolución del contrato. Además, según expone, los razonamientos de la sentencia suscitan la reflexión de muchos de los aspectos tratados, tales como la existencia o no de conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora; indicios a aportar por esta para que su estado se presuma conocido, obligando a la empresa a dejar constancia suficiente de su desconocimiento; características de la motivación capaz de justificar la resolución del contrato...

Para el Magistrado, aleja también a esta Sentencia de las antedichas el hecho de que la empresa haya aportado una doble explicación para justificar su desistimiento de continuar la situación contractual. Si bien considera que la primera de ellas es admisible — pues no se lograron los objetivos inicialmente propuestos a la trabajadora— “no resulta tan convincente (...) el hecho de que se haya producido similar desistimiento de la empresa respecto a un trabajador varón”. Continúa argumentando el ponente... “no solo porque —ahora sí, sin duda alguna— éste no estaba embarazado, sino porque de asumirse acríticamente tal justificación, bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar periodo de prueba.”

El segundo voto particular (planteado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se le adhieren tres magistrados más) entiende que el fallo debió declarar la vulneración del art. 14 CE, desde el prisma de la tutela antidiscriminatoria. Para el Magistrado, los actos empresariales enjuiciados lesionaron el principio de prohibición de discriminación por razón de género, sacrificándolo con una solución contraria a su contenido esencial y a la interpretación de las garantías del art. 14 CE. Según expone, la sentencia analizada responde a un concepto de las relaciones laborales que no se corresponde con la concepción del modelo constitucional y democrático que las informa; y ello no sólo repercute en la efectividad de los derechos fundamentales, sino que,

adicionalmente, puede incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un periodo de prueba.

En opinión De Valdés Dal-Ré... “a la luz del art. 14 CE, la estimación del recurso era la única respuesta posible. En consecuencia, debería haberse otorgado el amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, confirmatorias de la regularidad del desistimiento decidido por el empresario, y el derecho de la demandante a reincorporarse a su puesto de trabajo.”

En sus razonamientos deja claro que los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE. La fuente de la protección es la CE, de modo que carece de todo respaldo en nuestra doctrina el que en esta materia concreta, en la del desistimiento empresarial en periodo de prueba, se formule una excepción, afirmándose que el ámbito de imputación de la protección en casos de embarazo desconocido por el empresario dependerá del alcance de la regulación legal, sustituyendo así y sin justificación la cobertura ordinaria del art. 14 CE. Pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, las premisas de toda vulneración del art. 14 CE (de un lado, la concurrencia del factor protegido –en este caso, el embarazo como realidad biológica enlazada al género- y, de otro, la existencia de un perjuicio asociado –aquí, la extinción del contrato de trabajo-) concurren en ambas modalidades extintivas.

Tras el análisis de los argumentos que fundamentan el fallo, el interrogante que hace Valdés Dal-Ré es el siguiente: ¿cuáles son los razonamientos jurídico-constitucionales que permiten concluir que otros diseños de protección menos intensos o, incluso, la no extensión o la supresión potencial del definido en el art. 55 LET son compatibles con el contenido esencial del art. 14 CE? La Sentencia de la que discrepa el ponente no ofrece, a su modo de ver, respuesta alguna a este grueso interrogante.

3. BREVE CONCLUSIÓN

No nos cabe duda que la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más

íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservado del conocimiento ajeno.

Es reiterada doctrina constitucional afirmar que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales.¹¹ El desconocimiento del embarazo no es un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio. Ni lo descarta en general, ni lo hace en el curso ordinario del contrato, en la fase precontractual o en el momento extintivo, como acontece en el ejercicio empresarial del desistimiento en período de prueba.¹² Es esta una lógica derivación de la doctrina general sobre la lesión de derechos fundamentales. En el caso en cuestión, la lesión derivaría de la existencia de un régimen jurídico que diferencia la protección entre las mujeres embarazadas en la ruptura de la relación laboral en función de circunstancias contractuales, impidiendo una idéntica tutela antidiscriminatoria dentro del colectivo a proteger.

Valga como reflexión final, algunos de los acertados razonamientos expuestos por Valdés Dal-Ré, en su voto particular en dónde, haciendo crítica, deja claro la menor protección que la sentencia comentada asigna a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral.¹³

Utilizando sus argumentos, podemos afirmar que si bien el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, no es menos cierto que sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias.¹⁴

Concluyendo y, en palabras de Valdés, “Las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán, en suma, contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional. Sólo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima irradiación que exige una norma de sistema, como es la interdicción

¹¹ Por decirlo en los términos, entre otras, de la STC 225/2001, de 26 de noviembre, la violación de derechos fundamentales «no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante» (FJ 4).

¹² El TC ha afirmado con insistencia que los derechos fundamentales operan también frente a decisiones no causales del empresario (por todas, STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y, en particular sobre el periodo de prueba, entre otras SSTC 94/1984, de 16 de octubre, o 17/2007, de 12 de febrero).

¹³ Consideramos que responde a una lógica que carece de fundamento constitucional, encarándose abiertamente con la jurisprudencia constitucional dictada en otras materias bastando ahora traer a colación, para no razonar en el vacío, la relativa a la exclusión de los contratados temporales del ámbito del convenio colectivo (STC 136/1987, de 22 de julio, FJ 5).

¹⁴ Véase STC 182/2005, de 4 de julio

de discriminación, cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad sustancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza, y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).”

LAS ENFERMEDADES O DEFECTOS PADECIDOS CON ANTERIORIDAD POR EL TRABAJADOR AGRAVADOS COMO CONSECUENCIA DE LA LESIÓN CONSTITUTIVA DEL ACCIDENTE

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2013 (Rec. 1899/2012)

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: el trabajador accionante, operario del sector de la construcción, sufre una sucesión concatenada de procesos de incapacidad temporal con diagnóstico prácticamente equivalente (lumbalgia aguda, lumbalgia mecánica). Los sucesivos periodos de incapacidad temporal tienen la calificación de accidente de trabajo, quedando asociados a un esfuerzo desencadenante constitutivo del mismo. Y ello a excepción del último proceso en cuyo desarrollo finalmente se declara la existencia de una incapacidad permanente, centrándose la cuestión de debate en torno a la contingencia -profesional o común- de la incapacidad reconocida.

RESUMEN: El criterio determinante de la resolución adoptada por el Tribunal Supremo, revisando el criterio previamente fijado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se concreta en la agravación de la patología previa preexistente, interpretándose que concurre un supuesto de recaída respecto del inicial accidente laboral. A través del presente trabajo se anticipa una descripción gráfica del concepto amplio de accidente de trabajo, así como la adición de supuestos inclusivos dentro de la norma, como el contemplado en el artículo 115.2.f), encuadrándose esta modalidad de accidente de trabajo dentro de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales existentes.

* Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO, SU INTERPRETACIÓN AMPLIA Y LA INCLUSIÓN DE LA AGRAVACIÓN DE LA PATOLOGÍA PREVIA POR EL ACCIDENTE EN LA REDACCIÓN LEGAL DEL PRECEPTO
2. LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DEL ARTÍCULO 115.2 F) LGSS
3. DESCRIPCIÓN GRÁFICA DE LOS HECHOS QUE DETERMINAN LA AGRAVACIÓN DEL CUADRO PATOLÓGICO PREVIO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, RECURSO DE CASACIÓN 1899/2012)
4. LA RECAÍDA EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU INCIDENCIA A LA HORA DE CALIFICAR UNA SITUACIÓN DERIVADA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. EL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO, SU INTERPRETACIÓN AMPLIA Y LA INCLUSIÓN DE LA AGRAVACIÓN DE LA PATOLOGÍA PREVIA POR EL ACCIDENTE EN LA REDACCIÓN LEGAL DEL PRECEPTO

El concepto de riesgo profesional ha ocupado un papel destacado en la configuración de la Seguridad Social en nuestro país ya que, desde sus orígenes, se vincula a los seguros sociales y se estructura en dos grandes ramas en función de que los riesgos susceptibles de protección derivaran del trabajo (contingencias profesionales) o fueran ajenos a él (contingencias comunes). Sin embargo, el alcance actual del concepto dista mucho del originario no solo por la multiplicidad de supuestos que acoge, incorporando los criterios sentados por la jurisprudencia, sino porque a la regla general se han sumado diversas reglas particulares. La delimitación del concepto es, por tanto, una tarea complicada, ya que, el propio concepto de accidente de trabajo es complejo, añadiéndose exclusiones y presunciones a favor; quedando perfilado con límites no siempre coincidentes, ofreciendo un perfil difuso definido por una extraordinaria casuística que dificulta el establecimiento de un tratamiento jurisprudencial uniforme.

La interpretación que se ha dado al concepto de accidente laboral parte de una definición similar a la que se concedió inicialmente en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900. Tal interpretación ha sido amplia y flexible, sin aplicar criterios restrictivos, como describe la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de abril de 1988¹.

¹ La STS 14-04-1988 (RJ 2963) deja de manifiesto cómo el artículo 84 LGSS (hoy artículo 115) establece que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, incluidas las enfermedades de etiología laboral no contempladas en el artículo 85, precepto que ha sido interpretado a través de uniforme y reiterada doctrina con criterio amplio y flexible, no restrictivo, en función de los principios que presiden este sector del ordenamiento, lo que ha permitido configurar como accidentes de trabajo un gran número de enfermedades ya que la presunción de su núm. 3 sólo cede ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de su relación con el trabajo.

La relación causal que determina la conexión entre trabajo y lesión opera de forma flexible y en sentido amplio, al comprender tanto aquellos supuestos en que el trabajo es causa única o concurrente de la lesión como aquellos otros en que actúa como condición, sin cuyo concurso no se hubiera producido dicho efecto o éste no hubiera adquirido una determinada gravedad, estableciendo el artículo 115.3 LGSS la presunción, salvo prueba en contrario, de que «son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo». La interpretación que, de forma general, se lleva a cabo del artículo 115 LGSS consiste en que no sólo el «acto de trabajo», en sentido estricto, genera la consecuencia del accidente laboral, sino también todo suceso que tenga alguna conexión con el trabajo —o del que no se pruebe que deje de tenerla— queda dentro de la relación de causa u ocasión. A tales efectos, debe otorgarse la calificación de accidente de trabajo cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad laboral y el padecimiento. Siempre se exigirá la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo, lo que impide una aceptación incondicionada de la ocasionalidad pura, esto es, fuera del ámbito de influencia racional del trabajo.

Las disposiciones aludidas son el resultado, por tanto, de una larga evolución legislativa y jurisprudencial² que ha ido engrosando y perfilando el concepto de accidente de trabajo. Esta técnica enumerativa de delimitación conceptual ofrece la virtualidad de combinar un propósito de aclaración, despejando dudas en origen, con otra de asimilación de supuestos que, de otro modo, de no existir la cláusula en cuestión, podrían tener un tratamiento diferente.

Existen pues una serie de supuestos que la norma considera accidente de trabajo que se producen como consecuencia del desarrollo de la actividad laboral y que, en consecuencia, se pueden considerar como una interpretación extensiva de la definición legal. La mayor parte de ellas constituyeron inicialmente una creación jurisprudencial, pasando más adelante a incorporarse a los textos legales. Hoy vienen relacionados en el artículo 115.2 LGSS, donde encontramos hasta siete inclusiones concretas que engrosan el concepto de accidente de trabajo, entre las que se encuentra en su apartado f) las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, agravados por el accidente.

En este contexto cobra especial importancia la presunción *iuris tantum* de que determinados accidentes son de trabajo por el lugar y el tiempo en que se han producido. El párrafo tercero del artículo 115 LGSS establece que «se pre-

² Martín Valverde, A.: “El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, 2000, pág. 221.

sumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo». En palabras de Alonso Olea, «esta es, con seguridad, una de las manifestaciones más importantes, si no la que más, de la potencialidad ampliatoria del concepto de ocasión incluido en la definición de accidente»³. Del tenor literal de este precepto se desprende que probadas las lesiones acaecidas en tiempo y lugar de trabajo, queda asimismo probado, *iuris tantum*, que éstas son constitutivas de accidente. Se trata de una presunción que la jurisprudencia, según sus propias palabras «interpreta y aplica con uniforme y perseverante criterio», criterio que resulta muy amplio pero accidentado, como apostilla Alonso Olea.

2. LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DEL ARTÍCULO 115.2 F) LGSS

Desde antiguo, en virtud del concepto amplio que ya figuraba en la Ley de 30 de Enero de 1900, ya aparecieron supuestos que permitían considerar como contingencia profesional las enfermedades o defectos previos que se veían agravados por la lesión constitutiva del accidente de trabajo⁴, siendo preciso que el accidente contribuya a la agravación de la enfermedad que con anterioridad padezca el trabajador. Se trata de patologías que no derivan de la acción propia del accidente, sino que se producen por enfermedades o defectos que, existiendo con anterioridad, resultan modificadas (constatándose necesariamente una agravación) por el accidente. El precepto legal no concreta el origen de la dolencia previa que se agrava, por lo que puede tratarse de dolencias comunes o profesionales, toda vez que sólo se exige con carácter preceptivo que el incidente de trabajo incida de forma negativa en el estado de salud previo al evento dañoso⁵.

Ya desde antiguo la doctrina jurisprudencial daba respuesta a la pregunta según la cual se cuestionaba qué ocurriría cuando el trabajador padece una lesión natural que el trabajo exacerba. La sentencia del Tribunal Supremo, de

³ Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: “*Instituciones de la seguridad social*”, Civitas, Ed. 14ª, pág. 67.

⁴ García Ormaechea, R.: “*Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Evaluación*”, Madrid, 1925, pág. 110. En este sentido, la STS 18-05-1928 considera accidente laboral el golpe en el pie izquierdo que sufre un guarda-almacén, ya que a causa de dicha lesión se aceleró la diabetes que padecía provocándole la muerte. HERNÁNDEZ JUAN cita otra STS 16-10-1951 según la cual es accidente de trabajo el sufrido por un obrero que padecía de tuberculosis pulmonar y a consecuencia de un violento esfuerzo sufrió un repentino agravamiento que le produjo la muerte. “*Legislación de accidentes del trabajo. Sistemazada y concordada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Leyes concordadas*”, artículo 2º, sección 4ª, pág. 1.

⁵ Martínez Barroso, M.R.: “*Las enfermedades del trabajo*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 40.

24 de noviembre de 1923, declaró accidente de trabajo la rotura de una aorta por un esfuerzo violento realizado por un obrero que padecía una afección cardíaca⁶.

No basta, por tanto, con que la lesión propia del accidente acompañe a la enfermedad para que los efectos de ésta se consideren automáticamente derivados de contingencia profesional, sino que es preciso que exista una agravación cualitativa que determine un nuevo estado patológico, que suponga no sólo una agravación del estado previo sino que se traduzca en un incremento sustancial de las limitaciones funcionales con respecto al momento previo a la producción del accidente. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2003, RCU 1866/2002, declara que deriva de contingencia profesional la agravación de enfermedades o defectos padecidos con anterioridad en un supuesto en que un trabajador sufre una lumbalgia que afecta a una patología del sistema osteo-articular y que determina una incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual. Se concluye que «aún en el caso de no existir una agravación de anteriores dolencias nos hallaríamos en una reducción funcional que arranca de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo». Tales antecedentes dejan de manifiesto que si se produce, sin solución de continuidad, una incapacidad permanente consecuente a un accidente de trabajo que actúa sobre la salud del trabajador incidiendo sobre patologías de carácter común, aún en tal supuesto la contingencia habría de ser profesional, dada la continuidad en la situación de incapacidad que se produce a partir de la fecha del accidente.

A estos efectos la jurisprudencia sostiene el criterio de que ha de ser calificada como accidente laboral aquella dolencia preexistente al hecho dañoso que se agrava o manifiesta por éste porque tal circunstancia —agravación o aparición— es consecuencia del riesgo que se corre al prestar el trabajo por cuenta ajena⁷. Encajan en la previsión expuesta, de este modo, los traumatismos que agravan enfermedades o defectos ya sean congénitos o producidos con anterioridad, y ello, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1987, «sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante»⁸.

A estos efectos, la lesión constitutiva del accidente como suceso desencadenante concausal «agrava, agudiza, desencadena o saca de su estado latente,

⁶ García Oviedo, C.: *“Tratado elemental de Derecho Social”*, Epesa, Madrid, 1946, pág. 324.

⁷ Mateos Beato, A.: *“Diccionario de Seguridad y Salud Laboral: Conceptos de la Ley de prevención de riesgos laborales”*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 30.

⁸ STS 07-03-1987 (RJ 1359).

haciéndolos operantes y patentes»⁹. Con el criterio expuesto, la doctrina jurisprudencial no exige que se produzca un accidente en sentido estricto que agrave la enfermedad previa, siendo suficiente la realización de un esfuerzo (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1977) o la producción de una caída sin lesión traumática importante (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992)¹⁰.

El Tribunal Supremo ha considerado dentro de este apartado algunos supuestos que relacionamos y que resultan ejemplificadores: a. Una invalidez permanente absoluta provocada por el trauma cerebral del accidente sobre una esquizofrenia preexistente¹¹; b. El fallecimiento causado por un *delirium tremens* producido por el traumatismo craneal que resultó del accidente¹²; c. El padecimiento de una hernia discal silente que el accidente convierte en invalidante¹³; d. La presencia de una artrosis vertebral sobre la que el accidente provoca una descompensación¹⁴; e. El padecimiento de patologías de espalda que no habían justificado ninguna incapacidad temporal hasta que se produce el

⁹ García Ortega citando a Alonso Olea/ Tortuero Plaza. “El accidente de trabajo...”, cit., pág. 51.

¹⁰ STS 23-11-1977 (RJ 4538) y STS 27-10-1992 (RJ 7844) Menéndez Sebastián, L., Velasco Portero, T.: “El accidente de trabajo en la más reciente jurisprudencia”, cit., pág. 1198.

¹¹ La STS 10-10-1970 (RJ 3949) declara que «sin desconocer que en la teoría dominante no se admite el origen traumático de la esquizofrenia... no se descarta la posibilidad en el orden técnico del influjo del trauma como reactivador o desencadenante de la esquizofrenia anterior, sin trascendencia en la capacidad del obrero antes del trauma, mientras que ahora la situación mental le invalida absolutamente para el trabajo».

¹² En la STS 07-07-1976 (RJ 3839) el trabajador que sufre el accidente de tráfico se encontraba previamente en tratamiento psiquiátrico por padecer alcoholismo crónico. Cuando se dirige a su domicilio en motocicleta sufre una caída que le produce un traumatismo craneal que, al actuar sobre el fondo alcohólico, pudo desencadenar el *delirium tremens* que finalmente determinó su muerte, estableciéndose, por tanto, un nexo de causalidad entre el óbito del trabajador y el accidente laboral.

¹³ En la STS 23-11-1977 (RJ 4538) el trabajador, cuya categoría era la de peón, sufre una lesión lumbar al levantar unos sacos, habiéndose detectado la preexistencia de una hernia discal. Se valora que «si antes del accidente el demandado trabajaba normalmente, sin dificultad alguna, no obstante estar dedicado a labores rudas y de gran esfuerzo físico, y después de él, no puede hacerlo» ha de admitirse que las secuelas que padece derivan del esfuerzo realizado, y asimismo «que el accidente cooperó como desencadenante o agravó sus consecuencias, que larvada y sin manifestación exterior padecía».

¹⁴ En la STS 20-03-1979 (RJ 1459) el trabajador venía padeciendo con anterioridad al percance una artrosis vertebral en estado latente, siendo relevante que hasta el momento del accidente de trabajo no le había impedido el normal desempeño de las labores de peonaje. Es a raíz del accidente de trabajo cuando «sufrió conmoción y un fuerte trauma dorso-lumbar, al caer de un camión del que descargaba un saco roto junto a un compañero, que, al igual que aquel saco le cayeron encima», presentando en tal momento y con ocasión del percance pérdida de conciencia, contusiones múltiples, especialmente en la región dorso-lumbar, manteniéndose durante seis meses «el cuadro post-conmocional y de descompensación artrósica acentuada», resultando patente en definitiva la agravación de la artrosis previa por descompensación.

accidente de trabajo, y que se agravan al sufrir un tirón lumbar¹⁵; f. La existencia de una paraparesia crónica que puede agudizarse «por cualquier traumatismo leve o brotar de manera espontánea»¹⁶; g. El traumatismo que provoca una ceguera casi total en el trabajador que estaba aquejado de miopía congénita¹⁷; h. El desvanecimiento en el trabajo –consistente en un accidente cerebrovascular agudo–, con o sin traumatismo concurrente, que agrava la hipertensión arterial previamente padecida¹⁸.

Es de reseñar, como subraya García Ortega, que el agente causal o suceso desencadenante ocasionalmente puede no revestir la forma de traumatismo físico. Así puede apreciarse cómo se ha considerado el estrés como factor desencadenante de una hipertensión moderada y diabetes, que a su vez se vieron agravadas, (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de abril de 1990¹⁹), los continuos estados emocionales (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 29 de octubre de 1971²⁰) o la excitación nerviosa (sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2 de diciembre de 1969)²¹.

¹⁵ En la STS 23-02-2010 (RJ 4135) el trabajador, de profesión celador, sufrió un accidente al incorporar a una enferma encamada, sufriendo un fuerte tirón en la espalda con dolor en zonas de cuello y cintura, causando baja por lumbalgia tras esfuerzo. Queda constancia de que el trabajador sufrió un accidente tras el cual «sin haber obtenido el alta médica, acaba siendo declarado en situación de incapacidad total para su trabajo», sin que las lesiones degenerativas que padecía en su columna vertebral (protusión en L3-L4 y L4-L5, hernia discal L5-S1) le hubieran mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía –y sin que conste siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias– quedando incapacitado después del accidente.

¹⁶ La STS 27-10-1992 (RJ 7844) destaca como el trabajador «cuando ayudaba a cargar un camión de fruta, al tomar un cajón efectuando el correspondiente esfuerzo, pisó una piedra y perdiendo el equilibrio cayó en el suelo de espalda», lo que supone un traumatismo al que siguió dolor, suficiente para producir el agravamiento de su patología precedente –una paraparesia, pérdida de fuerza, sin llegar a la parálisis–, que se localiza en ambos miembros inferiores–, ya que al término lesión no cabe darle el estricto sentido atribuido, sino el de «cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional».

¹⁷ En el supuesto indicado en la STS 12-06-1989 (RJ 4568) el trabajador sufre un golpe al cargar unas tapicerías en un camión.

¹⁸ STS 20-06-1990 (RJ 5498).

¹⁹ STS 11-04-1990 (RJ 3465).

²⁰ STS 29-10-1971 (RJ 4037).

²¹ GARCÍA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo... Actualidad de un concepto centenario”, *TS*, núm. 109, 2000, pág. 28. STS 02-12-1969 (RJ 5673).

3. DESCRIPCIÓN GRÁFICA DE LOS HECHOS QUE DETERMINAN LA AGRAVACIÓN DEL CUADRO PATOLÓGICO PREVIO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 2013, SALA DE LO SOCIAL, RECURSO DE CASACIÓN 1899/2012)

Pese a que el enunciado de la sentencia de 3 de julio del Tribunal Supremo parece albergar un supuesto de hecho simple: la agravación de una patología lumbar que determina el que la misma pase de ser considerada una enfermedad común a tener la consideración de contingencia profesional, son varias las apreciaciones relevantes que se pueden extraer de un análisis más detallado.

De entrada se hace preciso realizar una reproducción de los hechos que constituyen el debate y que se concretan en una sucesión de periodos de incapacidad temporal.

Tras nueve meses de prestar servicios laborales, sin incidencias aparentes, un trabajador de la construcción sufre en fecha 4 de marzo de 2010 un tirón lumbar al utilizar una perforadora, emitiéndose un parte de incapacidad temporal con diagnóstico de lumbalgia aguda. De la resonancia magnética realizada se concluye la existencia de un «canal estrecho lumbar focal en L3-L4 y L4-L5, con hernia discal foraminal en L5-S1». Se produce alta médica, por mejoría que permite el trabajo el 21 de mayo de 2010. Tras 3 días de trabajo (22 y 23 coinciden con el fin de semana) sufre un nuevo dolor lumbar y en nervio ciático cuando desplazaba un saco de mortero, siendo el diagnóstico lumbalgia mecánica, siendo nueva alta médica el 2 de junio. De nuevo tras dos días de trabajo (los días 5 y 6 de junio coinciden con el fin de semana) el día 7 de junio el trabajador sufre una recaída del anterior accidente al padecer un nuevo dolor (diagnosticado como lumbalgia mecánica) cuando limaba cantos de tablero de encofrado. No obstante, en este caso la Mutua rehúsa calificar este proceso como accidente de trabajo y remite al trabajador al médico de cabecera quien emite partes de baja de forma sucesiva hasta el 25 de julio siguiente. Finalmente respecto de este proceso consta su anulación por la Entidad Gestora sin que del mismo modo figure la existencia de expediente de determinación de contingencia de este proceso. Incorporado de nuevo a su puesto de trabajo el trabajador sufre un nuevo accidente de trabajo el día 11 de agosto de 2010 cuando cargaba unas cajas de azulejos siendo dado de alta por mejoría que permite el trabajo habitual el 26 de septiembre de 2010. El siguiente proceso de incapacidad se produce 4 días después del alta precedente, el 30 de septiembre de 2010, fecha en la que pese a emitirse parte de accidente de trabajo por la empresa, la Mutua rehúsa admitir la contingencia profesional del proceso, que con diagnóstico de lumbalgia aguda, se tramita como enfermedad común hasta el 13 de abril de 2011. A raíz de este proceso se tramita expediente de incapacidad permanente que, con fecha 12 de mayo de 2011, la deniega. Por último,

se inicia un nuevo proceso tramitado como enfermedad común el 9 de junio de 2011, con diagnóstico de lumbalgia en el curso del cual se declara al trabajador afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, siendo el cuadro clínico descrito: «estenosis de canal lumbar L3-L4-L5, mixta por Resonancia Magnética Nuclear, artrosis posterior y hernia discal foraminal izquierda».

Tenemos pues, en conclusión, varios procesos consecutivos derivados de accidente de trabajo, que culmina cada uno de ellos tras 2 días intermedios de prestación de servicios con un nuevo parte de accidente laboral. Todos los procesos descritos (4 de marzo de 2010, 26 de mayo de 2010, 30 de septiembre de 2010) han alcanzado a través de los actos propios de la Mutua actuante, o de sentencia firme, la consideración de accidente de trabajo. Por último, tras la resolución denegatoria de incapacidad permanente, con fecha 9 de junio de 2011, se inicia el último proceso de incapacidad temporal, esta última vez con la consideración de enfermedad común, que concluye finalmente con la declaración de incapacidad permanente derivada de contingencia común.

Las resoluciones judiciales que se suceden, a instancia del trabajador, se traducen en la declaración por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo de la consideración de la incapacidad permanente como derivada de contingencia profesional, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estimó el Recurso de la Mutua —declara la incapacidad derivada de contingencia común—, por el último, se produce la sentencia del Tribunal Supremo que declara el proceso discutido como derivado de accidente de trabajo. El argumento, y cuestión de debate final se apoya en la consideración de que el último proceso de incapacidad temporal (de fecha 9 de junio de 2011) constituye una recaída de los anteriores procesos de incapacidad temporal, siendo el diagnóstico el mismo (lumbalgia) valorándose a estos efectos que «la patología previa en el raquis lumbar» carecía de relevancia, porque «fue el accidente el que provocó la manifestación de esta patología».

4. LA RECAÍDA EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU INCIDENCIA A LA HORA DE CALIFICAR UNA SITUACIÓN DERIVADA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Antes de centrarnos en la cuestión central de debate creo preciso dedicar, por su relevancia procesal, unas líneas a la admisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Resulta notoria en este sentido la dificultad que ofrece la articulación de este Recurso especial en el ámbito de la Seguridad Social que se traduce en la complicación para cubrir los requisitos de contradicción del actual artículo 219 de la LRJS (anterior 217 LPL). La contradicción

a tal efecto requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; toda vez que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales²². Esta igualdad de conflictos implica, cuando se trata de evaluación de una incapacidad, la comparación de cuadros diagnósticos cuya identidad se antoja harto complicada pues solamente entra en juego la diversidad de padecimientos y lesiones contempladas, sino el grado de las mismas. En este supuesto la peculiaridad deriva de que el recurrente no aportó una sentencia de terceros sino una del Tribunal Superior de Justicia de Asturias relativa a las mismas partes y a la misma patología que ya padecía el trabajador: La divergencia radica en que versaba sobre la contingencia del proceso de incapacidad temporal, de fecha 30 de septiembre de 2010, con diagnóstico de lumbalgia aguda derivada de los sucesivos accidentes producidos por sobrecarga de la columna lumbar; mientras que en el supuesto discutido se discutía la contingencia (no de un proceso de incapacidad temporal) sino de la incapacidad permanente reconocida y que tiene su inicio en el proceso de incapacidad temporal por enfermedad común iniciado con fecha 9 de junio de 2011. En definitiva se estima que el núcleo de la contradicción radica en la calificación como común o profesional de la baja de 30 de septiembre de 2010 que terminó con la declaración de incapacidad permanente, de modo que esta es la cuestión que las sentencias comparadas han resuelto de forma distinta y que se debe unificar. Por este motivo se valora que carece de relevancia que la prestación reclamada en los casos comparados fuese distinta (incapacidad permanente en uno y temporal en el otro), toda vez que la disparidad surge al calificar el origen de esas prestaciones que debe ser el mismo, tal y como revela que la recurrida se apoya en el origen de la baja de 30 de septiembre de 2010.

Una vez aclarada la interesante cuestión preliminar descrita, procede entrar en la cuestión central del debate: la determinación de la contingencia de una incapacidad permanente que deriva de una proceso de incapacidad temporal cuya contingencia es común. Cabe entender que surjan dudas razonables acerca de si cabe declarar en tal caso la contingencia de la incapacidad que se declara como derivada de contingencia profesional. El debate no es baladí, ni una cuestión transparente, si tenemos en cuenta que hay doctrina consolidada²³

²² Tales son los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la admisión del requisito de la contradicción (SSTS de 27 y 28-1-92 [RCUD 824/91 y 1053/91], 18-7, 14-10 y 17-12-97 [RCUD 4067/96 , 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [RCUD 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [RCUD 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 11-3-04 [RCUD 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [RCUD 2336/05] entre otras muchas).

²³ SSTS 22 y 25-01-2007 (RCUD 35/2005 y 3599/2005).

que constata que la presunción de laboralidad no puede servir como base para calificar como accidente de trabajo «un segundo incidente patológico», incluso de la misma naturaleza cardíaca que el primero, pues al no producirse durante el tiempo y lugar de trabajo deja de beneficiarse de la presunción legal. Nos encontramos, pues, con una primera divergencia respecto de la doctrina que presuntamente ha aplicado el Tribunal Supremo (en el caso aludido, relativa a un supuesto de episodios de infartos de miocardio sucesivos). Seguidamente, encontraremos un segundo motivo de disconformidad con la doctrina jurisprudencial precedente.

La dificultad para salvar la estimación del Recurso radica en que si bien había un precedente (sentencia firme del TSJ de Asturias) relativo a que la incapacidad temporal del trabajador, de fecha 30 de septiembre de 2010, se había declarado derivada de contingencia profesional, la incapacidad permanente traía causa de un proceso de incapacidad temporal (con fecha de inicio 9 de junio de 2011) cuyo contingencia es común. Así, declara finalmente el Tribunal Supremo que la contingencia de la incapacidad permanente deriva de contingencia profesional, considerando que el último proceso de incapacidad temporal al que queda asociada la declaración de incapacidad permanente no era sino una recaída con los mismos síntomas que presentó el trabajador desde el principio. Se reproduce a este respecto la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2000 (RCUD 4415/1999) recordando —en relación al concepto de recaída— que la Orden de 1967 habla de «enfermedad», pero, toda vez que la norma nada especifica, no hay razón alguna para constreñir el término a la enfermedad común, circunstancia de la que cabe deducir la inclusión implícita de la enfermedad profesional y, por ende, de los accidentes laborales y no laborales. (La precisión deriva de la aparente dificultad de considerar la existencia de una recaída por distintas contingencias). De este modo, se acaba considerando que se está ante una recaída de la lesión que provocó la primera baja —aunque formalmente las contingencias sean divergentes—, consideración que se entiende acertada y, más aún, cuando no han transcurrido más de seis meses, al apreciarse que no constan bajas laborales anteriores al accidente de trabajo, entendiéndose que la patología lumbar «en estado latente» que presentaba el trabajador se agravó a raíz del accidente.

Nos queda, para finalizar, la duda acerca de si el Tribunal Supremo ha forzado la interpretación de la norma a favor de la justicia material y con un criterio flexibilizador (examinado el supuesto de hecho parece haber pocas dudas acerca de que la actividad profesional del trabajador ha incidido de forma diáfana en la agravación de su patología lumbar). Puede apreciarse, a mayor abundamiento que —sin mencionarse en el texto de la sentencia— se contradicen las conclusiones de la anterior doctrina reflejada en la sentencia de fecha 14 de abril de 2005 (RCUD 1850/2004), la cual había declarado la existencia de

«cosa juzgada» en relación a la contingencia en los supuestos en que se han valorado las mismas lesiones tanto en el caso de la incapacidad temporal previa como en el de la incapacidad permanente. (La consecuencia determinante de la aplicación de esta doctrina habría provocado la desestimación del Recurso de Casación interpuesto, pues de resultar firme o admitida la contingencia del proceso de incapacidad temporal –que en tal caso es común- la incapacidad permanente que deriva del mismo la contingencia no podría ser distinta a la común).

De lo expuesto se deduce que el trabajador tenía a su disposición una alternativa procesal más sencilla que la materializada: la impugnación de la contingencia del proceso de incapacidad temporal de fecha 9 de junio de 2011. A la vista de su indudable conexión con el proceso previo cerrado por resolución, de 12 de mayo de 2011, la declaración de esta contingencia como profesional se muestra como aparentemente sencilla eludiendo así la tortuosa vía por la que se ha optado. De este modo, una vez declarada la incapacidad permanente posterior, habría sido –ahora sí- llana, indiscutida y transparente la procedencia del reconocimiento de la contingencia de tal incapacidad como profesional.

EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 5 de diciembre de 2013

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: El Comité de Empresa solicita la declaración de nulidad de la suspensión colectiva de los contratos de trabajo, impuesta por la empresa (ERTE) en su centro de Sevilla, tras el agotamiento sin acuerdo del preceptivo periodo de consultas. Los fundamentos de su demanda se centran en la procedencia de una medida extintiva, en primer lugar, dado que la situación de la empresa, conforme a la causa alegada por ésta, es estructural y no coyuntural; y, en segundo lugar, porque el convenio colectivo recoge un procedimiento específico para la extinción de los contratos de obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada. Además, alega nulidad del procedimiento por vulneración del principio de no discriminación, ya que el único criterio utilizado para la afectación de trabajadores en el centro de Sevilla fue la condición de trabajadores temporales con contratos de obra o servicio determinado. El Tribunal considerará también la constitución de la comisión negociadora y la legitimidad de los sujetos, desestimando, de nuevo, la pretensión de los demandantes que alegan una división artificiosa de la unidad de negociación.

RESUMEN: La Sentencia desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los representantes de los trabajadores del centro de trabajo de Sevilla de la empresa SITEL IBÉRICA TELESERVICIOS S.A.U. La Audiencia rechaza las pretensiones del Comité de Empresa y declara justificado el ERTE que afectó a los centros de Madrid y Sevilla. Sobre la base del informe de la ITSS analiza las causas y los criterios de selección de trabajadores. La pretensión del Comité de Empresa se centra en la declaración de nulidad basada en

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2009-8766 (JURI) *La gestión socialmente responsable de la crisis* y del Proyecto de Excelencia Investigadora *Régimen jurídico de los Mercados de trabajo transicionales* P09-SEJ-4856.

el hecho de que se produce tras haberse cerrado con acuerdo un ERTE en el centro de trabajo de Barcelona, por lo que considera que ha existido un encadenamiento fraudulento de ERTES, que además rompe la unidad negociadora. Nuestra atención se centrará en un aspecto concreto del proceso: el hecho de que el Tribunal elabore su pronunciamiento sobre la base del informe de la ITSS que se extiende a la valoración, entre otras cuestiones, de los criterios de selección de los trabajadores y, en cierta medida, sobre las causas del procedimiento suspensivo de las relaciones de trabajo.

ÍNDICE

1. CUESTIONES PLANTEADAS: EL CONTENIDO DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
2. EL VALOR DEL INFORME DE LA ITSS Y SU CONTENIDO TRAS LA REFORMA LABORAL EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO
3. LA PROTECCIÓN Y CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA OPCIÓN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS TRABAJADORES
4. CONCLUSIONES

1. CUESTIONES PLANTEADAS: LA IMPORTANCIA Y EL CONTENIDO DEL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO

La Sentencia que comentamos suscita un gran número de cuestiones que iremos tratando a lo largo de este comentario, si bien, dada la temática del mismo, enmarcada dentro de la voz *Derecho Administrativo Laboral*, nos centraremos en el papel de la Administración en el procedimiento de suspensión de contratos o despidos colectivos, y, en particular, en el papel central que juega en esta sentencia el informe de la ITSS, y los extremos del mismo.

Como sabemos, una de las novedades más importantes de la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de la Seguridad, seguido por la Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo nombre, fue la supresión de la autorización administrativa de las decisiones empresariales de extinción colectiva de los contratos de trabajo, justificada por la “celeridad que es esencialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales”¹. A menudo, se ha dicho, las partes se veían obligadas a finalizar el período de consultas con acuerdos, como forma de lograr la necesaria autorización administrativa. Por ello, con esa finalidad y la de lograr que el período de consultas se centrara en la posibilidad

¹ Vid. Exposición de motivos de la Ley 3/2012 (contenida también con la misma justificación en el Real Decreto Ley que la precedió).

de reducir o evitar los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, se introducen importantes cambios en los procedimientos de carácter colectivo de suspensión o extinción. Sin embargo, la autoridad laboral queda presente en los procedimientos regulados en la nueva norma, si bien, como garante del buen desarrollo del período de consultas, y de la protección de los trabajadores afectados de cara a percibir prestaciones por desempleo.

Así, tras la supresión de la autorización administrativa, algunos autores consideraron que el período de consultas carecía de sentido, al quedar la decisión final en manos del empresario, quien podía despedir o suspender los contratos de trabajo aunque no existiera acuerdo alguno al respecto. No parece que sea éste el resultado real de la reforma, ya que, si observamos la gran cantidad de sentencias que se están dictando en el ámbito de los despidos colectivos (ERES) y suspensiones (ERTES), son muchas las que consideran el período de consultas como el aspecto más relevante del procedimiento, debiendo quedar garantizados importantes aspectos del mismo, como la constitución de la comisión negociadora y la legitimidad de los sujetos negociadores, la documentación facilitada por la empresa para acreditar la causa, la buena fe en la negociación – residenciada en muchos casos en la necesidad de que existan propuestas y contrapropuestas y que la empresa las considere –, los criterios de selección de los trabajadores, y el respeto, en definitiva, al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

Pero también constituye un objetivo declarado de la reforma laboral de 2012, evitar que los tribunales realizasen juicios de oportunidad sobre la gestión de la empresa, tratando de dejar el control judicial limitado a la constatación simple y llanamente de las causas alegadas por la empresa. Esta cuestión, sin embargo, parece que ha contado con una importante “resistencia” por parte de los tribunales, que no renuncian a valorar la efectividad de la medida en la conservación del empleo y la protección de los trabajadores en la empresa. Hemos de observar cómo de la ingente producción de sentencias sobre la materia obtenemos una conclusión clara; si bien no es posible apreciar ya un juicio de oportunidad, dado que esto corresponde a la gestión empresarial², sí se precisa

² Vid. por ejemplo la doctrina emanada de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, como STSJ Madrid de 4 de abril de 2013 (nº recurso 18/2013), STSJ Canarias de 26 de febrero de 2013 (nº recurso 18/2012) y SAN de 15 de octubre de 2012 (nº recurso 162/2012); o la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014 (nº recurso: 100/2013), sobre modificación colectiva de las condiciones de trabajo, conforme a la cual “aunque a la Sala no le correspondan juicios de oportunidad que indudablemente pertenecen ahora – lo mismo que antes de la reforma – a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta (art. 24.1 CE), determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar – si concurriese – la posible vulneración de derechos fundamentales.

un juicio de legalidad de las causas, e incluso se deja ver un juicio de idoneidad de la medida o de adecuación entre la causa acreditada y la medida adoptada por la empresa³. Es posible encontrar, por ejemplo, pronunciamientos judiciales en los que se aplaude el recurso a medias de flexibilidad interna, frente a medias de extinción de la relación laboral. Y la sentencia que comentamos es un ejemplo de ello.

Como decimos, la autoridad laboral sigue siendo receptora de la comunicación de apertura del período de consultas y de la constitución de la mesa negociadora, y su principal papel es el de ser garante del buen desarrollo de período de consultas y de su ajuste a la legalidad. Así, conforme a la actual redacción del artículo 51, “la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones”, pudiendo realizar también funciones de mediación y de asistencia a las partes. Además, seguirá siendo receptora de la comunicación de apertura del período de consultas y deberá informar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y recabar e informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS). El informe, dice el precepto, “versará sobre los extremos de la comunicación de apertura del período de consultas y sobre el desarrollo del mismo”. Este informe, como podremos constatar, juega un papel fundamental en el desarrollo del proceso de despido colectivo⁴.

El artículo 51 del ET, se encuentra desarrollado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁵ que reitera las actuaciones de la autoridad laboral y de la ITSS en el desarrollo del período de consultas. Se detalla, asimismo el contenido del informe en el artículo 11 del Reglamento, destacando que éste versará sobre los extremos de la comunicación empresarial y sobre el desarrollo del período de consultas. Este informe quedará incorporado al procedimiento, por lo que, en caso de impugnación de la medida, podrán acceder al documento del informe.

El informe de la ITSS, por tanto, conforme a lo establecido en el reglamento deberá contener los siguientes extremos:

1.- Deberá constatar que la documentación presentada por el empresario se ajusta a la exigida, con carácter general, en el artículo 3; así como la que se requiere en los artículos 4 y 5, en función de la causa alegada. Siendo fundamental para el normal desenvolvimiento del período de consultas, ya que,

³ Vid. por ejemplo, Palomo Balda, E., “111 Sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional”.

⁴ Vid., referido al procedimiento especial para las Administraciones públicas, Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, en el libro colectivo *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Ed. Punto Rojo, pág. 240.

⁵ BOE del 30.(nº 261).

de lo contrario, se estaría incurriendo en un importante vicio de nulidad, al no permitir que la representación de los trabajadores pueda defender correctamente sus intereses⁶.

2.- Deberá ser garante así mismo del normal desarrollo del período de consultas, debiendo informar cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el período de consultas. En este caso, lo pondrá en conocimiento de la autoridad laboral para que proceda conforme a lo establecido en el artículo 51.6 ET, conforme al cuál, ésta podrá impugnar los acuerdos adoptados en el período de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad.

3.- Debe garantizar también, que el acuerdo no tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, considerado también causa de impugnación del acuerdo para declarar su nulidad.

4.- Deberá verificar que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del ET, sin perjuicio de los criterios de permanencia en la empresa regulados legalmente⁷.

5.- Debe asegurar que se cumple lo establecido en el artículo 7 del RD, relativo al desarrollo del período de consultas; es decir, su contenido – las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento –, el desarrollo del mismo – fijando un calendario de reuniones o el número de ellas y el intervalo entre las mismas –, los plazos máximos regulados en el mismo y las formalidades previstas – levantamiento de acta de cada sesión, que deberán firmar los asistentes y que quedará incorporado al procedimiento en caso de impugnación de la medida –; y negociación de buena fe en aras de la consecución de un acuerdo.

6.- Por último, deberá informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresa obligadas a ello han presentado el plan de recolocación externa a que se refiere el artículo 9 del Reglamento, y que éste cumple los requisitos exigidos en dicho artículo.

En el presente caso, el informe es emitido por la Dirección Especial de la ITSS, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Reglamento de Orga-

⁶ Vid. STSJ Madrid (Sala de lo Social), de 28 de junio de 2013 (nº recurso: 1210/2013).

⁷ Nótese que el anterior Reglamento 801/2011 (artículo 8), establecía como obligación empresarial, la comunicación de la “relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos”, siendo ésta una opción del empresario.

nización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

2. EL VALOR DEL INFORME DE LA ITSS Y SU CONTENIDO TRAS LA REFORMA LABORAL EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Como hemos dicho anteriormente, el nuevo procedimiento aplicable a los procedimientos de suspensiones y despidos colectivos, recoge la participación de la autoridad laboral como garante del normal desenvolvimiento del período de consultas, para lo que se apoyará en el Informe, de carácter preceptivo, solicitado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Una vez evacuado el informe, dice la norma, éste queda incorporado al procedimiento.

La presencia de la administración laboral en los procedimientos de reestructuraciones empresariales goza de una importante tradición en el ámbito de la legislación laboral española⁸, si bien, la nueva regulación a través del RD 1483/2012, da un importante giro al papel de la ITSS en el procedimiento. La autoridad laboral, que resultaba protagonista al tener potestad para autorizar o denegar la adopción de la medida empresarial, queda ahora en un segundo plano, para garantizar el buen desenvolvimiento del período de consultas. Para esta labor, se apoyará de nuevo en la Inspección de Trabajo, para lo que habrá de solicitar un informe que versará sobre todos los extremos a que nos hemos referido anteriormente.

Ahora bien, hay algo en este punto que no ha cambiado: la administración laboral tiene facultades de control de la legalidad del proceso, no de oportunidad, por lo que no deberá pronunciarse sobre la idoneidad u oportunidad de la medida adoptada por el empresario, sino por el cumplimiento de lo establecido en las normas legales y reglamentarias.

Además, en relación con el contenido del informe de la Inspección, hemos de destacar que, mientras que la anterior regulación del procedimiento de regulación de empleo, a través del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, contemplaba, en su artículo 9.2, que el informe debía ser comprensivo “de las causas motivadoras del expediente de regulación de empleo en los términos previstos en el artículo 51.1 ET, y de cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver fundadamente”; la actual regulación del procedimiento no contempla la revisión de las causas que justifican la medida. De este modo, en la anterior regulación la Inspección de Trabajo gozaba de una amplia discrecionalidad y ámbito de actuación al no estar su informe limitado en cuanto a su contenido;

⁸ Vid. Gómez Muñoz, J.M., “Crisis económica y actuación de la Administración Laboral en los Expedientes de Regulación de Empleo”, en *Temas Laborales*, nº 99, 2009, pp. 135 y siguientes.

dejando a juicio de la Inspección la determinación del contenido necesario de su informe, para permitir a la autoridad laboral dictar una resolución fundada en derecho. Por ello, era lógico que el informe de la ITSS versara sobre la legalidad y adecuación de las causas alegadas por el empresario.

La actual regulación del informe de la ITSS, como hemos visto en el apartado anterior, recoge un contenido tasado y se circunscribe tan sólo a la legalidad del período de consultas y de la documentación aportada por el empresario, los criterios de selección de los trabajadores, las medidas sociales de acompañamiento así como a la posible apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Se omite, así, la cláusula abierta que contenía el anterior regulación.

En el caso que nos ocupa, el Comité de Empresa del centro de trabajo de Sevilla, de la empresa demandada, impugna el procedimiento por diversas cuestiones que afectan al procedimiento, pero también a la causa. Si analizamos con detalle la sentencia, veremos cómo el Tribunal se apoya en el Informe de la ITSS para expresar ciertos juicios de valor sobre el proceso de suspensión colectiva de los contratos.

En primer lugar, en relación con la cuestión relativa a la demanda planteada por los representantes de los trabajadores, que consideraron que la empresa dividió artificiosamente la unidad negociadora, al promover previamente el ERTE en el centro de trabajo de Barcelona y luego en el centro de trabajo de Sevilla, existiendo en el mismo las mismas causas. La sentencia cita el informe de la Inspección para apreciar una contradicción en las demandas de los propios representantes de los trabajadores, quienes inicialmente defendieron la negociación centro por centro, sobre la base de que las causas eran diferentes. Y lo corrobora con las actas del período de consultas.

En segundo lugar, también se apoya en este informe para justificar que no se trata de un encadenamiento fraudulento de ERTES. Y, en tercer lugar, se vuelve a apoyar en la tesis de la Inspección de Trabajo a la hora de descartar que el criterio de selección de trabajadores sea discriminatorio por afectar a trabajadores temporales. Este último aspecto sí forma parte del contenido del informe según el reglamento, si bien, no lo es tanto la apreciación del carácter fraudulento o no del encadenamiento de ERTES.

No obstante, dicha apreciación la hace la Inspección en su informe precisamente al hilo de la consideración de la constitución de la comisión negociadora y la determinación de la unidad negociadora. En la segunda cuestión que aborda el informe de la Inspección, ésta entra a valorar la actuación de la empresa en relación con la reubicación de 38 trabajadores con contrato fijo en la campaña de Endesa – uno de los clientes cuyo contrato finaliza el 31 de diciembre de 2013 y que constituye la causa principal del ERTE inicialmente, si bien, ésta situación no era conocida por la empresa en el momento de ini-

ciar el ERTE en el centro de Barcelona, según constata el informe – , sin que se pudiera haber hecho lo mismo con los trabajadores con contrato de obra o servicio, ya que ello implicaría una novación del objeto del contrato. De este modo, la Inspección de Trabajo entra a valorar la actuación de la empresa a la hora de evitar la medida extintiva y considera que actuó conforme a su objetivo, primar una medida de flexibilidad interna, frente a una medida extintiva. En base a ello, insiste el tribunal en considerar que la parte demandante no ha logrado probar el fraude en el encadenamiento de los ERTES. Considera probado, como así lo recuerda el informe de la ITSS, el retroceso cualitativo de las llamadas en el centro de Sevilla, destacando que éste se produce a partir del mes de mayo. También considera que la empresa demandada “neutralizó” el desequilibrio entre la demanda y la plantilla de su centro de Sevilla, al traspasar personal fijo a la plataforma de otro de los clientes de la empresa.

3. LA PROTECCIÓN Y CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA OPCIÓN DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS TRABAJADORES

Otra cuestión planteada en la Sentencia de la Audiencia Nacional es la que encontramos reproducida en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, relativa a la aplicación del artículo 17 del convenio colectivo, a solicitud de la representación de los trabajadores, con carácter preferente al procedimiento de suspensión de condiciones de trabajo. Es muy interesante considerar la opinión del Tribunal que llega a “sorprenderse” de la petición de la parte demandante. Veamos por qué.

En primer lugar, el artículo 17 del convenio colectivo aplicable a la empresa regula un procedimiento específico para la extinción de los contratos de obra o servicio, cuando la causa es “la disminución del volumen de la campaña contratada”. En este caso, prevé, la reducción del número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, de forma proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio, lo que representa, en realidad, un límite cuantitativo para la extinción de estos contratos. En segundo lugar, establece que la medida extintiva debe ir dirigida a que se permita el mantenimiento y continuidad de dicho servicio por parte de la empresa. Y, en tercer lugar, establece los criterios para la selección de los trabajadores afectados por esta situación.

Lo más relevante de este procedimiento es que exige que se haga entrega a los representantes de los trabajadores de la documentación que justifica la medida y que ésta se adecue al hecho concreto que fundamente la adopción de la medida. Permite a los representantes de los trabajadores evaluar y contrastar

la documentación, pudiendo solicitar, incluso, “justificadamente, otros documentos o datos que considere necesarios para complementar la documentación entregada”. Incluyendo, a continuación, un listado de documentos que deberán entregarse de forma obligatoria.

Como vemos, se trata de un procedimiento similar al prescrito en la norma para los procedimientos de suspensión o extinción colectiva, si bien, no incluye negociación, sino simple comprobación de la causa por los representantes de los trabajadores. La extinción de los contratos se comunicará por escrito a los trabajadores afectados, con un plazo de preaviso específico que, en caso de no cumplirse podrá ser sustituido por una indemnización tasada en el convenio.

Pero el aspecto más importante, por parte de los trabajadores, es que incluye un derecho de “reincorporación” a la campaña o servicio, si la empresa necesitara aumentar el número de trabajadores; así como la prohibición de realizar contratos eventuales para circunstancias de la producción, si existen trabajadores con derecho a reincorporarse a una campaña o servicio. El incumplimiento de este precepto por parte de la empresa dará derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente conforme a la previsión de la disposición transitoria 5ª del Real Decreto Ley 3/2012, o con una cantidad equivalente a 33 días de salario por año y proporcional al tiempo de trabajo efectivo, en función del momento en que se formalizó su contrato.

Además, el convenio prevé que los trabajadores afectados por esta situación, tendrán derecho, en el momento de la extinción de su contrato, a la indemnización establecida en cada momento por la legislación vigente.

Pues bien, el Tribunal declara en su sentencia que “sorprendentemente” el Comité de empresa de Sevilla mantuvo “que la empresa demandada debió utilizar dicho precepto y extinguir los contratos de obra en vez de promover el ERTE” y, declara el Tribunal, “subrayamos nuestra sorpresa porque no es habitual que los representantes de los trabajadores propongan fórmulas extintivas como alternativas a las medidas de flexibilidad interna promovidas por la empresa”.

La petición del Comité de Empresa se fundamenta en el hecho de que la mayoría de los trabajadores afectados por el ERTE del centro de trabajo de Sevilla, se encuentran ligados a la empresa por un contrato de obra o servicio – en fraude de ley, según declaran los mismos, si bien, esta no es una cuestión que aparezca como hecho probado en la sentencia –. Y, como sabemos, la duración de los contratos sigue computándose a pesar de la suspensión, por lo que, en caso de que los contratos sean temporales, como los de los trabajadores afectados por el ERTE, salvo pacto expreso en contrario, su duración se consume igualmente a pesar de la suspensión. De este modo, si, como finalmente sucede, la empresa cliente, comunicase a la demandada la extinción de su contrato, los contratos de obra o servicio vinculados a la misma, se extinguirían durante

la duración del ERTE. Esta es la previsión de los trabajadores y, por ello, solicitan la aplicación de la medida prevista en el convenio colectivo.

El Comité de Empresa valora en este caso, la extinción como medida más beneficiosa para los trabajadores, sea a través de un ERE – lo que se justifica en el hecho de que consideran que la situación de la empresa es estructural y no coyuntural –, en cuyo caso tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores para los procedimientos de despido colectivo; sea a través de la aplicación del artículo 17 del Convenio Colectivo vigente, en cuyo caso, percibirán la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de obra o servicio determinado y generarán un derecho de reincorporación, en los términos previstos en el mismo.

Si, como se plantea en la Sentencia, la adopción de la medida de flexibilidad interna, debe ser prioritaria a la extinción de los contratos, ¿cómo se explica entonces que esa medida conduzca a la extinción de los mismos por expiración del tiempo y extinción del contrato mercantil que daba lugar a los contratos, sin que exista en ese caso derecho alguno a indemnización? Esta es la pregunta, a nuestro juicio, que se hacen los trabajadores.

En relación a esta cuestión, hemos de valorar si es preciso proteger y aplicar el convenio colectivo vigente, lo que corresponde precisamente a la Inspección de Trabajo, conforme a lo establecido en la Ley 42/1997; si bien, es cierto, como dice el propio Tribunal, que no es esta una cuestión que pueda sustanciarse en un procedimiento colectivo de impugnación de una medida empresarial de suspensión de los contratos de trabajo.

No entra a conocer de ello el informe de la Inspección de Trabajo, aunque el Comité de empresa manifestó en su comparecencia la existencia de fraude de ley en las contrataciones de obra o servicio, ya que algunos trabajadores contaban con una antigüedad de más de 14 años en la empresa. Pese a poner de manifiesto el informe esta alegación de los demandantes, concluye el informe que “la informante no aprecia discriminación en el criterio de temporalidad aplicado en el centro de Sevilla, que implica, por la baja del negocio con Endesa, suspender las relaciones laborales de los trabajadores vinculados por contratos de obra para prestar servicios para Endesa”.

De este modo, quedan sin resolver las dos cuestiones centrales que plantea el Comité de Empresa; la aplicación del convenio colectivo y su procedimiento de extinción de los contratos de obra o servicio, y la afectación de trabajadores temporales en un procedimiento de suspensión de contratos de trabajo, cuando es previsible que dichos contratos se extingan durante el tiempo de duración de la medida suspensiva.

4. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, el papel central que el informe de la ITSS adopta en procedimientos de suspensiones o despidos colectivos, nos lleva a considerar el contenido que al mismo le asignan la Ley y el Reglamento. Así, se trata, a nuestro entender, de un auténtico control de legalidad, por lo que los juicios de oportunidad o las referencias a la idoneidad o no de la medida, no constituirían objeto del informe, y dejarían por tanto, de estar investidos de la fuerza probatoria que tiene los documentos de la ITSS.

En la sentencia comentada, el Informe de la ITSS no entra a conocer cuestiones relativas a la legalidad de los contratos de los trabajadores o la aplicación del convenio colectivo, si bien, parece dar por válida la alegación de la empresa y la justificación de que la causa alegada tiene un carácter coyuntural y no estructural. E incluso que la medida suspensiva no responde a un encadenamiento fraudulento de ERES en los diferentes centros de trabajo de la empresa, a pesar de que la causa alegada es igualmente organizativa y productiva.

Es lógico pensar que el contenido del informe de la ITSS en un procedimiento semejante deba ceñirse a lo prescrito en el artículo 11 del RD 1483/2012, al igual que el Tribunal no pudo entrar a conocer el carácter fraudulento de los contratos en un procedimiento de naturaleza colectiva; sin embargo, cuesta pensar que la aplicación de la medida de flexibilidad interna en la empresa, y en esto discrepamos de la opinión expresada en la Sentencia, deba ser preferente cuando genera un perjuicio a los trabajadores.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

INDEMNIZACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN EMPRESAS DE MENOS DE VEINTICINCO TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 2013

OLGA GARCÍA COCA*

SUPUESTO DE HECHO: Como consecuencia de las dificultades económicas que atraviesa la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO S.A, se decide extinguir la relación laboral de una serie de trabajadores, despido que será fundado en las causas reguladas en el art. 52, c) Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se regula el Estatuto de los Trabajadores (ET). La empresa abona a los trabajadores despedidos el 100% de la indemnización y luego solicita al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) el 40% de la citada indemnización, ya que según el art. 33.8 ET tiene derecho a pedir esta prestación. El FOGASA deniega esa prestación a la empresa ya que no cree que la empresa haya despedido a los trabajadores por la necesidad de amortizar puestos de trabajo (requisito necesario para solicitar esa prestación) puesto que, posteriormente, contrata a los mismos trabajadores despedidos sin haber dado lugar a una recuperación económica de la misma, lo que se acredita por el plazo de tiempo tan breve que transcurre desde el despido de esos trabajadores. El empresario acude a los Tribunales para que se le reconozca este derecho.

RESUMEN: Aceptando la existencia de contradicción, el TS (RJ\2013\8028) desestimará el recurso de casación al entender que las contrataciones posteriores de los trabajadores despedidos acreditaban la no existencia de la amortización de los puestos de trabajo, por lo que no se cumple el requisito necesario impuesto por el art. 33.8 ET para el pago de la prestación por parte del FOGASA. La sentencia entiende además que lo acontecido puede calificarse como un verdadero supuesto de novación de contratos, puesto que los trabajadores despedidos fueron contratados de nuevo sin que dichas contra-

* Becaria FPI del Ministerio de Economía y Competitividad. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

taciones se ajustasen a la eventualidad, pese a que pueda pactarse siempre, de una posible recolocación. Pacto que pueda ser ciertamente alcanzado incluso en el momento del despido.

Añade el TS que junto al corto plazo o cercanía temporal entre los despidos y la recontratación, no se ha acreditado ningún cambio en la situación económica y productiva en la empresa, por lo que no tiene sentido que se realicen nuevas contrataciones a los mismos trabajadores si hacía poco tiempo que la empresa los había despedido. La decisión se fundamenta, pues, no tanto en la existencia de un fraude de ley, sino más directamente en el incumplimiento de uno de los requisitos necesarios establecidos por el art. 33.8 ET, en cualquiera de sus versiones, para el acceso a esta prestación del FOGASA.

INDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO (ART. 47.1 ET) DE TRABAJO VERSUS DESPIDO COLECTIVO
3. RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y DE LA PARTE CORRESPONDIENTE AL FOGASA
4. LA EXISTENCIA DE LA CAUSA SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA OBLIGACIÓN DE ABONO POR EL FOGASA DE LA PARTE DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL. CONSECUENCIAS DE LA DEROGACIÓN DEL ART. 33.8 DEL ET
5. LA DEROGACIÓN DEL ART. 33.8 ET

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Con fecha 29 de enero de 2010, la empresa INDUSTRIA RIOJANA DEL ALUMINIO S.A, con una plantilla inferior a veinticinco trabajadores comunicó a seis de sus trabajadores su decisión de extinguir sus contratos de trabajo por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción en los términos establecidos en el art. 52, c) del ET¹. Ante este hecho, los trabajadores presentaron papeleta de conciliación, celebrándose la misma el 19 de febrero de 2010, alcanzando los trabajadores un acuerdo con la empresa en el que se mejoró la indemnización legal que les correspondía por la extinción del contrato.

Abonadas las indemnizaciones por la empresa, ésta solicitó del FOGASA el pago del 40% del importe de las indemnizaciones (se supone que sólo de la parte de indemnización legal, no del total que es superior), como así está previsto en el

¹ BOE núm.75 de 29 de marzo de 1995.

art. 33.8 del ET². Sin embargo, el FOGASA acordó denegar la prestación solicitada -en relación a cuatro de los seis trabajadores-argumentando que la empresa volvió a contratar a estos trabajadores para los mismos puestos de trabajo, demostrando de esta forma que su despido objetivo no fue motivado por la necesidad de amortizar puestos de trabajo, establecida en el art. 52, c) ET, incumpléndose en consecuencia el requisito establecido en el art. 33.8 ET. Contra la resolución del FOGASA la empresa decidió interponer demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño, que fue desestimada mediante Sentencia de 1 de diciembre de 2011, la cual, recogiendo los argumentos del FOGASA, estableció que, con las nuevas contrataciones por parte de la empresa de los mismos trabajadores cuyos contratos se habían extinguido al amparo del art. 52, c) ET, se ponía de manifiesto que no se había producido realmente una amortización de los puestos de trabajo, por lo que no concurría el presupuesto de hecho necesario para el abono por parte del FOGASA del 40 por 100 de la indemnización correspondiente.

Frente a la resolución del Juzgado de lo Social, la empresa interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Rioja, el cual, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2012³, confirmó la sentencia de instancia, con argumentos similares a los expresados, considerando que no procedía trasladar al FOGASA la responsabilidad directa del pago del 40% de la indemnización por despido, ya que la actuación de la empresa había sido defraudatoria al contratar a cuatro de los trabajadores despedidos en los periodos acreditados, no de forma puntual y esporádica, sino reiterada; sin constar ni siquiera, en cuanto a dos de ellos, la baja. Según el TSJ, con esta actuación de la empresa no se habría cumplido el requisito fundamental e ineludible para que se pudiera aplicar el abono de la prestación económica del FOGASA del 40 por 100 de la indemnización ya que,

² En la fecha del pleito, la versión vigente del 33.8 ET era diferente, ya que establecía el 40% de la indemnización y en la actual se habla de una indemnización de 8 días de salario por año. Art. 33.8 ET (versión 2010); *“En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.”* Art. 33.8 del ET (redacción dada por el artículo 19 del R.D.-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral .BOE núm. 36 de 11 de febrero 2012); *“En los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores, cuando el contrato se extinga por las causas previstas en los artículos 51 y 52 de esta Ley o en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Fondo de Garantía Salarial abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año. No responderá el Fondo de cuantía indemnizatoria alguna en los supuestos de decisiones extintivas improcedentes, estando a cargo del empresario, en tales casos, el pago íntegro de la indemnización. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.”*

³ JUR 2012\407404

de la descripción de los hechos no se deducía la necesidad de amortizar puestos de trabajo.

Contra la Sentencia del TSJ de la Rioja, la empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (TS), aportando como Sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del mismo TSJ de la Rioja, de 29 de junio de 2012⁴. Según la Sentencia de contraste, ante el despido objetivo de dos trabajadores fundado en el art. 52, c) ET, la empresa tenía derecho a percibir del FOGASA el porcentaje de la indemnización establecida en el art. 33.8 del ET, ya que efectivamente se produjo el despido objetivo de dos trabajadores, aunque posteriormente fueran contratados para el mismo puesto de trabajo por la empresa demandante. A tenor de la Sentencia de contraste, en el momento de los despidos objetivos concurrían las causas técnicas, económicas organizativas o productivas determinantes de la decisión de extinguir los citados contratos de trabajo, si bien el dinamismo propio del funcionamiento de toda empresa justifica ceses y nuevas contrataciones necesarias para atender a las variables exigencias del mercado, por lo que una valoración objetiva de este hecho empresarial no podía acreditar la existencia de fraude de ley alegada por el FOGASA. En todo caso, añadía la Sentencia de contraste, la existencia del fraude de ley tenía que ser probada, no pudiendo presumirse, de forma que sólo podría declararse si existieran indicios suficientes de ello que necesariamente habrían de extraerse de hechos que aparecieran como probados en el correspondiente relato fáctico, lo que en ningún momento se podía entender que había logrado el FOGASA.

De ahí que, con el fin de valorar si el empresario, tiene derecho o no a percibir el 40% de la indemnización, en las siguientes páginas, se analice si éste ha cumplido los requisitos legales para ser beneficiario de esa prestación y si el despido que genera esa indemnización, es acorde con la situación real de la empresa, teniendo en cuenta que los trabajadores son contratados nuevamente en un breve lapso de tiempo, dejando entrever que la empresa, quizás no tuviera una situación económica tan desesperada puesto que, en el transcurso del tiempo que existe entre los despidos y las nuevas contrataciones no ha podido mejorar tanto el contexto económico de la misma.

2. SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO DE TRABAJO (ART. 47.1 ET) VERSUS DESPIDO COLECTIVO

Para la Sentencia del TS y atendiendo a las nuevas contrataciones de los trabajadores despedidos, la empresa pudo establecer una suspensión de los contratos de trabajo más que una extinción de los mismos basándose igualmente en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir que las causas alegadas, que pueden propiciar desde luego que el empresario decida extinguir la relación laboral,

⁴ JUR 2012\271059

podrían haberse utilizado para proceder a la suspensión de los contratos, evitándose la extinción si la verdadera intención del empresario era recurrir nuevamente a estos trabajadores cuando la situación empresarial mejorase. En efecto, conforme al art. 47.1 ET; *“El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente. Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o venta”*.

Desde luego que se trata de una decisión empresarial que la ley no puede imponer pero, atendiendo a las circunstancias del caso (extinción y posterior nueva contratación, en un plazo muy breve, de los mismos trabajadores), se puede sostener que, si la previsión de la empresa era la posterior nueva contratación de los trabajadores, no tiene sentido, en aras a garantizar la sostenibilidad del empleo, proceder al despido objetivo de los mismos fundado en las causas previstas en el art. 52.c) del ET. De forma que el despido sólo estaría justificado si la empresa no tiene un conocimiento fundado y real de la posible mejora de su situación, ya que la empresa, a veces, sólo puede hacer previsiones a corto plazo sobre la evolución de su situación económica, técnica, organizativa o productiva, y carecer de datos o de previsiones sólidas acerca de su desarrollo posterior; lo que, de cambiar las circunstancias de forma poco o nada previsible, los despidos estarían justificados y, posteriormente, también lo estarían las nuevas contrataciones que, desde este punto de vista, serían perfectamente legítimas.⁵

⁵ En el momento en que se produjo el despido (29 de enero de 2010) la redacción vigente del art. 47.1 ET era la siguiente; *“El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán. La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. En este supuesto, el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 51 de esta Ley, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.”* Este cambio en la redacción no afecta a los argumentos contemplados en este comentario de jurisprudencia, ya que el nuevo art. 47.1 ET lo único que introduce es la explicación de lo que se considera causa económica suficiente para justificar la suspensión por ese motivo. La redacción del art. 52, c) ET vigente en el momento de inicio del despido era: *“Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.”* La diferencia entre las redacciones de los artículos cuando se produce el despido y cuando se obtiene la Sentencia del TS no cambia los argumentos contenidos en este comentario.

A este efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado⁶, declarando como improcedente el despido realizado al amparo del citado art. 52.c) ET cuando no se prueben como suficientes las causas económicas en las que se fundamenta el despido objetivo, ya que se exige que esta situación tenga una cierta permanencia en el tiempo y que la misma contribuya a la mejora de la situación de la empresa, es decir, que esa medida extintiva conlleve el resurgimiento empresarial para que ésta pueda seguir adelante con su actividad productiva. Con esto se quiere decir que, si en el momento del despido existe la posibilidad de contratar nuevamente a los trabajadores despedidos, en realidad no se cumple con el requisito de que las causas económicas tengan una duración prolongada en el tiempo, quedando sólo como alternativa legalmente adecuada la de la suspensión del contrato en vez de su extinción, teniendo en cuenta que la nota diferenciadora de estas dos figuras es, justamente, el carácter de las medidas adoptadas en función de las circunstancias que las justifican respectivamente: coyuntural (en cuyo

⁶ Sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2006 (AS 2006\1422); “.. la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa; las exigencias que la Ley impone en este sentido son de menos intensidad y rigor. A este respecto hay que tener en cuenta que el art. 52-c) se remite, en lo que concierne a las causas de la extinción, al art. 51-1, y según éste se ha de entender que concurren causas económicas, «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya... a superar una situación económica negativa de la empresa». La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión «contribuya» es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”. Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de enero de 2008 (AS 2008\804); “Ahora ya no es necesario que esta medida contribuya a “garantizar la viabilidad futura de la empresa”, como antes se exigía, por remisión del citado artículo al artículo 51 del mismo Estatuto, sino únicamente que tenga por objeto «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos». No hay duda que esta nueva redacción amplió considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este método de resolución de los contratos de trabajo, dado que ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa y únicamente deberá probar la concurrencia de dificultades que incidan en su buen funcionamiento. Ahora bien, esta flexibilización de los requisitos que antes se exigían, no exime a la empresa del deber de acreditar que, efectivamente, existen una serie de dificultades de una cierta entidad, y que para su superación, la extinción de los contratos de trabajo es una medida adecuada y razonable.” Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2007 (RJ 2007\1910); “Partiendo de la premisa anterior, es claro que no se han acreditado en el caso de manera suficiente las causas empresariales aducidas. Los hechos probados no dicen nada de la situación económica negativa de Butasol, SL, que es conjuntamente con Gas Málaga titular de las relaciones de trabajo de las actoras. Y la causa productiva de rescisión del contrato de concesión de Gas Málaga por parte de Repsol Butano, SA no consta tampoco que haya afectado a Butasol. Así las cosas, no se ha demostrado en el despido de las demandantes hoy recurrentes la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo» –en concreto, los puestos de trabajo de las actoras– a que se refiere el pasaje inicial del art. 52.c. ET, por lo que los despidos de las mismas se han de calificar como improcedentes.”

caso lo procedente es la suspensión) o definitivo (lo que justifica el despido).⁷

De forma que, el empresario puede legítimamente optar por despedir a los trabajadores, por las razones del art. 52 c) ET y no suspenderles el contrato de trabajo por las mismas causas, si las previsiones sobre la evolución de la empresa impiden saber, en el momento de la decisión empresarial, si tales circunstancias van a ser coyunturales (y por cuánto tiempo) o definitivas, ya que, en ocasiones, no se puede prever que en un plazo de tiempo prudencial, la empresa vaya a experimentar cambios que propicien nuevas contrataciones; mucho menos si justamente esas extinciones son las que determinan el cambio de la situación de la empresa y generan, posteriormente, nuevas circunstancias productivas que justifiquen nuevas contrataciones, ya sea de los mismos o de otros trabajadores.

En consecuencia, son las concretas causas alegadas para el despido objetivo, sus características y previsible evolución las que hacen legalmente correcta o no la decisión empresarial de despedir. Este análisis se hace inicialmente en el momento del despido (el lógico en la secuencia de decisiones) pero puede resultar validado posteriormente por comportamientos de la empresa que pueden poner de manifiesto que esa decisión inicial fue o no correcta y que, en realidad, lo que debía haberse producido es la suspensión de los contratos y no su extinción. Y, sin duda, circunstancias como el hecho de que sean los mismos trabajadores los contratados y, sobre todo, que lo hayan sido en un tiempo posterior muy cercano a la extinción, pueden hacer que la decisión inicial de despedir deba considerarse no suficientemente justificada hasta el extremo de sostenerse que, en realidad, no ha habido una verdadera amortización de los puestos de trabajo afectados que es la exigencia material que está en la base de la extinción y, en lo que aquí interesa, de la obligación del FOGASA de abonar la parte correspondiente de la indemnización. Este es el argumento central de la Sentencia del TS, llegando a la conclusión de que, al no haber existido en realidad una amortización de los puestos de trabajo, no debió procederse a la extinción (algo que no se debate en esta sede en la que no se discute el despido) y, por tanto, no se ha generado la obligación indemnizatoria del FOGASA.⁸

⁷ Cavas Martínez, F; “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas” Revista Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, 2009. pp. 103-105. De la Puebla Pinilla, A; “Flexibilidad interna y reforma laboral (ley 3/2012)” Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, núm. 24, 2011. pp. 201-203.

⁸ Esta denegación del FOGASA se viene produciendo frecuentemente. Puede citarse a este respecto la STS de 14 de diciembre de 1999, cuando afirma que: “el hecho de que la decisión extintiva del empresario no haya sido impugnada por los trabajadores afectados, no supone, en lo que respecta a la obligación que impone el artículo 33.8 del ET, que el FOGASA quede ya inexorablemente obligado a su cumplimiento, aseverando que, muy por el contrario, si este organismo llega a la convicción de que tal cese no reúne los caracteres y connotaciones que definen al despido objetivo, o al despido colectivo, conforme a lo que disponen los artículos 51 y 52. c) del ET, el propio mandato del artículo 33.8 le obliga a denegar el pago del 40% de la indemnización a que el mismo se refiere.”

3. RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y DE LA PARTE CORRESPONDIENTE AL FOGASA

En lo que se refiere al responsable del pago de la indemnización por despido, en el caso, la empresa acude al FOGASA para que le abone el 40% del importe de las indemnizaciones pagadas a cuatro de los seis trabajadores despedidos, basando su pretensión en el ya citado art. 33.8 del ET. Hay que recordar al respecto que, si el empresario procede al abono del total de la indemnización, estará legitimado para solicitar esta prestación del FOGASA, aunque a raíz de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 existe la posibilidad de que el empresario abone al trabajador 12 días por año de la indemnización que le corresponde y sea el propio trabajador el que solicite al FOGASA el abono de los 8 días por año restantes⁹. En el caso resuelto por la STS que se comenta es el empresario el que tiene o puede solicitar esta prestación, puesto que ha procedido al abono íntegro de la indemnización a los trabajadores despedidos, aunque lo puedan hacer también los trabajadores si no hubieran percibido el total de la indemnización. En consecuencia, el criterio del FOGASA de denegar la prestación del art. 33.8 ET al empresario por ser el trabajador único beneficiario de la prestación, no tiene respaldo jurisprudencial ya que, en ocasiones, es la empresa la que abona el 100% de la indemnización al trabajador, estando el empresario legitimado para solicitar el 40% del pago de la prestación al FOGASA¹⁰, al haberse producido una novación de la obligación de pago establecida legalmente a cargo del FOGASA por subrogación de un tercero (la empresa) en los derechos del acreedor (el trabajador).

⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 de noviembre de 2013; “... el Fondo tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores, si bien admiten que esta obligación se module en función del comportamiento de las partes, de forma que si la empresa anticipa el pago de la parte correspondiente al Fondo podrá solicitar su reintegro de este organismo, pero si la empresa hace efectivo solamente el porcentaje del 60% se estará en el supuesto normal de la legitimación del trabajador para solicitar el 40% del Fondo, como habla ocurrido en el caso resuelto por las sentencias citadas, en el que la empresa había mejorado la indemnización, abonando el 60% de la indemnización legal más la mejora íntegra, reclamando los trabajadores el 40% restante al Fondo, siendo los trabajadores “titulares del mencionado derecho” de reclamación frente al Fondo.” Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de abril de 2013; “... El art. 53.1.b) del ET (RCL 1995, 997) ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal . Por ello, si bien es cierto que el precepto cuya infracción se denuncia establece que el empresario de “poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio”, este precepto ha de ponerse en relación con el art. 33.8 del mismo texto legal , que la redacción vigente en el momento en que se produjo el despido -la de la Ley 43/2006 (RCL 2006, 2338 y RCL 2007, 254) -, que “en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal “.

¹⁰ Sentencia del TSJ Aragón de 16 de octubre de 2013(JUR 2014\16584).

Se trata de una reclamación que no tiene que ser precedida de ninguna resolución judicial¹¹ que la reconozca, como así ha establecido recientemente el TS en su Sentencia de 13 de abril de 2010¹², sino que tan sólo es necesario el expediente administrativo que se instruya por el Fondo para el reconocimiento de la prestación, que según el número segundo de la Instrucción de 29 de junio de 1994, deberá contener la comunicación escrita del despido o extinción al trabajador, expresando la causa; el documento del recibí que acredite que el trabajador ha percibido la indemnización recogida en el art. 53.1.b) ET¹³; el certificado de la vida laboral del trabajador; así como los documentos acreditativos del salario abonado al trabajador, al menos durante los últimos tres meses.¹⁴

De cualquier forma, la responsabilidad de la empresa por el despido no está limitada al pago del 60% de la indemnización y, sobre este aspecto, el TS ha emitido fallos favorables a que el trabajador perciba el 100% de su indemnización¹⁵, condenando al empresario a pagar la cantidad restante de la

¹¹ Art.33.2 del ET; *“El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.”*

¹² Sentencia del TS de 13 de abril de 2010 (RJ 2010\4647); *“Ahora bien, tras la reforma operada en el art. 33.2 del Estatuto de los trabajadores por el Real Decreto-Ley 5/2006 (RCL 2006, 1208) y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2338 y RCL 2007, 254) de Mejora del crecimiento y del empleo, se incluye expresamente la conciliación judicial (STS de 9 de julio de 2009 (RJ 2009, 4291) , rcud. 3286/2008). Por tanto puede decirse que la doctrina jurisprudencial excluye sólo la conciliación administrativa y el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido efectuado por la empresa, cuando no va seguido de conciliación judicial o sentencia posterior (STS de 13 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5659) - rcud. 3465/2007- y 2 de julio de 2009 (RJ 2009, 4559) -rcud. 1952/2008-).”*

¹³ Art. 53.1.b) ET; *“Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.”*

¹⁴ García Viña, J; *“El fondo de garantía salarial”* Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34. 2013. pp. 31-34. Poyatos Matas, G; *“El cobro aplazado del 40 % de la indemnización por despido, en empresas de menos de veinticinco trabajadores”*, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, Diario La Ley, nº 7962, 2012.

¹⁵ Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/1192); *“...la indemnización percibida por el trabajador, supera el 100 % de la establecida legalmente y, por otro, que no ha percibido el 40 % correspondiente al Fondo de Garantía Salarial. La interpretación de esos dos asertos, aparentemente contradictorios, lleva a una igualdad de situación a la contemplada en la sentencia de contraste: el empresario ha cedido al trabajador aquella suma que, por haberla satisfecho él, estaba legitimado para reclamar del Fondo. Y tal cesión, no tachada de viciada por una de las causas que invalidan los contratos, no vulnera los mandatos que se dicen infringidos, ni existe precepto legal que impida al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales, que tienen carácter de mínimas, sin que pueda afirmarse que la cesión de estas sumas al trabajador, implique su enriquecimiento injusto.”*

aplicación de los topes máximos del FOGASA, establecidos en el art. 33.2 del ET. Sin embargo, con el RD-Ley 3/2012, el pago total de la indemnización por parte del empresario puede quedar sin efecto, ya que como ya se ha dicho, el empresario puede abonar una parte de la indemnización dejando al arbitrio del trabajador la posterior reclamación al FOGASA. Aunque, por cierto, y esto afecta al tema de la existencia de una causa real de amortización de los puestos de trabajo, el hecho de que el empresario anticipe la indemnización puede ser constitutivo de que su empresa no atraviesa un momento de gran dificultad económica, puesto que, si no tuviera una liquidez inmediata, no podría hacer frente al pago total de las mismas relegando este derecho de los trabajadores a una instancia posterior, y siendo el FOGASA el que deba hacer frente del 40% de la indemnización desde un primer momento.

4. LA EXISTENCIA DE LA CAUSA SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA OBLIGACIÓN DE ABONO POR EL FOGASA DE LA PARTE DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL

Al margen de la cuestión anterior, lo relevante es si los despidos por causas económicas técnicas organizativas o de producción (que se traduce en una amortización de los puestos de trabajo) tienen verdaderamente como objetivo solventar la situación económica y productiva y es en este punto dónde se puede decir, coincidiendo con la doctrina jurisprudencial¹⁶, que no se cumple este objetivo requisito cuando la empresa procede a contratar nuevamente a los trabajadores despedidos, sin que medie entre el despido y la contratación un lapso de tiempo lo suficientemente amplio que permita a la empresa recuperarse de su situación económica y plantearse una recreación de los puestos de trabajo que, en su momento, fueron suprimidos. En este sentido, el TS vincula la medida extintiva a la necesidad real, objetiva y de una cierta permanencia (además de funcional a los objetivos de solventar su situación más o menos crítica), de amortizar puestos de trabajo. Lo que es dudoso si, en el momento de las nuevas contrataciones no se acredita ningún cambio sustantivo de la situación en la empresa que justifique las nuevas contrataciones, siendo a cargo de la empresa la prueba de los cambios sobrevenidos, que alterando el contexto en que se tomó la decisión de despedir, justifiquen las nuevas contrataciones, aunque afecten a los mismos trabajadores.

A este respecto, la Sentencia de contraste, reconociendo el derecho a abono de la prestación por parte del FOGASA, basa sus argumentaciones en determinar si se ha producido un fraude por la empresa que solicita la prestación al

¹⁶ Sentencia del TS de 10 de diciembre de 2013 (RJ\2013\8028).

FOGASA ya que; *“el FOGASA solo podrá exonerarse de la responsabilidad directa que le atañe, si acredita debidamente que en el cese no concurren los requisitos y elementos propios del despido objetivo, o del despido colectivo en su caso; o si acredita que se ha incurrido en fraude de ley, sin que el hecho de no haber sido impugnado el cese por los trabajadores pueda afectar a terceras personas también afectadas, como ocurre con el Fondo de Garantía Salarial, que lógicamente no puede adquirir obligación indemnizatoria alguna, cuando el acto que puede producirla es fraudulento, o radicalmente nulo.”*¹⁷. Concluyendo, sin embargo, que no se puede calificar como fraudulenta la actuación de la empresa por el simple hecho de despedir y volver a contratar a esos trabajadores, y en todo caso la carga de la prueba correspondería al FOGASA para determinar alguna posible conducta fraudulenta por parte del empresario. El discurso judicial, pues, vincula a la existencia o no de fraude como pretensión empresarial (y, podría decirse, de los propios trabajadores) la de utilizar el despido objetivo como forma de lograr los beneficios consistentes en el 40 por 100 de la indemnización legal. Lo que coloca el debate en el terreno del fraude de ley y de sus propias exigencias: no hay presunción de fraude, éste debe ser probado, no lo hace por sí mismo el que la empresa, tras el despido, haya contratado en un plazo breve a los mismos trabajadores para los mismos o semejantes puestos de trabajo. Una serie de requisitos que, de probarse (y esta es la dificultad del recurso al fraude), permitiría al FOGASA denegar la prestación.

Por el contrario, la STS que se comenta resuelve dando la razón al FOGASA y confirmando la denegación de la prestación pero lo hace argumentando que no se trata de una cuestión de fraude de ley sino del incumplimiento por parte de la empresa que extingue los contratos de trabajo de las exigencias legales para solicitar la parte proporcional que le corresponde abonar al FOGASA de la indemnización por despido, al sostener que: *“...no estamos ante un problema de fraude de ley. Éste constituye una modalidad de fraude, que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de “acción contraria a la verdad y la rectitud” a que se refiere el Diccionario de la Lengua. El fraude de ley es una noción más compleja: es la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de una manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma. Aquí no estamos ante una vulneración que aparezca amparada formalmente en una norma de cobertura que, sin embargo, entra en colisión*

¹⁷ Fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 29 de junio de 2012 (JUR 2012\271059).

con un principio del ordenamiento. Por el contrario, se trata simplemente del cumplimiento, a efectos de la prestación directa del FOGASA en el pago de las indemnizaciones, del requisito de que se haya producido en realidad el supuesto de hecho determinante de la procedencia de un despido de los previstos legalmente y que la legislación entonces vigente vinculaba a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. Hasta cierto punto puede decirse que es irrelevante que haya existido o no fraude en el sentido de engaño en los despidos y las conciliaciones, pues, por encima de la intención de las partes, lo que importa es si ese requisito se ha cumplido o no.”¹⁸

En definitiva, lo que el TS viene a indicar es que el empresario no actúa de forma consecuente con la decisión extintiva inicial y que la nueva contratación de los trabajadores, más que indicio de fraude, es manifestación de la inexistencia de una verdadera necesidad de amortizar los puestos de trabajo (decisión generadora del derecho a la indemnización y de la obligación del FOGASA de abonar el 40 por 100 de la misma). Aunque este debate ha dejado de tener relevancia hoy, debido a la reforma del art. 33 ET, que a continuación se señalará, lo que el TS exige es que se analicen las situaciones en las que se producen las extinciones y la sucesivas recolocaciones. Y, como se ha dicho, aunque está claro que el empresario tiene libertad para volver a contratar a esos trabajadores si piensa que la situación de la empresa ha mejorado, el problema radica en que, debido al breve lapso de tiempo acaecido entre el despido y la nueva contratación, parece que es poco probable que la empresa haya experimentado una mejoría tan pronunciada que haga que se justifiquen las nuevas contrataciones. Lo normal es que estas contrataciones, si tienen lugar lo que no debe descartarse, no se produzcan de forma tan inmediata, ya que, si esto ocurre, debilita la justificación del previo despido de los trabajadores basadas en las causas descritas en el ya citado art. 52, c) ET.

Es por ello, por lo que el TS no da la razón a la empresa en su petición al FOGASA, puesto que no queda probado que esos despidos se realicen para amortizar puestos de trabajo, ya que posteriormente la empresa los vuelve a contratar. Con esta actuación la empresa no sigue un criterio lógico y acorde con la medida extintiva, puesto que estas contrataciones no deberían hacerse efectivas hasta que la empresa mejorase económicamente. Actualmente muchas de las empresas están viviendo situaciones económicas complicadas, de las que es difícil resurgir en un plazo corto de tiempo, por lo que lo lógico sería

¹⁸ García Murcia, J; “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011-2012” Actualidad Laboral, N° 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY. García Viña, J; “El fondo de garantía salarial” Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34. 2013. pp. 31-34. Poyatos Matas, G; “El cobro aplazado del 40 % de la indemnización por despido, en empresas de menos de veinticinco trabajadores”, tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, Diario La Ley, nº 7962, 2012.

que la contratación de los trabajadores se hiciera cuando la empresa volviera a ser solvente para poderlos mantener.

La práctica habitual en la actividad productiva de la empresa es ahorrar costes y tener el menor número de trabajadores posibles para conseguir con ellos cubrir sus necesidades empresariales, lo que tiene como consecuencia que estos trabajadores a los que se les mantiene en sus puestos de trabajo lleguen a tener jornadas más largas y con una retribución mucho más baja. Sostiene el TS, que la empresa no incurre en fraude de ley y que si así fuera la carga de la prueba la tendría el FOGASA –aunque las posibles conductas defraudadoras tienen gran dificultad probatoria–, ya que no se puede responsabilizar al empresario de la acreditación de este hecho sólo por meras presunciones del FOGASA, por lo que el TS no entra a analizar un posible fraude de ley, tan sólo analiza el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la prestación del FOGASA.

5. LA DEROGACIÓN DEL ART. 33.8 DEL ET.

El debate planteado en las sentencias que se han venido comentando ha dejado de tener relevancia ya que, con la finalidad de que el FOGASA recupere su naturaleza como entidad de aseguramiento, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014¹⁹ ha suprimido el apartado 8 del art. 33 del ET²⁰, eliminando el pago del 40% de la indemnización por despidos objetivos o colectivos por parte del FOGASA en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Con ello se pretende que el empresario que sea solvente asuma el pago total de la indemnización, y, el que no lo sea, abogue por un mantenimiento del empleo desincentivando el despido ya tener éste un coste superior y exclusivo para el empresario en relación con la versión anterior del art. 33 ET.

Esta medida, salvo que lo que se persiga sea reducir las cargas económicas que pesan sobre un FOGASA ya desbordado debido a la obligación de pago de salarios e indemnizaciones en los casos de insolvencia empresarial, puede no tener sintonía con otras medidas tomadas en las últimas reformas laborales en las mismas se ha producido un abaratamiento del despido disminuyendo las cuantías de las indemnizaciones y permitiendo al empresario extinguir los contratos de trabajo con menores consecuencias económicas para su empresa.

¹⁹ BOE núm.309 de 26 de diciembre de 2013.

²⁰ Disposición Final Quinta de la LPGE; “Con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, manteniéndose el resto de la redacción, así como su numeración.”

La supresión del art. 33.8 ET, al margen de esta finalidad financiera, no se sabe bien si va a tener el efecto de desincentivar el despido ya que, si una empresa se encuentra en la situación de tener que amortizar puestos de trabajo, lo hará de todas maneras. Ello supondrá, para las empresas con capacidad económica, que pagarán la totalidad de la indemnización, pero en las que, precisamente por encontrarse en la situación que justifica la amortización del puesto de trabajo, no puede hacerse cargo de esa indemnización, no la pondrán, como es obligado, a disposición del trabajador, alegando falta de liquidez y acogiendo a lo previsto en el artículo 53. b) del ET. Pero, para ello, habrá de encontrarse en situación de insolvencia lo que, de ser cierto, no impedirá la decisión extintiva, aunque finalmente el trabajador acabe percibiendo sólo lo que el art. 33 pone a cargo del FOGASA en estas situaciones. Aunque también es posible que, al no ser empresas insolventes pero al considerar que el abono del 100 por 100 de la indemnización es una carga excesiva, opten por conservar los contratos, decidiendo, si acaso, sólo su suspensión. Es desde esta perspectiva que podría sostenerse que la reforma del art. 33 ET puede funcionar como un aliciente para la conservación de los puestos de trabajo o, alternativamente, por una opción por la suspensión frente al despido. Esta derogación, pretende, pues, descargar a un organismo público de la gestión y pago de estas indemnizaciones²¹, apoyando la teoría de que sólo se acuda a él en casos extremos y para determinadas empresas, sin que se proceda a una generalización del pago, ya que de esta forma el Estado dejaría de asumir el pago de parte de la indemnización por despido en aquellas empresas que puedan ser solventes para asumirlo.

El problema, como se ha dicho, se plantea cuando la empresa es insolvente, en estos casos la norma no deja claro si los trabajadores podrán seguir acudiendo al FOGASA, pero ahora tendrán que realizar una petición del total de la indemnización y no del 40% establecido en el desaparecido art. 33.8 del ET. En este punto, esta medida presentada como una medida de carácter socio laboral y orientada también a descargar al Estado del pago de estas indemnizaciones, puede tener un efecto contrario ya que ahora los trabajadores afectados por un despido, si la empresa no puede pagarles la indemnización acudirán al procedimiento del FOGASA para ver satisfechas, a largo plazo, su prestación indemnizatoria.²²

De todas formas, desde enero de 2014 con la derogación del art. 33.8 ET ya no se van a emitir fallos que versen sobre la posibilidad o no de pedir la parte correspondiente de la indemnización al FOGASA. Por lo que muchas empresas de menos de veinticinco trabajadores, que tenían previsto la po-

²¹ Durante el año 2013 se han presentado 154.357 expedientes, según datos del INE.

²² García Murcia, J; “*El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011-2012*” Actualidad Laboral, Nº 7, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Abr. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY.

sibilidad de acometer ajustes de plantilla a corto plazo, han adelantado estas decisiones, procediendo a realizar los despidos previstos antes del 1 de enero de 2014 -fecha en la que tiene efecto la derogación del art.33.8 ET-, ahorrándose el 40% de las indemnizaciones que podrían llegar a pagar. Lo anterior tiene como consecuencia que, si la empresa decide despedir en todo caso, puede suceder que el trabajador no llegue a percibir una indemnización que, al menos estaba garantizada al 40 por ciento de su cuantía por la obligación de pago del FOGASA.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE A DICIEMBRE DE 2013

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 9/2013, DE 17 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE ARTICULAN LOS PROCEDIMIENTOS NECESARIOS PARA LA REAPERTURA DE LA MINA DE AZNALCÓLLAR (BOJA NÚM. 246, 18 DE DICIEMBRE DE 2013)

El interés de la Junta de Andalucía por impulsar la explotación del complejo minero de Aznalcóllar trata de ponderar la defensa del medio ambiente y el desarrollo económico, para lo que se ha tenido en cuenta el hecho de que la ruptura de la balsa —en abril de 1998— ocasionó en la zona minera un impacto medioambiental, económico y social. Se opta por aprobar la reapertura de la mina, como fuente de empleo y riqueza, con la consiguiente adopción de medidas de seguridad y medioambientales, por la cercanía de la mina al Parque Nacional de Doñana.

Por la necesidad de conjugar los dos bienes, el medioambiente y el desarrollo económico, se aprueban, por la vía de urgencia, dos medidas para garantizar la explotación minera. La primera disposición se contiene en el Título I y consiste en la aprobación de la «expropiación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos que se derivasen de los procedimientos de solicitudes de los permisos de investigación sobre terrenos situados en el complejo minero de Aznalcóllar»; la segunda, se expone en el Título II, y consiste en garantizar la reserva «a favor de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la actividad extractiva en el área denominada Complejo minero de Aznalcóllar (Sevilla)». La explotación de esta reserva se adjudicará mediante concurso público entre empresas españolas y extranjeras, en aplicación del artículo 11.3.b) de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas; tal como establece el art. 4 del Decreto-ley 9/2013.

El Decreto-ley 9/2013 entró en vigor el día de su publicación en el BOJA.

Decreto 202/2013, de 22 de octubre, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Con-

sejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOJA núm. 209, 23 de octubre de 2013).

Con la modificación introducida en el art. 2.1 del Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, la estructura de la Consejería, bajo la superior dirección de la persona titular de la misma, se articula en los siguientes órganos directivos:

- Viceconsejería.
- Secretaría General de Economía.
- Secretaría General de Innovación, Industria y Energía.
- Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología.
- Secretaría General de Empleo.
- Secretaría General Técnica.
- Dirección General de Fondos Europeos.
- Dirección General de Economía Social.
- Dirección General de Autónomos y Planificación Económica.
- Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.
- Dirección General de Industria, Energía y Minas.
- Dirección General de Universidades.
- Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa.
- Dirección General de Relaciones Laborales.
- Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

Se atribuye a la Secretaría General de Economía la coordinación y control de los siguientes órganos, que pasa a depender orgánicamente de la misma:

- La Dirección General de Fondos Europeos.
- La Dirección General de Autónomos y Planificación Económica.
- La Dirección General de Economía Social.

En este Decreto se impone la obligación de facilitar a la Consejería competente en materia de ingresos información sobre la aplicación de los ingresos correspondientes a los Fondos Europeos —con excepción del Fondo Europeo Agrícola de Garantía Agraria (FEAGA)— mediante su contabilización en fase previa, así como la adición de competencias a la Dirección General de Autónomos y Planificación Económica.

Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Viceconsejería, por la que se acuerda la distribución territorial de los créditos disponibles para la concesión de subvenciones previstas en el Decreto-ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento (BOJA núm. 210, 24 de octubre de 2013).

Las cuantías que se distribuyen entre las distintas provincias son:

a) Para las acciones previstas en el art. 21 del Decreto-ley 8/2013:

- Línea 1. Creación de empleo en el trabajo autónomo: 6.983.958 euros.

- Línea 2. Consolidación de empleo en el trabajo autónomo: 3.000.000 euros.
- La Línea 3. Creación de empresas de trabajo autónomo, del Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo: 12.186.131 euros.
- b) Para las acciones previstas en el art. 45 del Decreto-ley 8/2013:
 - Medida 1.1. Apoyo a la incorporación de personas socias trabajadoras o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales: 4.000.000 euros.
 - Medida 1.2. Contratación de gerentes y personal técnico especializado, se concederán con cargo a los créditos presupuestarios del programa 72C-Emprendedores: 500.000 euros.

En todo caso, se establece que la concesión de las subvenciones estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes, según dispone el art. 83.1 del Decreto-ley 8/2013.

Resolución de 16 de octubre de 2013, de la Viceconsejería, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público que prestan los trabajadores del sector de la enseñanza en Andalucía, mediante el establecimiento de servicios mínimos (BOJA núm. 210, 24 de octubre de 2013).

A consecuencia de la huelga que fue convocada en el Sector de Enseñanza en Andalucía durante las 24 horas del día 24 de octubre de 2013 se procedió a regular el establecimiento de los servicios mínimos, en concreto se estableció la permanencia de los siguientes trabajadores:

- a) En centros públicos que sean Escuelas Infantiles:
 - El director o directora del centro o una persona del equipo.
 - 1 persona en cocina: 1 cocinero/a, o bien, 1 ayudante de cocina.
- b) En centros públicos que sean Residencias Escolares:
 - 1 monitor o monitora de Residencias en el turno de noche.
 - Se mantendrán los servicios precisos de cocina y comedor para la atención adecuada del alumnado, nunca superior al 33% de los habituales, salvo que dicho porcentaje sea inferior a la unidad.
- c) En los Centros concertados: El director o directora del centro educativo o una persona del equipo.

Resolución de 16 de octubre de 2013, de la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo en Cádiz, por la que se delega en la Jefa del Servicio de Economía Social la competencia para dictar las propuestas de resolución correspondientes a los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones (BOJA núm. 213, 29 de octubre de 2013).

Mediante esta resolución se procede a delegar en la persona titular del Servicio de Economía Social y Emprendedores de la Delegación Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo la práctica de los actos de instrucción y la emisión de las propuestas de resolución correspondientes a los siguientes procedimientos de concesión de subvenciones del

Programa de apoyo y fomento del trabajo autónomo (Líneas 1 a 3) y la Línea 1 del Programa de apoyo a la economía social, de fomento del empleo en cooperativas y sociedades laborales.

Resolución de 4 de noviembre de 2013, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se delegan competencias para la instrucción y evaluación de las solicitudes de subvención de la línea 5 «Fomento de la Innovación en el Trabajo Autónomo» del Decreto Ley 8/2013, de 28 de mayo (BOJA núm. 221, 11 de noviembre de 2013).

Se delega en la persona titular de la Dirección General de Autónomos y Planificación la competencia para la ordenación, instrucción y evaluación en el procedimiento de concesión de subvenciones del Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo, correspondientes a la línea 5, Fomento de la Innovación en el Trabajo Autónomo. La persona titular de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, de conformidad con lo establecido en los arts. 102.4 y 103 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, podrá revocar y avocar la referida competencia delegada.

Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se determinan las fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014 (BOJA núm. 243, 13 de diciembre de 2013).

Mediante esta disposición reconcretan los dos días de fiesta local en cada localidad, que fueron propuestos por los respectivos Plenos de los Ayuntamientos de cada municipio; el resto de las fiestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía se concretaron mediante el Decreto 52/2013, de 14 de mayo, se determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014.

Resolución de 25 de noviembre de 2013, de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, por la que se aprueba la Carta de Servicios (BOJA núm. 246, 18 de diciembre de 2013).

La Carta de Servicios de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, una vez publicada en el BOJA tiene efectos desde el día 1 de enero de 2014 y la misma recoge los siguientes apartados: a) Aspectos generales; b) Servicios y proyectos prestados; c) Normativa reguladora; d) Derechos y obligaciones de las personas y empresas usuarias; e) Formas de participación o colaboración ciudadana y difusión de la carta de servicios; f) Sugerencias, quejas y reclamaciones; g) Elementos que apoyan la gestión de los servicios; h) Accesibilidad a los servicios; y, i) Compromisos de calidad e indicadores de medición, los cuales son incluidos en diversos cuadrantes.

La normativa base para establecer las particularidades reseñadas en la citada Carta es la siguiente:

- Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Decreto 262/1988, de 2 de agosto, por el que se establece el Libro de Sugerencias y Reclamaciones de la Junta de Andalucía.
- Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

Acuerdo de 26 de noviembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la estrategia de impulso del Sector TIC Andalucía 2020 (BOJA núm. 246, 18 de diciembre de 2013).

Se persigue establecer una estrategia para desarrollar el sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en Andalucía, con el horizonte temporal puesto en el año 2020. Para ello se constituye una Comisión de Redacción de la Estrategia de Impulso del Sector TIC Andalucía 2020, a la que se le atribuyen las siguientes funciones:

- Informar sobre los documentos que se sometan a su consideración.
- Informar de las modificaciones que se introduzcan en la propuesta de Estrategia como consecuencia de los trámites de información pública y de audiencia.
- Elaborar la propuesta de Estrategia de Impulso del Sector TIC Andalucía 2020.

El Acuerdo tiene efectividad desde el día siguiente a la fecha de su publicación en BOJA.

Acuerdo de 26 de noviembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la estrategia industrial de Andalucía 2014-2020 (BOJA núm. 246, 18 de diciembre de 2013).

La finalidad del Acuerdo es «constituir un documento de planificación que orientará estratégicamente la política industrial en el territorio de Andalucía de acuerdo con la planificación económica general y con los intereses sociales y económicos, de forma coordinada y compatible con la planificación económica, ambiental y social existente en la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el marco de la normativa europea, nacional y autonómica»; tal como se establece en el punto Segundo del citado acuerdo; debiendo de contener, necesariamente:

a) El diagnóstico de la industria andaluza, mediante el uso de indicadores que permitan conocer la situación actual y detectar los problemas y oportunidades a los que debe hacer frente en los próximos años.

b) Determinación de los objetivos, programas y medidas coherentes con la planificación económica, ambiental y social. La propuesta de objetivos contendrá todos los aspectos necesarios para su correcta interpretación y, en este sentido, incluirá indicadores asociables a cada uno de ellos para su cuantificación y relaciones entre objetivos y medidas.

c) La valoración económica de las medidas previstas, así como la determinación de los recursos económicos que deban ser utilizados para su ejecución, y los instrumentos financieros y de gestión que deban ponerse en marcha por la Administración de la Junta de Andalucía para la correcta ejecución de la Estrategia.

d) La definición de los criterios para el seguimiento y evaluación de la Estrategia.

Con la finalidad de componer el documento que defina dicha Estrategia, se crea la Comisión de Redacción de la Estrategia Industrial de Andalucía; estableciéndose que una vez finalizado el trámite de información pública y audiencia, y consensuado el documento con los Agentes Económicos y Sociales, se redactará la Memoria Ambiental a la que se refiere el art. 39.4 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de forma conjunta por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio; para finalmente elaborarse la propuesta de Estrategia con las consideraciones finales de la Memoria Ambiental.

En lo que se refiere a la normativa aprobada por otras Consejerías, dentro del último trimestre del año, se citan las siguientes disposiciones por su incidencia en el ámbito de las relaciones laborales o de la Seguridad Social:

a) De Presidencia, la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014 (BOJA núm. 254, 31 de diciembre de 2013).

b) De la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, la Orden de 15 de octubre de 2013, por la que se modifica la Orden de 11 de diciembre de 2012, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a los Consorcios Escuela de Formación Profesional para el Empleo para el año 2012, y se convocan dichas subvenciones para el año 2013 (BOJA núm. 204, 16 de octubre de 2013).

c) De la Consejería de Hacienda y Administración Pública, la Orden de 17 de octubre de 2013, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2014 (BOJA núm. 217, 5 de diciembre de 2013).

d) De la Consejería de la Presidencia, el Acuerdo de 10 de diciembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se modifican los Acuerdos del Consejo de Gobierno, de 6 de septiembre de 2011, por el que se aprueba el Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía, y de 26 de julio de 2012, por el que se

aprueba el Plan de Choque por el Empleo en Andalucía (BOJA núm. 243, 13 de diciembre de 2013).

e) De la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, el Decreto 239/2013, de 27 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas para el año 2014 (BOJA núm. 253, 30 de diciembre de 2013).

Se trata de ayudas sociales, personales e intransferibles; por su carácter extraordinario se limita su percepción al año 2014, siendo su cuantía de 115,89 euros, que se abonará mediante un pago único realizado de oficio durante el primer trimestre del año 2014, sin que se precise solicitud de la persona interesada.

Para tener derecho a la ayuda será necesario: 1) Ser perceptor de pensión de jubilación o invalidez en sus modalidades no contributivas y tener esta condición a 31 de diciembre de 2013; y, 2) Tener la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) De la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, el Decreto 240/2013, de 27 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas receptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2014 (BOJA núm. 253, 30 de diciembre de 2013).

Se trata de ayudas sociales complementarias a favor de las personas que perciben ayudas periódicas individualizadas concedidas con cargo al Fondo de Asistencia Social, y a las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos; siendo, al igual que en el supuesto anterior, prestaciones de asistencia social personales, intransferibles y extraordinarias, limitadas al año 2014.

Su cuantía se fija en 1.119,10 euros anuales, que se abonarán en cuatro pagas a lo largo de 2014 (marzo, junio, septiembre y diciembre).

Para tener derecho a este complemento, es necesario: 1) Ser preceptor de una pensión asistencial reconocida en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del Fondo de Asistencia Social a ancianos y a enfermos incapacitados para el trabajo, o tener reconocido el Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos y tener esta condición al menos durante los tres meses inmediatamente anteriores a las fechas establecidas en el artículo 3 para el pago de dichas pensiones asistenciales; y, 2) Tener la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

