

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
134/2016 - Tercer Trimestre

134



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO



---

# TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

## 134

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

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 Empleo, Empresa y Comercio

### VOCALES

|  |   |
|--|---|
| M <sup>a</sup> JOSÉ ASENSIO COTO       | Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio                 |
| JULIO SAMUEL COCA BLANES               | Secretario General de Empleo                                |
| 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       |
| JOSÉ VIDA SORIA                        | Consejero Permanente de Estado                              |
|  | 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      |
| JESÚS CRUZ VILLALÓN          | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social |
|                              | Universidad de Sevilla                                      |
| CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ   | Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada       |
|                              | Universidad de Sevilla                                      |
| JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ      | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social |
|                              | Universidad de Granada                                      |
| MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO | 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 de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

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

#### Suscripciones y distribución

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

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 134/2016**  
**Tercer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

|   |     |
|---|-----|
| Derecho del Trabajo y políticas sociales: un programa para la investigación transnacional<br>TIZIANO TREU .....                                       | 11  |
| La reforma laboral en Francia<br>PHILIPPE MARTIN .....  | 45  |
| Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación<br>FCO. JAVIER CALVO GALLEGO .....  | 63  |
| El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio<br>MARGARITA MIÑARRO YANINI ..... | 107 |
| El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas<br>ALEJANDRA SELMA PENALVA .....                                    | 129 |
| Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente<br>MAGDALENA LLOMPART BENÑASSAR .....  | 167 |

**2. MERCADO DE TRABAJO**

|  |     |
|--|-----|
| La reciente transformación de las tareas laborales en relación con el nivel educativo<br>JOAQUÍN VERA GRIJALBA, FRANCISCA CEA D'ANCONA Y RAQUEL LLORENTE HERAS ..... | 195 |
|--|-----|

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

|  |     |
|--|-----|
| <b>DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO</b><br>Universidad de Almería<br>Derecho de huelga y responsabilidad civil extracontractual<br>JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ .....                                     | 233 |
| <b>PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA</b><br>Universidad de Cádiz<br>Derechos de información a los representantes de los trabajadores y despido colectivo<br>MARÍA ISABEL RIBES MORENO ..... | 247 |

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

De nuevo sobre el control de las horas extraordinarias, pero en la modalidad de teletrabajo

RAQUEL POQUET CATALÁ ..... 259

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Uso y abuso de la contratación temporal en la Administración Pública, en particular, por los Servicios Públicos de Salud

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO ..... 275

**4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA ..... 291

## 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 (Internacional 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 lavori 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>

## 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/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

## 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 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 los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es). De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

### 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

### 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

### 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

### 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

### 5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

### 6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

### 7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

### 8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

### 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

### 10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE**  
**ANDALUSIAN REVIEW**  
**N° 134/2016**  
**Third Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

|  |     |
|--|-----|
| Labour Law and social policies: a transnational research program<br>TIZIANO TREU .....   | 11  |
| Labour reform in France<br>PHILIPPE MARTIN .....   | 45  |
| Working poor and poverty of employed population: a first approximation<br>FCO. JAVIER CALVO GALLEGO .....                          | 63  |
| Model regulator addiction in work environments in Spain: contradictions and proposals for change<br>MARGARITA MIÑARRO YANINI ..... | 107 |
| Work accident in telework. Current situation and new perspectives<br>ALEJANDRA SELMA PENALVA .....                                 | 129 |
| Keys judicial compensation for unfair dismissal<br>MAGDALENA LLOMPART BENNÀSSAR .....  | 167 |

**2. LABOUR MARKET**

|   |     |
|---|-----|
| The recent transformation of the tasks work in relation to the level educational<br>JOAQUÍN VERA GRUJALBA, FRANCISCA CEA D'ANCONA Y RAQUEL LLORENTE HERAS ..... | 195 |
|---|-----|

**3. JUDICIAL COMMENTS**

|   |     |
|---|-----|
| COLLECTIVE LABOUR LAW<br>University of Almería<br>Right to strike and non-contractual civil liability<br>JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ .....   | 233 |
| REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION<br>University of Cádiz<br>Information rights to the representatives of workers and collective redundancies<br>MARÍA ISABEL RIBES MORENO ..... | 247 |

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

International University of La Rioja

Back on the control of overtime, but in the form of telework

RAQUEL POQUET CATALÁ ..... 259

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Use and abuse of temporary labour recruitment in the Public Administration, in particular, by the Public Health Services

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO ..... 275

**4. LEGISLATIVE REMARKS**

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia

M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA ..... 291





# DERECHO DEL TRABAJO Y POLÍTICAS SOCIALES: UN PROGRAMA PARA LA INVESTIGACIÓN TRANSNACIONAL \*

TIZIANO TREU

*Profesor Emérito de la Universidad Católica de Milán  
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Derecho del Trabajo, Políticas Sociales, programa de investigación, ámbito transnacional**

El presente estudio pretende abrir un importante debate entre los expertos e investigadores en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en el marco de la Sociedad Internacional, donde se han constituido a tal efecto siete Grupos de trabajo. El debate parte de la constatación del intenso impacto que están teniendo fenómenos hoy en día tan universalizados como son la globalización de la economía y la introducción de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Un impacto de tales fenómenos que se muestra decisivo sobre la tradicional intervención de los Estados nacionales sobre la gestión del mercado de trabajo, tanto en la vertiente individual y colectiva de las relaciones laborales, como en el ámbito de la Seguridad Social. Se destaca la debilidad en cuanto a su eficacia de cierto tipo de reglas imperativas tradicionales y la necesidad de hacer frente a los nuevos retos conforme a nuevas técnicas jurídicas, la involucración de todos los actores y protagonistas en el ámbito no sólo de las relaciones laborales sino también de la economía y de la política, con la necesaria actuación multinivel.

## ABSTRACT

**Key words: : Labour Law, Social Policy, research, area transnational programme**

The present study aims to open a major debate among experts and researchers in the field of Labour Law and Social Security, within the framework of the international society, which have been constituted seven working groups. The debate start finding the intense impact phenomena taking today so universalized as the globalization of the economy and the introduction of information technologies and communications. Impact of such phenomena it is decisive on the traditional involvement of national Governments on the management of the labour market, both in the individual and collective aspect of labour relations, and in the field of Social Security. Highlights the weakness in its efficacy of certain types of traditional imperative rules and the need to cope with new challenges according to new legal techniques, the involvement of all actors and protagonists in the field not only labour relations but also the economy and politics, with the necessary performance multilevel.

\* Texto presentado al 21º Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Ciudad del Cabo, 15-18 de septiembre de 2015.

## ÍNDICE

1. EVOLUCIÓN DEL MUNDO DEL TRABAJO: RESPUESTAS INADECUADAS
2. EL VALOR DEL TRABAJO Y DEL CRECIMIENTO SOSTENIBLE: EL PAPEL DEL DERECHO DEL TRABAJO
3. REVISIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: DIVERSIFICACIÓN DE LAS REGLAS Y NORMAS BÁSICAS
4. SEGURIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA
5. MEDIDAS ACTIVAS DE BIENESTAR COMO INVERSIÓN SOCIAL
6. REVITALIZACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS
7. PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES: MÚLTIPLES NIVELES DE ACCIÓN Y DISTINTAS TÉCNICAS JURÍDICAS
8. DESARROLLO SOSTENIBLE
9. EMPRESAS MULTINACIONALES Y ACUERDOS DE EMPRESA TRANSNACIONALES
10. TRATADOS INTERNACIONALES COMO FACTORES DE TRANSNACIONALISMO. EL CASO DEL TTIP (ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA PARA EL COMERCIO Y LA INVERSIÓN)
11. FORMAS DIRECTAS DE ACCIÓN TRANSNACIONAL: EMPLEO DE LOS FONDOS EUROPEOS
12. PROPUESTAS PARA LA INVESTIGACIÓN INTERNACIONAL
  - I. Trabajo informal e irregular
  - II. Trabajadores migrantes
  - III. Comercio global y trabajo
  - IV. Organización, productividad y bienestar en el trabajo
  - V. Acuerdos colectivos transnacionales
  - VI. Nuevas formas de Seguridad Social
  - VII. El papel del Estado y las relaciones industriales

## 1. EVOLUCIÓN DEL MUNDO DEL TRABAJO: RESPUESTAS INADECUADAS

Las importantes transformaciones económicas y sociales impulsadas por dos factores principales, la globalización y las innovaciones tecnológicas, han modificado los fundamentos sobre los cuales se ha construido el derecho del trabajo y los sistemas de bienestar creados en los últimos decenios. Los Estados nacionales están perdiendo influencia en los mercados mundiales, las grandes empresas fordistas están cambiando estructura, los sindicatos industriales y los acuerdos colectivos están debilitados, el trabajo subordinado estable, que ha sido el eje central del derecho del trabajo, ha dado lugar a una variedad de modalidades de trabajo atípicos, a menudo informales, y en varios casos, de dependencia económica si bien formalmente autónomas. Factores generales o grandes tendencias, están modificando el contexto en el cual trabajamos y en el que se desarrolla la nueva vida cotidiana: el envejecimiento de la población, el cambio climático, la escasez de recursos. Las turbulencias de nuestros tiempos han dado lugar al incremento de la incertidumbre en sociedades que en el pasado se consideraban estables.

Las respuestas brindadas por quienes que efectúan propuestas de actuación política en este ámbito, así como por los expertos y especialistas a los retos plan-

teados por estas transformaciones son ampliamente insuficientes. Es nuestra responsabilidad, no sólo como profesionales sino como ciudadanos involucrados, intensificar los esfuerzos para comprender las nuevas problemáticas y buscar nuevas soluciones. La gravedad de la crisis económica y sus consecuencias dramáticas en el mundo del trabajo son tan evidentes que no dejan lugar a ningún tipo de duda o inercia.

La ‘brecha del trabajo’ de unos 62 millones de puestos de trabajo como “déficits de empleos” denunciada por la OIT<sup>1</sup> es la consecuencia dramática de los efectos de la crisis en el empleo. A pesar de un cierto nivel de prosperidad alcanzado por el mundo entero, demasiada gente se ve privada de sus derechos fundamentales como trabajadores y ciudadanos, y reconocidos por los convenios de la OIT y de oportunidades para compartir los frutos del progreso. Más de la mitad de la población no está cubierta por medidas de protección social que han sido diseñadas en el pasado por diversas legislaciones nacionales y que están respaldadas por las normas internacionales. Incluso los principios fundamentales de la OIT: la libertad de asociación, la no discriminación, la prohibición del trabajo infantil y forzoso están muy lejos de ser respetados en algunas partes del mundo.

Asimismo, en el transcurso de los últimos años se han incrementado las desigualdades entre las personas y las regiones y la proporción del trabajo relativa al PIB ha disminuido notablemente. Mucho se habla sobre estas tendencias pero poco se hace al respecto.

Existen pruebas de que la desigualdad tiene efectos negativos en el crecimiento, dado que contribuye a disminuir las inversiones personales y colectivas en salud y educación, reduciendo de ese modo el incremento del capital humano y la movilidad social. Por ello, promover la igualdad de condiciones y de oportunidades no es solo un acto de justicia, sino también una condición importante para el desarrollo inclusivo y sostenible. Pero, a pesar de la preocupación expresada por muchos líderes nacionales e internacionales y organizaciones frente al reto económico y social planteado por las desigualdades crecientes, no ha surgido ningún marco político reconocido internacionalmente que guíe a los países que desean construir una estrategia económica y social más inclusiva capaz de promover un amplio progreso en la calidad de vida y una mayor participación en los beneficios del crecimiento económico más que el crecimiento en sí mismo<sup>2</sup>.

1 Informe del Director General de la OIT en la 104.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, *El futuro del trabajo*, Ginebra, 2015.

2 Véase *The inclusive Growth and development Report 2015*, R. Samans, J. Blake, G. Corsigan, M. Drzeniek, World Econ. Foro, septiembre de 2015.

La variedad de medidas innovadoras que podrían contribuir a esta estrategia abarcan varias esferas políticas. Primero y principal la promoción de buenas oportunidades de educación para todos los ciudadanos, apoyo al empleo productivo y de calidad y divulgación del bienestar activo universal. Pero también medidas más amplias que la legislación laboral tradicional, destinadas a crear un contexto social propicio al desarrollo sostenible y al crecimiento generador de empleo, como las inversiones público privadas necesarias para garantizar servicios e infraestructuras básicas de calidad; investigación innovadora y entorno empresarial dinámico, condiciones financieras favorables para inversiones a largo plazo, etc. Profundizar nuestra comprensión sobre estas estrategias y crear consenso para sus aplicaciones es el principal reto para el futuro<sup>3</sup>.

De hecho, la percepción de estas desigualdades e injusticias es una de las principales causas de inestabilidad y descontento social en muchos países, incluso aquellos tradicionalmente ricos y pacíficos. Dadas las dimensiones de estos retos, no bastan pequeños ajustes para restituir el papel de las políticas sociales y de los derechos del trabajo como instrumentos clave de justicia social y progreso. Es necesaria una mayor revisión tanto de los objetivos como de las técnicas de nuestra disciplina.

## **2. EL VALOR DEL TRABAJO Y DEL CRECIMIENTO SOSTENIBLE: EL PAPEL DEL DERECHO DEL TRABAJO**

Es necesario redefinir el eje central del Derecho del trabajo y las políticas sociales. Podrían no estar relacionadas exclusivamente con la protección de los trabajadores e incluso con la distribución de los ingresos, considerando, como en el pasado, que el crecimiento estaba auto sostenido en una dirección de desarrollo lineal. Las políticas laborales y sociales, y nosotros mismos como especialistas comprometidos socialmente, debemos compartir la preocupación por las condiciones y la sostenibilidad del crecimiento.

Para que este enfoque sea efectivo debe tener dos premisas importantes. Uno: la misión de nuestra disciplina no necesita estar limitada a reaccionar frente a los esquemas económicos y sociales existentes o para reducir su efecto negativo en el ámbito laboral.

<sup>3</sup> Véase *Developing with jobs, World of work*, Informe 2014: *An employment oriented investment strategy for Europe*, 2014, Departamento de Investigación de la OIT.

Es necesario un mayor compromiso en las tareas para perfeccionar nuestros instrumentos específicos, técnicos y políticos con una visión innovadora, para cambiar estos esquemas a favor de un crecimiento y progreso más inclusivo<sup>4</sup>.

Dos: La segunda premisa e incluso aún más importante, es que el rendimiento económico debería ser evaluado no solo según los parámetros materiales, y menos aún respecto a una acumulación financiera de corto plazo, sino incluyendo indicadores sociales y del bienestar.

Algunos de estos indicadores han sido elaborados por varias organizaciones internacionales y de investigación<sup>5</sup>, pero aun así, quienes efectúan propuestas políticas en este terreno no los tienen en cuenta seriamente. De hecho, asumir este objetivo en forma seria requiere, incluso antes de realizar reformas sociales específicas, un cambio de perspectiva: un nuevo enfoque político capaz de trascender la separación tradicional de funciones y del fundamento lógico entre la esfera económica y la que pueda promover una integración entre las políticas económicas innovadoras, bienestar activo y políticas de empleo efectivas.

Se ha adoptado un enfoque similar por ejemplo en el artículo 9 del Tratado europeo de Lisboa, que establece que las principales decisiones económicas a nivel nacional e internacional deberían tener en cuenta el impacto en el bienestar social e individual. Se trata de un enfoque político importante cuya aplicación está encontrando muchos obstáculos en la actual formulación de políticas nacionales y europeas. Pero se trata de una prueba decisiva para la lograr aportar veracidad al modelo social europeo. Contiene, además, un mensaje universal para nuestras sociedades, si se desea proporcionar un valor efectivo al trabajo humano como aspecto fundamental de la dignidad individual, como elemento de estabilidad social y distribución equitativa de la riqueza; por consiguiente, el impacto en la cantidad y calidad del empleo debería ser un elemento importante en todas las decisiones que se han de adoptar.

4 Véase el informe general de S. Deakin, *Labour Law and development*, del 21.º Congreso Mundial de la SIDTSS, Ciudad del Cabo, 18 de septiembre de 2015.

5 Véase la “*Declaración de Estambul*” adoptada en 2007 y suscrita por la Comisión Europea, la OCDE, la Conferencia Islámica, las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), disponible en el siguiente enlace: <http://www.OECD.org/data/OECD/14/46/38883774>. T. Stiglitz, A. Sen, J.P. Fitoussi, 2009, *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*, Stiglitz, Sen, Fitoussi, Francia.

Reconocer el valor del trabajo no es solo una condición para promover el crecimiento sostenible, sino para aprovechar también las grandes oportunidades brindadas por las innovaciones tecnológicas y por la sociedad del conocimiento. El impacto de los cambios tecnológicos en la esfera laboral es objeto de debate, hoy en día más incierto que en el pasado. A fin de evitar los efectos perjudiciales originados por las nuevas tecnologías, sería necesario destinar nuevos instrumentos e inversiones para promover el crecimiento del empleo tanto en países en desarrollo como en los desarrollados: dos fuentes de futuros empleos comúnmente identificadas son la economía verde y la economía asistencial<sup>6</sup>.

Políticas de este tipo, como la mayor parte de ellas, deben estar proyectadas a escala mundial, dado que los retos para el futuro del crecimiento del trabajo y de la sociedad son globales. Pero difícilmente podrán seguir adelante si no están respaldadas por los Gobiernos nacionales y los actores sociales nacionales, en particular en los Estados más poderosos, ya que son miembros importantes de las organizaciones internacionales, como, por ejemplo, la OIT.

La Unión Europea y las organizaciones similares que se han constituido en otras regiones del mundo pueden desempeñar un papel importante con ese mismo propósito, con el objetivo de compensar el decreciente poder de las autoridades nacionales y los recursos nacionales reducidos en los ámbitos del trabajo y de las políticas de bienestar.

### **3. REVISIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: DIVERSIFICACIÓN DE LAS REGLAS Y NORMAS BÁSICAS**

No solo es necesario revisar las decisiones económicas para contribuir al bienestar y la justicia social, pues resulta también necesario un reajuste paralelo en varios ámbitos de las políticas legales y sociales, de modo que puedan responder a las situaciones actuales de la economía y de la sociedad. Normalmente se declara que es necesario instaurar un equilibrio entre los imperativos de competitividad y las necesidades de bienestar de las personas<sup>7</sup>. Es posible encontrar casos de equilibrio en algunas experiencias nacionales, pero su eficacia y resultados actuales son objeto de controversia.

<sup>6</sup> Para una evaluación positiva de las contribuciones, véase *Sharing in the success of the digital economy*, ITIF,

Policy Network, 2015; OCDE, PYME jóvenes, *Growth and job creation*, 2014. También para repercusiones políticas, OIT, *El trabajo en el mundo 2014: el desarrollo a través del empleo*, Ginebra 2014.

<sup>7</sup> *Reconciling labour flexibility with social cohesion. Ideas for political action*, Publicación del Consejo de Europa, Estrasburgo 2006.

Existe un ámbito controvertido relacionado con la esencia del Derecho del trabajo tradicional, es decir la legislación de protección. Si concordamos que el empleo se ha diversificado ampliamente, las formas y técnicas de protección deberían también diversificarse según los distintos tipos de trabajo y necesidades de los empleados.

Cómo y en qué medida las distintas formas de reglamentación deberían ser aplicadas sigue siendo objeto de debate e incluso han sido objeto de diversas investigaciones sobre los diferentes modelos legales. La tendencia imperante en la mayor parte de los países, incluidos aquellos dirigidos por Gobiernos conservadores, consiste en no adoptar políticas de mera desregulación ni reducir todos los reglamentos protectores tradicionales a legislación en clave de soft law.

Por otro lado, la búsqueda de nuevas formas de regulación no pueden estar dirigidas solo por las categorías legales tradicionales. El contrato de trabajo estándar no siempre podrá ser un “filtro” o estándar apropiado para adoptar el enfoque correcto para esta búsqueda. Podría ser incluso un obstáculo a la plena comprensión de estas formas de empleo informal o atípico. Algunos países como España, Alemania, Italia e incluso países anglosajones, han introducido categorías legales alternativas para enmarcar estas nuevas situaciones, como el trabajo parasubordinado, los contratos de colaboración, el empleo económicamente dependiente, pero la identificación de los límites de estas categorías ha demostrado ser controvertida y la regulación de estas instituciones legales ha arrojado resultados dispares, a menudo por debajo de las expectativas de quienes han propugnado las mismas.

De hecho, las formas de trabajo atípico (o informal) son tan distintas en el tiempo y el en espacio que hacen difícil una aplicación de categorías jurídicas fijas. Y la multiplicación de los tipos de contratos adoptados en varios países como en Italia, no es una solución eficaz.

Por otro lado, si creemos como lo hago yo, que el Derecho del trabajo no puede limitarse a consagrar las distintas modalidades de trabajo que surgen en el mercado laboral, el legislador y los jueces están obligados a adoptar algunos principios rectores para decidir la regulación adecuada de estas formas de trabajo atípico. Las decisiones legales y colectivas son determinantes, ya que modelan el futuro de estos trabajos, deciden cómo y con qué alcance sus protecciones convergirán o diferirán de aquellas brindadas por el Derecho del trabajo tradicional al empleo estándar.

La mayor parte de los países desarrollados que han adoptado medidas específicas para regular el trabajo atípico, o como sostiene la OIT, para “formalizar el trabajo informal” han seguido distintos enfoques normativos<sup>8</sup>.

En algunos casos, es considerada adecuada algún tipo de regulación mínima pero con distintos contenidos.

Alguna vez se ha contemplado la posibilidad de una armonización “forzada” del estatuto legal del trabajo atípico siguiendo las reglas del empleo subordinado; pero ha demostrado no ser jurídica y políticamente factible.

En cambio, se han adoptado varias medidas para mitigar el dualismo del mercado laboral y la fragmentación de los distintos tipos de trabajo: debilitamiento de los criterios para identificar la subordinación, extensión de alguna protección social al trabajo atípico (en particular normas básicas relativas a las condiciones de trabajo y bienestar), empleo de una serie de mecanismos regulatorios para normalizar las formas de trabajo atípicas<sup>9</sup>. Estas medidas tienen en común la adaptación de la protección jurídica a las distintas funciones y necesidades de los empleados, no solo a trabajadores subordinados sino a aquellos empleados que no están legalmente subordinados pero que no son completamente autónomos, dado que dependen económicamente de uno o varios directores.

Esta zona gris intermedia relativa al empleo está compuesta por una gran variedad de modalidades de trabajo, a menudo no reguladas por contratos formales o que consisten incluso en “relaciones laborales personales”, que funcionan fuera del mercado laboral y no están reconocidas como base para una compensación económica<sup>10</sup>. Ellas representan la mayor parte del empleo en los países en desarrollo, y su porcentaje sigue siendo considerable – si no en aumento – también en el mercado de trabajo de las economías principalmente desindustrializadas.

8 Véase R. Husmanns, *Definición y medición del empleo informal*, Documento estadístico, OIT, Ginebra, febrero de 2014; C. Williams, M. Lansky, *Informal employment in developed and developing economies: perspectives and policy responses*, in *Int. Labor Review*, vol. 152, 2013, págs. 335-380, y el debate de expertos presidido por M. Weiss en el 21.º Congreso Mundial de la SIDTSS, Ciudad del Cabo, 16 de septiembre de 2015.

9 D. Adams, S. Deakin, *Institutional solutions to precariousness and inequality in labor markets*, *BJIR*, 2014, págs. 779-809.

10 Véase el informe general de Judy Fudge en ocasión del 21.º Congreso Mundial de la SIDTSS celebrado en Ciudad del Cabo, el 17 de septiembre de 2015, la igualdad y la ciudadanía en el trabajo como base conceptual para el Derecho del trabajo, que explora esta variedad de modelos de trabajo y en particular la necesidad de ampliar también el enfoque de nuestra disciplina a las relaciones de trabajo personales.

No todas las normas que componen el núcleo tradicional del Derecho del trabajo imperativo pueden extenderse a esta zona gris del empleo. Algunas protecciones son menos necesarias; otras pueden aplicarse solo parcialmente o con adaptaciones.

Por otro lado, algunas normas tradicionales pueden perder importancia para los empleados que han adquirido gran independencia operativa, aunque hayan sido contratados con un contrato en régimen de dependencia. Se podría adoptar un principio rector para la selección de los reglamentos adecuados; a saber, la adecuación de los distintos trabajos y normas de seguridad laboral con las necesidades de protección y promoción de las distintas modalidades de trabajo. Este puede llegar a ser solo un principio general, que debería ser puesto a prueba sobre el terreno para adaptarse a las características de cada tipo de empleo y evitar una excesiva rigidez y falta de protección.

La adopción de dicho principio, como viene propuesto en algunos países, podría favorecer un enfoque regulatorio no solo mejor orientado sino también más flexible y simplificado. Reduciría a su vez el número de normas de detalle que están sobrecargando varios sistemas jurídicos modernos, y por el contrario, se intensificaría la importancia de las normas mínimas nacionales y, en perspectiva, supranacionales.

Estas normas deben poder adaptarse a las distintas condiciones económicas y sociales de los distintos países, como ha indicado la OIT. Pero el núcleo esencial de ellas debería ser universalmente respetado. Este núcleo incluiría los derechos colectivos básicos como, por ejemplo, la libertad de asociación y la acción colectiva (incluidas las huelgas); y los derechos individuales fundamentales como la privacidad personal, la libertad de acceso a la educación y a la formación profesional, la información accesible sobre las oportunidades de trabajo en el mercado, y la protección adecuada de la salud y seguridad. Algunas de estas normas están explícitamente incluidas en muchas legislaciones nacionales y en la Carta Europea de los derechos sociales fundamentales.

La promoción de normas comunes básicas es el núcleo del trabajo de gobernanza internacional, perseguida en particular por la OIT a través de sus convenios internacionales.

Promover la eficacia de estas normas es el reto más desafiante. El mecanismo de aplicación empleado por parte de las legislaciones nacionales no puede funcionar fácilmente a través de las fronteras, incluso en países que han ratificado los convenios de la OIT. De hecho, el contenido y redacción de estos convenios

no siempre están encuadrados como directrices prescriptivas, aplicables inmediatamente y ejecutables en el Derecho nacional del trabajo. Sin embargo, han sido concebidas con el propósito de proporcionar un marco orientativo que los Estados miembros y sus instituciones (ejecutivas y judiciales) deberían utilizar para promover el cumplimiento conforme a las disposiciones de la Convención por parte de los varios actores implicados; en primer lugar, por los empleadores. A su vez, se ha reconocido que la pertenencia a la OIT debería comportar la aceptación (al menos) de los principios fundamentales sobre los cuales se basa la organización, y por consiguiente, el deber de los Estados miembros de promover el cumplimiento de estos principios por medio de los instrumentos jurídicos nacionales. El cumplimiento efectivo de las normas internacionales puede ser promovido y ampliado a través de disposiciones específicas y procedimientos incluidos en las cláusulas sociales de los acuerdos comerciales (véase más abajo el caso de TTIP).

Como mejorar aún más la eficacia de las normas sociales internacionales es una cuestión ampliamente discutida.

El discurso de apertura de A. Supiot en ocasión del 21.º Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS) (*What social justice in the XXI century?*) ha sometido a debate una propuesta interesante, según la cual los Estados Miembros que han ratificado los convenios de la OIT, no solo tendrían que observar las normas en sus sistemas jurídicos, sino que podrían reclamar el respeto de estas normas por parte de otros Estados miembros que no han ratificado los convenios, a tal punto de requerir este cumplimiento como condición para el comercio bilateral recíproco.

#### 4. SEGURIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA

En nuestro ámbito, la flexibilidad es otra esfera controvertida de formulación de políticas<sup>11</sup>, siendo imposible ignorar la presión que ejerce. De hecho son necesarias reglamentaciones y límites para evitar las trampas de la precariedad. La necesidad de flexibilidad deber ser equilibrada con el valor de la seguridad que es muy elevada en tiempos de incertidumbre. Una vez más, el camino hacia la seguridad puede diferir con respecto a aquel del pasado.

11 Esta cuestión se ha estado debatiendo en Europa desde 1997 cuando la flexiguridad fue aprobada por la Comisión como la principal directiva para las políticas del mercado laboral: véanse entre otros, T. Wilthagen ed., 2007, *Flexicurity Practices. Expert report for European Commission*; Eurofound, *The second phase of flexicurity*, Dublín, 2013; P. Auer, *Seguridad de los mercados laborales: combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente*, OIT, Ginebra, 2007

Se han planteado nuevas propuestas innovadoras – y en parte se han ejecutado – para promover y garantizar una carrera continua más que la seguridad específica del puesto de trabajo<sup>12</sup>. Se han registrado resultados dispares también en países europeos que durante muchos años han aplicado modelos de “flexibilidad”. Gran parte depende del balance efectivo entre la flexibilidad requerida a los empleados y la red de seguridad de apoyo a los ingresos y de políticas activas de trabajo para los desocupados. Lograr mantener un equilibrio ha demostrado ser difícil incluso en países sólidos en los últimos años de crisis económica. Se han propugnado nuevas políticas efectivas para respaldar tanto a las empresas como a sus empleados en los períodos de transición, que están convirtiéndose en una característica recurrente o normal de los mercados de trabajo modernos<sup>13</sup>.

Las tareas de las intervenciones públicas son particularmente importantes para garantizar que cada empleado esté protegido en caso de recesión económica o cambio de puesto de trabajo, características de las actuales economías turbulentas. Las buenas prácticas nacionales muestran que dicha protección debería incluir garantías de ingreso, asistencia personalizada en la búsqueda de oportunidades de trabajo y la oportunidad de enriquecer y actualizar las competencias según las capacidades individuales y las tendencias del mercado de trabajo. La educación y los servicios sobre el mercado de trabajo son bienes públicos necesarios tanto para la competitividad económica como para el bienestar personal y social.

Ciertamente, remplazar la seguridad estática por aquella dinámica es un objetivo social arduo, cuya consecución requiere de un amplio consentimiento y participación de las partes interesadas<sup>14</sup>. De hecho, en general son necesarios acuerdos de buena fe para desarrollar la confianza y la innovación social estable.

12 A. Supiot, 2001, *Beyond employment*, Oxford Univ. Press, Oxford. El conjunto de propuestas más ampliamente discutido. Las formas de aplicación de propuestas similares difieren según los patrones nacionales de flexibilidad.

13 A. Hemerijck, *Changing welfare states*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2012, pág. 256 y ss.; H.P. Blossfeld, S.

Bucholz, D. Hofacker, S. Bertoloni, *Selective flexibilisation and deregulation of the labor market*, Stato e Mercato, 2012, pág. 373 y sigtes.

14 M. Hansenne, *Labour flexibility: the quest for competitiveness versus the need for social protection*, in *Reconciling Labour flexibility*, citación, pág. 27 y ss.

## 5. MEDIDAS ACTIVAS DE BIENESTAR COMO INVERSIÓN SOCIAL

Resulta necesario efectuar una redefinición del alcance y del contenido no sólo para la legislación en materia de empleo, sino también para la ley en materia de protección social y bienestar. En varios países europeos, las fuertes limitaciones financieras están reduciendo los recursos destinados a las medidas de bienestar. En los países recientemente desarrollados que están atravesando un período de crecimiento, las políticas públicas están llamadas a desarrollar un sistema de bienestar capaz de satisfacer las necesidades básicas de la población, como la salud y la seguridad, las pensiones de vejez, la protección contra el desempleo. Estos países deberían evitar las trabas y el aumento descontrolado de los costos que han sobrecargado algunos sistemas tradicionales de bienestar. Su camino hacia la formulación de políticas sociales no necesita reproducir los modelos adoptados por los países históricamente industrializados. En todos los casos, teniendo en cuenta incluso los distintos niveles de desarrollo económico e institucional de los diferentes países, el nuevo contexto global requiere una ‘nueva ponderación’ de las estructuras y del contenido del bienestar del siglo pasado. Son necesarias una serie de políticas más activas para reducir los costos crecientes de las prestaciones sociales y movilizar las capacidades de los usuarios para promover su desarrollo personal y no simplemente asistirlos en caso de necesidad.

Una oportunidad a tener en cuenta es la explotación de los potenciales individuales, e incluso del individualismo, al sostener trayectorias personales en los distintos ciclos de vida y al invertir en las distintas calidades personales de la población para moldear sus “capacidades”. Desde esta perspectiva, las medidas de bienestar pueden ser vistas como inversión social más que como un costo<sup>15</sup>, y demuestran no sólo ser compatibles sino funcionales para el crecimiento sostenible y la competitividad.

En cuanto a las medidas de bienestar, dicho enfoque podría facilitar su extensión más allá de la cobertura de los empleados originarios, a trabajadores atípicos y al número creciente de trabajadores migrantes que hasta ahora han sido privados de protección y en gran parte excluidos. Toda norma social y política a nivel nacional e internacional ha sido dispuesta para contrarrestar los distintos factores que los hacen más vulnerables que a otros empleados; varias medi-

15 A. Hemerjick, *Changing welfare state*, citación, pág.133 y sigtes.; M. Ferrera, *The boundaries of welfare: European integration and the spatial policies of social protection*, Oxford Univ. Press; E.B. Cantillon, *The paradox of social investment: growth, employment and poverty in the Lisbon era*, Journal of European Social Policy (JESP), 2011, pág. 432 y ss.

das pueden contribuir a alcanzar este objetivo: normas que reglamenten el flujo de trabajadores migrantes en las fronteras nacionales en una forma socialmente sostenible y segura, eso significa protección ante el riesgo de explotación en el trabajo y de desempleo; acceso efectivo a las principales prestaciones de seguridad social en caso de movilidad de los trabajadores entre los distintos países, en particular a través de mecanismos de totalización, jurídicos o negociados en acuerdos transnacionales<sup>16</sup>.

Podrían ser necesarias nuevas formas de asistencia para facilitar la inclusión de los grupos vulnerables y las áreas hasta el momento sin cobertura. Algunos casos de países emergentes destacan la importancia de la solidaridad de grupo y apoyo conjunto para elaborar sistemas de microfinanzas y seguros que logren llegar a estos sectores de la población activa.

Alcanzar a una gran parte de la población mundial, casi la mitad, que trabaja en la economía informal significará una labor inmensa para el futuro del bienestar. Se están realizando algunos intentos en algunos países para permitir que estos trabajadores irregulares se regularicen gradualmente a través de la combinación de incentivos y desincentivos, arrojando sin embargo resultados dispares<sup>17</sup>.

## 6. REVITALIZACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Los cambios en el contexto económico y en la diversificación del trabajo requieren una revalorización, no sólo de las políticas de empleo públicas sino también de los convenios colectivos y de las relaciones laborales. Cómo lograrlo es una cuestión controvertida que ha recibido distintas soluciones también por parte de los Gobiernos y las partes sociales que consideran los convenios colectivos y las relaciones laborales una forma importante de participación social y de protección de los empleados y no como un obstáculo al mejor funcionamiento de la economía.

Los convenios colectivos han sido diseñados, como derecho estatutario, según los patrones dominantes de empleo estándar basados en gran parte en la ex-

16 Véase el informe del profesor M. Asher. *Social Security: which way forward?* en ocasión del 21.º Congreso Mundial de la SIDTSS, Ciudad del Cabo celebrada el 17 de septiembre de 2015; y *Migración equitativa: un programa de la OIT*, 2014. Memoria del Director General, 104.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014.

17 Véase el *Informe del Comité de Seguridad Social*. Conferencia Internacional del Trabajo, 2001, Punto 2, *Ampliación de la cobertura de la seguridad social, y el informe general del profesor M. Asher. Social Security: which way forward?* en el 21.º Congreso Mundial de SIDTSS, Ciudad del Cabo, 17 de septiembre de 2015.

perencia de los actores sociales de los países industrializados. Si quieren seguir siendo una fuente principal de regulación y promoción del empleo, ellos también deben revisar sus objetivos y prácticas para poder responder a la diversificación de los patrones de empleo, y por otro lado, a la globalización de los mercados.

De hecho, estos retos están afectando al sistema de las relaciones laborales incluso de forma más directa que el estatuto legal del contrato de trabajo, visto que las relaciones laborales están expuestas, en muchos casos sin contar con protección, a las presiones ejercidas por los mercados y a causa de la diversificación del trabajo que afecta a la base de la acción colectiva y de la solidaridad de los trabajadores, en mayor medida que las iniciativas de los empleadores.

La mayor responsabilidad de la revisión de las relaciones laborales recae en los interlocutores sociales, en particular los sindicatos de trabajadores. De hecho, los sindicatos deben replantearse la relación con sus bases sociales, que han cambiado drásticamente de la clase obrera nacional y homogénea de la industria fordista a la fuerza laboral terciaria actual, diversificada y móvil.

Pero los Estados nacionales y su legislador han sido siempre importantes a los efectos de lograr establecer el contexto institucional en el que se han desarrollado las relaciones laborales en los últimos decenios, aunque con múltiples variaciones que han contribuido a moldear las “variedades de capitalismo”. Podemos considerar que la relación entre la dinámica (interna) del movimiento laboral y la iniciativa de las instituciones nacionales seguirá influyendo en el futuro de las relaciones laborales colectivas.

Pero la reciente experiencia de la mayor parte de los países demuestra que esta relación podría ser menos virtuosa que en el pasado, es decir, con menor capacidad para respaldar acciones colectivas para la promoción y regulación del trabajo.

De hecho, incluso los estudiosos más comprensivos con el papel desempeñado por los convenios colectivos y las relaciones laborales parecen oscilar entre un optimismo moderado y un pesimismo moderado sobre el futuro<sup>18</sup>.

18 En el documento de L. Baccaro y C. Howell, *A common Neoliberal trajectory: the transformation of Industrial Relations in advanced capitalism*, en *Políticas y sociedad*, núm. 4, 2011, págs. 521-563 se presenta un análisis más bien pesimista; se puede encontrar una visión más matizada en M. Keune, *Decentralized wage setting in time of crisis*, *Revista de Derecho laboral Europeo*, núm. 2, 2011; J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe's Industrial Relations*, Consejo Social y Económico holandés, 2004, [www.ser.nl](http://www.ser.nl).

No puedo entrar en más detalles, pero tenemos bastante información como para promover la investigación común del pensamiento innovador sobre las posibles alternativas, y las medidas capaces de influir en la evolución del sistema de relaciones laborales.

Estoy seguro de que los factores adversos, que están debilitando los convenios colectivos donde están bien consolidados y que están obstaculizando su desarrollo donde se encuentran en una fase inicial, pueden ser enfrentados solo a través de una acción concurrente y de una interacción por parte de las instituciones públicas y los actores sociales<sup>19</sup>. Constituye un gran reto para las políticas públicas recomponer el equilibrio de poderes que la globalización y la crisis han hecho desfavorable para el trabajo y los sindicatos. En la actualidad, el apoyo público a la acción colectiva encuentra algunos terrenos de prueba específicos: a) reconocimiento de los derechos individuales y colectivos, a partir de la libertad de asociación y lpleo y servicios sociales; d) prestación de una red de seguridad universal para apoyar la participación conjunta de los empleados y ciudadanos en las institucioa acción colectiva; b) a nivel de empresa, apoyo a la participación de los trabajadores en la organización del trabajo y en la vida de la empresa; c) apoyo al derecho de los representantes a participar en las instituciones públicas que proveen emnes locales que siguen siendo decisivas incluso en la era de la globalización.

La experiencia de los países en los que se lleva a cabo esta participación, ha mostrado resultados positivos no solo en facilitar las relaciones laborales sino también en mejorar el bienestar de los trabajadores y la productividad de las empresas. Sin embargo, este enfoque requiere un mayor cambio de actitud en la cultura y práctica de las partes sociales, en particular de los sindicatos mayormente dedicados a los conflictos y a menudo alejados de la participación.

Asimismo, los sindicatos deben ser más sensibles a las necesidades de los distintos tipos de empleados, no solo al núcleo tradicional de los integrados, y

19 S. Sciarra, 2009, *Transnational and European ways forward for collective bargaining*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, INT- 73/2009, consultado en el sitio <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>; J. Visser, *The rise and fall of industrial unionism*, Transfer 2012, I. Para una visión crítica: L. Baccaro, C. Howell, *A common neoliberal trajectory: the transformation of industrial relations in advanced capitalism*, citación, págs. 521 a 563; se presenta una visión más matizada en el documento escrito por M. Keune, *Decentralized wage setting in time of crisis*, Revista de Derecho laboral europeo, núm. 2, 2011; J. Visser, *Recent trends and persistent variations in Europe’s industrial relations*, Consejo Social y Económico holandés, 2004, [www.ser.nl](http://www.ser.nl).

convertirse no solo en negociadores salariales, sino en organizaciones de bienestar y de servicio, actuando como intermediarios entre las instituciones públicas y los empleados para el acceso pleno a las oportunidades de la sociedad actual.

Las iniciativas innovadoras en las relaciones laborales pueden requerir no solo un cambio en los contextos y la estructura de los convenios colectivos, sino la búsqueda de nuevas formas de acción colectiva basada en nuevas motivaciones e identidades de la fuerza laboral actual. Esto puede comportar un enfoque multidimensional - bilateral o trilateral - a la regulación de las relaciones individuales y colectivas de los distintos grupos, incidiendo de ser posible no solo sobre las condiciones de trabajo sino también respecto de otros aspectos de la vida laboral.

Este enfoque difícilmente podrá ser promovido desde arriba, por el contrario, tendrá que ser experimentado, como lo confirman algunos casos, en distintos contextos territoriales bajo iniciativa de los actores locales, tanto públicos como privados<sup>20</sup>.

## **7. PROYECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES: MÚLTIPLES NIVELES DE ACCIÓN Y DISTINTAS TÉCNICAS JURÍDICAS**

Las nuevas orientaciones de las políticas esbozadas aquí cuentan con un mayor terreno de ensayo en los Estados nacionales, incluso en un mundo globalizado. Los resultados de las reformas nacionales y los principales indicadores de los mercados nacionales de trabajo han sido diferentes, según las condiciones sociales y económicas de los países y también de la calidad de las instituciones a cargo del diseño de políticas públicas<sup>21</sup>. Pero dadas las dimensiones globales de la actual economía, resultan insuficientes las actuaciones a nivel nacional de estas políticas. No pueden ser exitosas a menos que las políticas nacionales económicas y sociales puedan enfrentarse al reto de los mercados internacionales; un reto difícilmente alcanzable de forma aislada por un país, incluso el más potente. Por este motivo es necesario fomentar algún tipo de proyección internacional de políticas sociales. Esto se podrá solamente hacer a través de un esfuerzo concertado de actores nacionales y supranacionales, destinado a fomentar las dimensiones

20 Véase el informe de Jude Fudge en el 21.º Congreso de la SIDTSS.

21 Véase la importancia de las instituciones y el cambio institucional, C. Howell y R. Kolins Givan, *Rethinking institutions and institutional change in European Industrial Relations*, BJIR 49, 2011, pág. 231 y sigtes.; K. Thelen, *Institutional change in advanced political economies*, en BJIR, núm. 3, 2009; y los primeros resultados del Proyecto ambicioso de investigación presentado por S. Deakin en el 21.º Congreso Mundial de SIDTS, citación.

sociales y el desarrollo democrático de la globalización. Para ello, el estado actual de acciones supranacionales debe ser reforzado y orientado a promover un enfoque común (al menos) en los principales aspectos de las políticas sociales.

Para lograr este objetivo, las instituciones públicas y los actores sociales deben interactuar entre ellos, a diferencia del pasado, en varios niveles de gobernanza (al menos tres): nacional, regional y mundial.

Este múltiple ámbito de acción es un ulterior factor que requiere innovación de las políticas y de los instrumentos para su aplicación. La búsqueda de respuestas transnacionales a estos problemas está avanzando lentamente, a pesar de los esfuerzos de algunos actores. Es por ello que una búsqueda innovadora para enmarcar estas respuestas es también necesaria por parte de los expertos nacionales en materia laboral y los juristas más especializados en el Derecho comparado.

La interdependencia entre los diferentes espacios nacionales económicos y sociales se ha vuelto tan intensa que los términos tradicionales de comparación son a menudo poco claros y deben ser redefinidos. Los sistemas nacionales jurídicos y sociales, enfrentados a esta interdependencia, están expuestos a una forma de competición regulatoria sin precedentes que no está (aún) sujeta a ningún tipo de normas supranacionales.

No es factible una simple reproducción de los modelos nacionales en el exterior. La diversidad de las instituciones nacionales, económicas, sociales y públicas, combinadas con los distintos niveles de desarrollo de los países, requiere un paciente ejercicio de comprensión y aprendizaje recíprocos. El intercambio de buenas prácticas, de ser posible dirigido por alguna forma de mediación institucional, puede dar lugar a formas virtuosas de “cruce” de distintos modelos nacionales.

La dimensión transnacional de los problemas ha contribuido a diversificar y también adaptar las formas de regulación. La Unión Europea, que es una zona relativamente homogénea regulada por un sistema jurídico común, aunque parcial, ha experimentado los límites de las normas tradicionales de una legislación vinculante y ha adoptado varias formas de soft law, en particular el método abierto de coordinación (OMC). A pesar de la escasa eficacia y coherencia de estas técnicas jurídicas, han resultado ser una “segunda mejor opción” necesaria respecto a las medidas jurídicamente vinculantes que han tenido dificultad para ser introducidas tanto técnicamente como políticamente.

La experiencia sugiere que para promover fórmulas graduales en el transnacionalismo, se pueden combinar distintos instrumentos según el objetivo especí-

fico a alcanzar. Algunas cuestiones sociales no son adecuadas para ser reguladas por normas de hard law, y proporcionan mejores resultados cuando se articulan a través de por una compleja combinación de reglas flexibles, cambios organizativos, comportamientos coherentes de los interlocutores sociales y de las instituciones públicas. Este es el caso, por ejemplo, de las políticas activas de empleo, del bienestar aplicado a las prácticas laborales y de las medidas destinadas a fomentar la empleabilidad.

Por otra parte, las diversas formas de soft law pueden ser más eficaces mejorando los procedimientos de su aplicación, los instrumentos de control y supervisión y los mecanismos de revisión. Esta posibilidad está confirmada en parte por las experiencias de las normas del trabajo de la OIT y por el método abierto de coordinación europeo (OMC)<sup>22</sup>: en ambos casos se requieren nuevas mejoras.

## 8. DESARROLLO SOSTENIBLE

Las acciones transnacionales no pueden ser promovidas simplemente a través de procedimientos legales y tampoco por medidas distributivas. Son necesarias políticas económicas y sociales más amplias a fin de crear condiciones estructurales para un desarrollo sostenible en todas las partes del mundo, y superar los obstáculos históricos que han impedido el crecimiento de los países menos desarrollados.

La consecución de un objetivo tan ambicioso trasciende la capacidad de actores individuales e incluso de Estados individuales. Requiere un compromiso a largo plazo por parte de los Gobiernos nacionales y las organizaciones internacionales. Se ha recomendado repetidamente una acción coordinada de los Gobiernos de las principales economías del mundo por las principales organizaciones internacionales (OIT, OCDE, Banco Mundial) y por las cumbres internacionales de estos Gobiernos. Se han acordado programas detallados de medidas destinadas a promover un desarrollo sostenible, o como se suele decir, a fin de garantizar la “estabilidad y el crecimiento”. Pero la aplicación de estos programas ha sido, en el mejor de los casos, parcial y dispar frente al estado de incertidumbre y turbulencia de la economía mundial.

Más allá de los compromisos generales contraídos por estas instituciones, los programas e iniciativas ejecutados en sectores y áreas específicos por parte de

22 M. Heidenrich, J. Zeitlin (edición), *Changing European employment and welfare regimes. The influence of the open method of coordination on National Reforms*, Londres NY, Routledge, 2009.

los actores regionales, públicos y privados, pueden aportar contribuciones útiles en este sentido. Se están emprendiendo numerosas iniciativas similares bajo forma de tratados bilaterales y multilaterales que combinan la regulación mutua del mercado con programas de desarrollo y cláusulas sociales.

De hecho, la posibilidad de seguir avanzando por el camino de la acción y de la regulación transnacional depende de diversas variables y de una infinidad de decisiones en el ámbito privado y público a nivel nacional e internacional en relación con todos los aspectos de la política. Están implicados distintos tipos de actores y podrán ser adecuados diferentes vectores según las cuestiones y la dimensión espacial de las acciones específicas.

Nuestra disciplina desempeña un papel en la tarea de fomentar el desarrollo sostenible; siempre que no se limite a reaccionar ante las presiones económicas externas. Es posible ejercer un rol activo mediante el uso innovador de los instrumentos específicos de la legislación y de la acción conjunta. Nuestros debates comunes han aportado indicaciones significativas, aunque sólo tentativas, sobre cómo los instrumentos jurídicos y colectivos pueden contribuir a alcanzar dicho objetivos: sostener el empleo y la calidad del trabajo - que son la base del desarrollo sostenible -, fomentar la flexibilidad y la productividad en el puesto de trabajo garantizando al mismo tiempo la seguridad en los mercados de trabajo; facilitar el uso positivo de la innovación organizativa y tecnológica; promover el bienestar de la gente; e igualmente importante, dar voz, motivación y confianza a los empleados en el puesto de trabajo y en la escena pública.

## **9. EMPRESAS MULTINACIONALES Y ACUERDOS DE EMPRESA TRANSNACIONALES**

La empresa es un factor clave de desarrollo que está viviendo un proceso de cambio. Las dimensiones globales que están adquiriendo varias empresas les otorga un papel decisivo no solo en las relaciones laborales nacionales, sino también en las transnacionales. En sus operaciones transfronterizas pueden promover tanto el mercado global como las regulaciones de empleo transnacionales.

La influencia que ejercen las empresas multinacionales en estos ámbitos puede tener distintos impactos. Una evaluación exhaustiva y responsable de su calidad y resultados es necesaria para formular conclusiones al respecto, incluso aún más ya que el papel de estas empresas a es motivo de polémica, a menudo más ideológica que objetiva. Sin embargo, el papel que desempeñan las empresas multinacionales hoy en día es bastante significativo y adopta distintas formas<sup>23</sup>: iniciativas unilaterales ad hoc, programas estables en varios ámbitos económi-

cos y sociales, directrices de responsabilidad social empresarial de contenido e impacto variable, y más recientemente, acuerdos colectivos con organizaciones representativas de sus empleados (consejos de empresa y/o sindicatos nacionales e internacionales).

Los amplios acuerdos empresariales transnacionales pueden ser un importante instrumento de regulación transfronterizo en diversas cuestiones laborales y sociales<sup>24</sup>. Este tipo de acuerdos puede tener un impacto en las condiciones laborales más directo que acuerdos transnacionales de más amplia cobertura suscritos entre las organizaciones nacionales o territoriales de trabajadores y empleadores en sectores productivos específicos. Estos acuerdos, conforme a los regímenes jurídicos actuales, no tienen efectos jurídicamente vinculantes ni en las empresas individuales ni en sus empleados. Los intentos por parte de la Unión Europea de ofrecer un sencillo marco legal a los acuerdos colectivos transnacionales han encontrado una extensa resistencia de las organizaciones colectivas de ambas partes<sup>25</sup>, por lo que el impacto regulatorio de estos acuerdos depende esencialmente de la influencia real que pueden ejercer las organizaciones firmantes en sus respectivos ámbitos internacionales.

La experiencia demuestra que la influencia de las organizaciones colectivas en este ámbito es reducida con respecto a la que pueden ejercer dentro del territorio nacional. Aquí podrían estar respaldadas por Gobiernos solidarios y sus vínculos con sus ámbitos de actuación han sido evaluados a lo largo de diversos años de práctica común. Los vínculos colectivos transfronterizos son débiles ya que tanto los sindicatos de trabajadores como las asociaciones de empleadores no han adoptado nunca una organización transnacional efectiva, ni han delegado suficiente poder a los negociadores colectivos internacionales como para pro-

23 OIT, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 4.ª edición, Ginebra, 2006. P. Tergeist, *Multinational enterprises and codes of conduct: the OEDC guidelines for MNEs in perspective*, in R. Blanpain (ed), *Comparative labor law and industrial relations in industrial market economies*, 2014, W. Kluwer, pág. 213 y sigtes.

24 I. da Costa, U. Rehfeld, *Transnational collective bargaining at company level. Historical developments*, in K. Papadakis (ed), *El diálogo social y los acuerdos transfronterizos: ¿un nuevo marco global de relaciones laborales?* Ginebra, OIT, Instituto Internacional de Estudios Laborales (ILLS), 2008.

25 E. Ales et al., *Negociación colectiva transnacional: pasado, presente y futuro*, Informe final, Comisión Europea, febrero de 2006; A. Lo Faro, *Bargaining in the "shadow of" optional framework? The rise of transnational collective agreements and EU Law*, *European Journal of Ind. Rel.*, 2012, 2, págs. 153 a 165.

porcionarles algún tipo de legitimación y carácter vinculante en sus ámbitos nacionales y menos aún en las empresas individuales y los representantes de los trabajadores.

Los acuerdos de empresas transnacionales, al igual que los acuerdos empresariales nacionales, tienen una “ventaja comparativa” a estos efectos ya que su impacto regulatorio en las condiciones de empleo dependen del poder del empleador para determinar dichas condiciones; poder que el empleador puede ejercer con discrecionalidad según los términos del acuerdo que ha suscrito con los legítimos representantes de su empleados.

El hecho de que la aplicación de los acuerdos empresariales dependa del poder de los empleadores no es adecuado para los contenidos de estos acuerdos. Tienden a reflejar en primer lugar la agenda prioritaria de la empresa que puede estar más o menos influida por la capacidad de negociación de los representantes de los empleados. Es probable que la práctica de acuerdos empresariales adquiera creciente importancia, en línea con las tendencias generales hacia la descentralización de las relaciones laborales, pero queda por ver qué impacto tendrá esta práctica en la evolución general de las relaciones laborales y de los acuerdos colectivos. No es claro si promoverán regulaciones bilaterales de empleo a nivel de empresa, enriqueciendo por tanto los contenidos de la negociación nacional tradicional, o por el contrario, favorecerán prácticas dirigidas por los directivos, reduciendo (aún más) el alcance de los acuerdos colectivos territoriales.

Los acuerdos firmados por algunas empresas transnacionales con el Comité de Empresa Europeo han proporcionado distintas pruebas sobre su impacto y contenido. Pero han demostrado ser medios eficaces de regulación transnacional en muchas cuestiones de empleo y bienestar. En algunos casos, han fomentado buenas prácticas innovadoras de organización del trabajo y de participación de los trabajadores. Han logrado a menudo regular cuestiones que habían mostrado ser espinosas a nivel sectorial o territorial, a pesar del apoyo brindado por la Unión Europea a la negociación colectiva y al diálogo social.

Este es el caso, por ejemplo, de cuestiones relacionadas con la reestructuración y reorganización de empresas o de grupos de empresas, de los consiguientes despidos colectivos, y en general, de los varios procesos de externalización del trabajo, de subcontratación y organización de las cadenas de valor<sup>26</sup>.

26 M. Carley, M. Hall, *European works councils and transnational restructuring*, Dublín, Eurofound, 2006.

## 10. TRATADOS INTERNACIONALES COMO FACTORES DE TRANSNACIONALISMO. EL CASO DEL TTIP (ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA PARA EL COMERCIO Y LA INVERSIÓN)

La difusión de tratados internacionales bajo distintas formas y con diferentes actores los han convertido en importantes medios de transnacionalismo<sup>27</sup>. Su idoneidad para la regulación del empleo y en las cuestiones sociales es un tema de debate abierto. Las recientes negociaciones transatlánticas en curso con la finalidad de concertar la denominada Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión [Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)] y con el área del Pacífico para firmar otro importante tratado, a saber, el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica [Trans-Pacific Partnership (TPP)] constituyen el principal terreno de prueba. Los resultados que emergerán de dichas negociaciones, dada la importancia de las áreas y de los actores implicados, representarán una referencia importante para tratados análogos en el futuro. El alcance previsto para los acuerdos, y me refiero específicamente al TTIP que es el que conozco mejor, es tan amplio que influirá no solo en la normativa comercial, sino en los aspectos más importantes del futuro desarrollo del mundo y de la vida de sus habitantes.

La presencia de cláusulas sociales y de capítulos sociales es un elemento común en los tratados internacionales<sup>28</sup> pero tienen distintos contenidos, niveles de detalle y compromisos contraídos por las partes signatarias. Incluso el lenguaje empleado refleja la dificultad en alcanzar un acuerdo en la definición de estos compromisos, a menudo expresados en forma poco clara y ambigua.

La aplicación de los tratados ha sido dispar, lo cual confirma la importancia de la claridad de lo acordado, pero también de todos los procedimientos de supervisión y aplicación acordados por las partes. La experiencia acumulada a lo largo de los años es signo de vitalidad de estas formas de regulaciones transnacionales y de la capacidad de aprendizaje de los protagonistas que han sido capaces de

27 L. Compa, *Labor rights and labor standards in transnational trade*, 25 *law and Pol. ; Y. Int. Bus*, 165/1993; ID, *Labor rights and labor standards in transnational trade and investment negotiation. An American perspective*, Foro transatlántico de partes interesadas, W. Papers series, Universidad de John Hopkins, 2014; J. Bellace, *Human rights at work: the need for definitional coherence in the global governance system*, *Int. Journal of Comparative Labour Law and Ind. Rel.*, 2014, pág. 175 y sigtes.; J.M. Sirohen, *Labour provisions in preferential trade agreements: current practice and outlook*, *Inter. Labor review*, 152 (2013), 1, pág. 85 y sigtes; *Dimension social de los acuerdos de libre comercio*, Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra, 2013

ampliar con frecuencia dichas regulaciones desde cuestiones comerciales hasta cuestiones sociales y de empleo.

Los negociadores del tratado TTIP, en la definición de un posible capítulo social, deben hacer frente, a diferencia de negociadores anteriores, a dos contingentes que están económicamente y socialmente desarrollados, pero cuyos regímenes sociales son diferentes en varios aspectos. De hecho, se considera que representan dos modelos opuestos, la economía de mercado social europea y el capitalismo de libre mercado atlántico. Ambas áreas registran importantes diferencias a nivel institucional y socios económicos que condicionan profundamente sus políticas sociales. Además, estas últimas han sido armonizadas solo parcialmente en las dos áreas regionales a través de regulaciones internas (de tratados europeos y de NAFTA) y están sujetas a tendencias divergentes en los recientes períodos de crisis económica.

Dadas estas condiciones, la opinión pública, europea en particular, ha expresado gran preocupación debido a que un compromiso en el TTIP podría contribuir a reducir las normas sociales y del trabajo que prevalecen en Europa: de hecho, no solo esas normas sino también aquellas relacionadas con la seguridad y la calidad de los alimentos, la protección del medioambiente etc. Para evitar este riesgo, las instituciones europeas (el Consejo y el Parlamento) han encomendado a sus negociadores a que protejan esas normas, tanto europeas como nacionales y que introduzcan en el tratado directrices que comprometan a ambas partes a mejorarlas mediante la plena aceptación, aplicación y cumplimiento de los ocho convenios fundamentales de la OIT y del programa de trabajo decente <sup>29</sup>.

Se ha recomendado también la inclusión de directrices para la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) de las empresas transatlánticas. A las empresas registradas conforme a las normas europeas se les exige aplicar a sus empleados el derecho a la información y consulta garantizada por las Directivas. Otras recomendaciones están dirigidas a promover buenas prácticas y políticas en varios ámbitos importantes para el futuro del trabajo (políticas activas de empleo, calidad de los programas de trabajo, medidas de formación continua, promoción del diálogo social, etc.).

Estas instrucciones confirman las difíciles tareas en manos de los negociadores de ambas partes. Los negociadores europeos deben defender sus normas

29 Resolución del Parlamento Europeo, 8 de julio de 2015, Prov. (2015) 0252; Parlamento Europeo, Comisión para el comercio internacional, *Lange Report*, 2014/2228.

sociales frente a las empresas y a los actores atlánticos acostumbrados a aplicar normas diferentes (a menudo inferiores) relacionadas tanto con el contrato de trabajo individual (p.ej. protección del despido) que con las relaciones laborales colectivas (p.ej. regulación del conflicto o la negociación colectiva). Otra difícil tarea a cargo de los negociadores es acordar cómo mejorar sus políticas sociales conforme a las mejores normas internacionales.

A este respecto, las cláusulas promocionales difícilmente pueden ser respetadas a través de instrumentos tradicionales de normas imperativas. Ellas deberán estar reforzadas por sistemas conjuntos de supervisión, a través de la revisión periódica de las prácticas y procedimientos adecuados de resolución de conflictos como aquellos experimentados en tratados similares. El mandato a los negociadores europeos recomienda que el impacto socio económico del tratado quede sujeto a evaluaciones sistemáticas conforme al criterio europeo del “impacto sobre la sostenibilidad”. Un uso eficiente y colaborativo de procedimientos similares ha demostrado ser la mejor forma de promover una aplicación efectiva de muchos tratados internacionales. Dicho uso ha contribuido a fomentar un diálogo positivo entre los distintos actores implicados: empresas, representantes de los trabajadores, instituciones públicas, tribunales laborales y también organizaciones de la sociedad civil.

Indicaciones similares provienen de otras experiencias de regulaciones internacionales del mercado laboral y de las directrices de organismos internacionales. El compromiso de los diversos actores nacionales e internacionales que participan en el proceso de formación y aplicación de estas normas, combinado con mecanismos de revisión adecuados, ha contribuido a que se reconozcan cada vez más las normas laborales a nivel transfronterizo. La continuidad de este proceso puede ser importante para promover una especie de ‘transnacionalismo gradual’, útil para respaldar los procesos de integración regionales y subregionales.

## **11. FORMAS DIRECTAS DE ACCIÓN TRANSNACIONAL: EMPLEO DE LOS FONDOS EUROPEOS**

Se han desarrollado distintas y más directas formas de acción y regulación en aquellas áreas que han establecido instituciones y regímenes jurídicos comunes. En la Unión Europea a estas instituciones se les ha encomendado, de forma más o menos formal, la tarea de regular no solo las cuestiones económicas y financieras, sino también una gama completa de cuestiones sociales que han adquirido en varios decenios una serie de rasgos comunes.

La historia de la ‘Europa social’ confirma la variedad de técnicas adoptadas para la promoción de reglas y políticas comunes en la esfera social. Muestran

resultados positivos pero también retrocesos debido a varios obstáculos: escaso reconocimiento y legitimación de las iniciativas europeas en estas cuestiones, en particular respecto a los compromisos contraídos en la integración financiera, en el aumento de la presión de las fuerzas centrifugas y en formas de nacionalismo renaciente.

Los instrumentos de normas imperativas como las directrices han dado paso a la OMC y a directrices vagas que, como se ha indicado antes, comparten los valores y límites de otras formas de soft law.

Otros tipos de acción transnacional han sido desarrollados en la Unión no a través de legislación o de directrices formales sino a través de fondos y recursos europeos que deben ser utilizados por los Estados Miembros y los actores sociales para lograr objetivos sociales y económicos<sup>30</sup>.

Entre los más importantes se encuentra el Fondo social para la educación, formación y promoción del empleo; el Fondo para el desarrollo regional, más recientemente el Fondo para el ajuste a la globalización, que consiste en la primera medida transnacional para compensar los efectos negativos de la globalización en las empresas nacionales y en sus empleados.

El presidente de la Comisión Europea ha anunciado recientemente la creación de un importante programa de inversión financiado directamente por los recursos de la Unión, con miras a mejorar el débil rendimiento de las economías europeas.

A su vez también se han formulado propuestas para establecer un sistema común de prestaciones por desempleo para los trabajadores europeos financiado por los fondos europeos. Dicho Fondo sería un signo importante de solidaridad transfronteriza y funcionaría como un estabilizador económico automático para los períodos de crisis recurrentes: una forma muy necesaria de acción transnacional<sup>31</sup>.

Se podrían ensayar con fondos similares en otras regiones, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales con el fin de extender a través de las fronteras

30 Para el empleo de los fondos europeos, véase *The Social investment package, Communication of the Commission (COM 2913)*, 83, M. Heidenreich, 2009, citado, pág. 22.

31 S. Dullien, *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, Comisión Europea, Europa Social, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.

formas seleccionadas de bienestar y de sostén a los sistemas nacionales de bienestar. Los sistemas de bienestar requieren solidaridad transnacional, en particular donde se encuentran en una fase de desarrollo inicial y en ámbitos donde en mayor medida sufren las consecuencias de la crisis económica y el subdesarrollo: la lucha contra la pobreza, la garantía de niveles mínimos de ingresos, la promoción del empleo juvenil, pero también programas especiales para apoyar la educación básica y profesional.

## **12. PROPUESTAS PARA LA INVESTIGACIÓN INTERNACIONAL**

El escenario esbozado aquí confirma mi opinión de que una investigación innovadora y común es necesaria para profundizar nuestro conocimiento sobre el futuro del trabajo y para contribuir a la formulación de políticas innovadoras en el empleo y en cuestiones de seguridad social.

Los miembros de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social cuenta con los recursos intelectuales y profesionales necesarios para afrontar una amplia investigación en esta dirección. Ellos combinan la experiencia directa y el conocimiento de los diferentes sistemas nacionales con la capacidad de evaluar sus características nacionales desde una perspectiva internacional y comparada.

A continuación, proporciono una lista de áreas de investigación que resultan particularmente importantes a la luz de la presentación anterior y de las recientes reuniones celebradas con la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

### **I. Trabajo informal e irregular**

La mayor parte de los trabajadores del mundo se encuentran en el sector informal. En muchas economías emergentes más del 75 % de la fuerza laboral está compuesta por empresas y trabajadores informales (datos de la OIT). En consecuencia, los estudios sobre el Derecho del Trabajo deberían centrarse específicamente en el sector informal.

Los principales objetivos de este grupo de investigación deberían focalizarse en:

- Profundizar nuestra comprensión de los diversos aspectos del trabajo informal e irregular tal como existen en distintos contextos nacionales y territoriales.

- Evaluar los diferentes enfoques normativos y las buenas prácticas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social adoptadas por las instituciones públicas y los actores sociales, teniendo en cuenta los distintos aspectos del trabajo informal, así como las regulaciones más desatendidas en las distintas situaciones.
- Investigar las posibles técnicas y medidas políticas (incentivos, desincentivos, controles públicos y privados, programas de desarrollo, etc.) que propician las condiciones para que surja el trabajo informal y que esté firmemente aceptado en la economía formal.
- Discutir si, y en qué medida, los sindicatos de los trabajadores y los empleadores, garantizando la aplicación de convenios colectivos y también adentro de las PYME, podrían ayudar a luchar contra el trabajo irregular y a promover el acceso de los trabajadores informales a los sistemas de protección básica y prestaciones de la formación profesional, al Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social.

## II. Trabajadores migrantes

Muchos factores han dado lugar a que la migración de personas adquiera una nueva y dramática dimensión: la globalización económica, las divergentes condiciones de trabajo y de vida en las distintas partes del mundo, los conflictos políticos y civiles en varias regiones que obligan a que grupos enteros se vean obligados a emigrar. La presión que están ejerciendo los distintos tipos de migración está afectando los Estados nacionales y las comunidades en distintos niveles.

Se han realizado algunos progresos en la definición del estatuto jurídico de los migrantes, estableciendo las obligaciones generales a cumplir para respetar los derechos humanos básicos. Sin embargo, es necesario prestar mayor atención, teniendo también en cuenta la expansión de esta tendencia, a cuestiones como la elevada tasa de desempleo, el riesgo de explotación, la trata y la segregación social, la falta de protección social adecuada que hacen que los trabajadores migrantes sean más vulnerables que otros empleados.

Dicha vulnerabilidad y distorsión conlleva, entre otros efectos, la trata de trabajadores. Este fenómeno particularmente delicado merece un renovado interés debido al cambio de tendencias en los flujos de migración y en la globalización de la fuerza laboral.

- El grupo de investigación debería conceder prioridad a algunos aspectos de las tendencias migratorias, en particular los trabajadores migrantes.
- Cómo encontrar nuevas medidas nacionales e internacionales para regular

el flujo de trabajadores migrantes a escala nacional y continental de una manera socialmente sostenible.

- Cómo combinar los controles de seguridad necesarios para garantizar la aceptación social de los migrantes mediante medidas destinadas a promover su integración en las comunidades civiles y en los mercados de trabajo.
- Qué disposiciones específicas son eficaces para proteger a los trabajadores migrantes contra la explotación laboral y favorecer su empleabilidad en la economía formal.

### **III. Comercio global y trabajo**

El comercio internacional ha sido promovido y regulado en los últimos años a través de varios acuerdos regionales e internacionales.

El análisis de los acuerdos de distintas dimensiones (bilateral, regional o continental) debería tener en cuenta su impacto no solo en el crecimiento económico sino también en el empleo, en las condiciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores. A este respecto, el grupo debería investigar:

- Los posibles contenidos de las cláusulas sociales y de las tecnologías que utilizan para garantizar las normas del trabajo internacionales a las personas y a grupos afectados por los acuerdos de comercio.
- El papel que desempeñan los actores jurídicos y sociales en la aplicación y cumplimiento de las cláusulas sociales.
- El incremento de las relaciones jurídicas entre las inversiones extranjeras directas, los acuerdos de comercio multilaterales y los regímenes de legislación laboral nacionales.
- Los efectos de los acuerdos internacionales de comercio sobre medidas nacionales que abordan la desigualdad como los salarios mínimos, los requisitos relativos a los salarios, las prestaciones por desempleo, la acción positiva para los grupos históricamente excluidos y otras formas de protección social.
- El cumplimiento de los recientes acuerdos de comercio internacionales conforme a las normas de la OIT.
- Se prestará particular atención a las cláusulas de ISDS.

### **IV. Organización, productividad y bienestar en el trabajo**

En los últimos años el papel desempeñado por los sindicatos y la negociación colectiva a nivel nacional e internacional ha perdido importancia, mientras

que, como consecuencia de los procesos de descentralización, la negociación colectiva a nivel de empresa y de fábrica está desempeñando un papel central.

La negociación colectiva a nivel empresarial es considerada como una forma posible para promover la flexibilidad, productividad, eficiencia y bienestar de los trabajadores en el puesto de trabajo. A su vez, la negociación individual parece ser un instrumento para regular las condiciones de trabajo, incrementar la productividad de los trabajadores y, al mismo tiempo, su satisfacción por los salarios y otras prestaciones.

Para este grupo el proyecto de investigación se centrará en:

- El papel de la negociación colectiva e individual en la regulación de los salarios y de las condiciones de trabajo.
- El papel de la negociación colectiva a nivel de empresa en la promoción de la flexibilidad y productividad y bienestar de los trabajadores en el puesto de trabajo.
- El papel de la negociación colectiva en la competencia reguladora.
- El papel de la responsabilidad social empresarial.
- Las reformas nacionales relativas a la negociación colectiva a nivel de empresa desde una perspectiva comparativa.
- Buenas prácticas de elevada participación y sistemas de trabajo en equipo, y uso innovador de la tecnología en la organización del trabajo (por ejemplo, trabajo a distancia e inteligente) en función de su impacto en el rendimiento de las empresas y en el bienestar de los empleados.
- El papel de las iniciativas de gestión y de los acuerdos colectivo en la promoción de nuevas formas de bienestar, como los fondos de pensiones complementarias, el seguro sanitario complementario, las prestaciones flexibles de distintos contenidos.

## V. Acuerdos colectivos transnacionales

Debido a la internalización de la economía y al creciente aumento de las presiones competitivas, la negociación colectiva se está desarrollando en nuevas direcciones. El creciente número de empresas transnacionales ha incorporado nuevos actores y distintas estrategias para la acción colectiva, tanto para los empleados como para los empleadores: la negociación colectiva transnacional es una respuesta a este reto.

La dimensión transnacional adquirida a través de la negociación colectiva plantea nuevas cuestiones a analizar a través de la investigación sobre el derecho del trabajo:

- Nuevos y antiguos actores involucrados. ¿El sindicalismo es apto para la acción transnacional?
- Nuevas y antiguas cuestiones negociadas a nivel transnacional: distinguir acuerdos a nivel de empresa y acuerdos colectivos sectoriales.
- El vínculo entre los acuerdos firmados por las empresas transnacionales y la gobernanza de estas últimas.
- El papel de los gobiernos nacionales.
- El papel de las organizaciones internacionales.
- Los efectos prácticos y jurídicos de los acuerdos colectivos en las relaciones laborales nacionales y locales: necesidad de distinguir los acuerdos colectivos a nivel de empresa y sectoriales
- Relación entre acuerdos a nivel de empresa y la responsabilidad social empresarial.

## **VI. Nuevas formas de Seguridad Social**

Los sistemas de Seguridad Social de la mayor parte de los países desarrollados y en desarrollo están enfrentando nuevos problemas acuciantes.

Los modelos de Seguridad Social adecuados deben abordar el reto de la informalidad generalizada y la precariedad en el trabajo, así como los bajos salarios de los trabajadores precarios. Mientras por un lado se prevén prestaciones a los trabajadores según su antigüedad y relación laboral, por otro lado se están desarrollando nuevos tipos de empleo basados en ingresos bajos y fragmentados y está aumentando el número de trabajadores pobres para los que los Estados deben proporcionar medios de subsistencia. La exclusión social está ampliamente difundida en los países menos desarrollados, pero también en algunas partes del mundo industrializado, comenzando por Europa.

El Proyecto de investigación de este grupo debería analizar:

- Los retos a la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social nacional.
- Las posibles respuestas de las instituciones y de los actores sociales a estos retos, a nivel nacional e internacional.
- El papel y los ámbitos de formas de seguridad social complementarias, privadas y colectivas, y de las prestaciones sociales.
- La posibilidad de extender los regímenes de seguridad social a los trabajadores atípicos.
- Las formas para fortalecer los sistemas de seguridad social a través de ingresos mínimos u otras medidas de inclusión y como activar a los beneficiarios.

## VII. El papel del Estado y las relaciones industriales

La globalización de los mercados está cambiando las relaciones tradicionales de poder entre los países y entre sus instituciones. ¿Hasta qué punto se está alterando el papel y el poder de los Estados nacionales es una cuestión abierta. La cuestión es de especial importancia con respecto a las relaciones laborales, porque los Estados nacionales han jugado en la mayoría de los países un papel importante en la fundación y desarrollo de las relaciones e instituciones colectivas de trabajo.

Este grupo de investigación analizará en particular el impacto de la globalización sobre la reglamentación nacional de los diversos aspectos de las relaciones laborales: derechos y la representatividad de los actores sociales, la estructura de la negociación colectiva y los efectos, la huelga y otras actividades de conflicto; las viejas y nuevas formas de intervención del Estado en las relaciones industriales: la legislación, las directrices de soft law, la mediación y la conciliación, la promoción de pactos sociales, etc. ; las reacciones nacionales a los acuerdos comerciales globales: cláusulas sociales y otras medidas para prevenir el dumping social, la promoción de prácticas leales de comercio, el apoyo a la negociación colectiva transnacional, las condiciones a las inversiones extranjeras y a la movilidad laboral, etc.; la cooperación entre los Estados y las instituciones nacionales para vigilar los efectos de comercio interestatal y garantizar el cumplimiento de los acuerdos transnacionales.

La lista de cuestiones y elementos de investigación indicados arriba han sido aprobados por el Comité ejecutivo de la SIDTSS celebrado en Ciudad del Cabo el 15 de septiembre de 2015. Dichas cuestiones están abiertas al debate y sujetas a posibles modificaciones.

Cada área de investigación debería ser promovida por un grupo de estudio de carácter voluntario, compuesto por un número limitado de expertos internacionales seleccionados por su ámbito de interés específico.

Cada grupo debería estar coordinado por uno o dos miembros que decidirán el método de trabajo, la duración de los programas de investigación y la eventual publicación de los resultados.



# LA REFORMA LABORAL EN FRANCIA

PHILIPPE MARTIN

*CNRS-COMPTRASEC*  
Université de Bordeaux

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Reforma laboral, Francia, flexiguridad**

El presente artículo tiene como objeto presentar las grandes líneas de la última reforma laboral en Francia. Tras exponer el contexto y las tendencias que rodearon la adopción de la ley, se presenta los aspectos esenciales y más polémicos de la reforma. Así, se centra fundamentalmente en la finalidad y en el ámbito de actuación de la reforma, haciendo especial hincapié en el reforzamiento de la negociación empresarial, el despido por motivos económicos y las modificaciones relativas a la jornada laboral. Se aborda igualmente el alcance de la creación de nuevos derechos, para poder así proponer una visión global de la reforma que se inscribe en la línea europea de la “flexiseguridad”.

## ABSTRACT

**Key words: Labour reform, France, flexicurity**

This article aims to present the broad outlines of the latest labour reform in France. After exposing the context and trends surrounding the adoption of the law, is the essential and most controversial reform aspects. Thus, it focuses mainly on the purpose and the scope of the reform, making special emphasis on the strengthening of the business negotiation, dismissal for economic reasons, and amendments relating to working time. The scope of the creation of new rights, addressed also to be able to offer a global vision of the reform which is part of the European line of “flexicurity”.

## ÍNDICE

1. EL LABORATORIO DE LA REFORMA
  - 1.1. El libro sobre “El Trabajo y la Ley” y el informe Badinter
  - 1.2. El informe Combrexelle sobre “Negociación colectiva, Trabajo y Empleo”
2. LAS GRANDES LÍNEAS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO
  - 2.1. Motivos y finalidades
  - 2.2. Una reforma de la arquitectura del Código del trabajo y de la normativa laboral
3. UN PROCESO LEGISLATIVO CAÓTICO
  - 3.1. La falta de diálogo social previo
  - 3.2. Algunos temas polémicos
4. PERSPECTIVAS E INCIDENCIAS EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES FRANCÉS
  - 4.1. Flexibilización de la regulación laboral
  - 4.2. Nuevos derechos
5. CONCLUSIONES

En el contexto de la crisis económica que afecta a los países europeos desde el año 2008, la mayoría de ellos han adoptado medidas de reforma de sus mercados de trabajo. En los países del Sur –Italia, España, Portugal, Grecia– dichas reformas fueron particularmente radicales, tratándose de flexibilizar las normas laborales para luchar contra el desempleo. En estos casos, las reformas laborales fueron el resultado de una presión exterior muy fuerte de parte de las instituciones internacionales (FMI y Banco Mundial) y europeas (BCE) que las exigieron como contrapartida de las ayudas financieras. Durante este periodo, Francia se mantuvo al margen de este movimiento y la reforma laboral ni siquiera fue un elemento del programa de François Hollande para las elecciones presidenciales de 2012. Sin embargo, a principios del año 2015, se inició “en secreto” una reflexión sobre el tema en el gabinete del Primer Ministro. Obviamente, el propio Ministerio del Trabajo fue asociado bastante tarde al proyecto que, además del impulso del Primer Ministro, refleja la influencia del Ministerio de Economía y Finanzas. De todos modos, los argumentos y elementos de diagnóstico para justificar un proyecto de reforma laboral fueron comunicados al público cuando el proyecto ya estaba finalizado<sup>1</sup>. El diagnóstico está basado en la situación del mercado de trabajo francés y la falta de competitividad de las empresas francesas: la tasa de desempleo en Francia sigue siendo bastante alta (el 10,2% en junio de 2016) y refleja un paro estructural con unos 3 millones de personas sin empleo<sup>2</sup>, 1,2 millones estando en situación de paro de larga duración. Asimismo, el país conoce también un déficit de crecimiento económico<sup>3</sup>. Además, el mercado de

1. Los motivos de la reforma fueron comunicados al público en abril de 2016, en el dossier de prensa que presentaba el proyecto de ley sobre el Trabajo.

2. Se trata de 5 millones de personas si se computan las personas en situación de “subempleo”.

3. En 2015, el crecimiento económico fue del 1,1%, lo que solo representa 80.000 puestos de trabajo creados.

trabajo francés sigue siendo demasiado segmentado: son 13 millones de trabajadores contratados con CDD –hoy en día, el 90% de las contrataciones se hacen con CDD y el 2/3 son CDD de menos de un mes<sup>4</sup>– y 730 000 jóvenes de menos de 25 años están en el paro. En relación con formación profesional continua, se estima que el 40% de los trabajadores se forman, pero las formaciones realmente calificadoras solo representan el 11% del conjunto. Es bastante desigual el sistema de formación profesional en la medida en que los que acceden a la formación son los ingenieros y el personal ejecutivo (el 56%)<sup>5</sup>, especialmente en las grandes empresas; solo el 10% de los desempleados acceden a la formación profesional. Para el Gobierno francés, estos datos y esta situación general justifican una amplia reforma del derecho del trabajo.

El proceso político-legislativo de elaboración de la reforma laboral, iniciado en Marzo de 2016 con el proyecto de Ley presentado ante el Parlamento francés por la Ministra del Trabajo Myriam El Khomri y terminado en Julio de 2016 con la aplicación del artículo 49.3 de la Constitución francesa<sup>6</sup>, no fue un camino de rosas. Se propone aquí analizar dicho proceso así como el contenido de la reforma, destacando los elementos más llamativos que prefiguran cambios importantes e incidencias en el sistema francés de relaciones laborales.

## 1. EL LABORATORIO DE LA REFORMA

Durante el año 2015, se publicaron obras académicas y estudios de expertos que en cierto modo formaron el “laboratorio de la reforma”. Primero, hay que mencionar el libro sobre “El Trabajo y la Ley” de Robert Badinter y Antoine Lyon-Caen<sup>7</sup>, publicado en Junio de 2015, que abarca el tema de la simplificación del derecho del trabajo. En la línea de esta reflexión académica<sup>8</sup>, R. Badinter recibió mandato del Primer Ministro para formar un comité de expertos que remitió su informe en Enero de 2016. Paralelamente a la reflexión de Badinter y Lyon-Caen sobre simplificación del derecho del trabajo, otro grupo de expertos recibió

4. El 30% de los CDD son contratos de menos de 3 meses (el 4% en Alemania; el 19% en Italia).

5. Los obreros solo representan el 32%.

6. Según dicha disposición constitucional, el gobierno compromete su responsabilidad ante el Parlamento: el proyecto de ley se considera aprobado sin debate parlamentario, excepto si una moción de censura es votada. En este último caso, se rechaza el texto y el Gobierno se encuentra derrocado.

7. R. Badinter, A. Lyon-Caen, *Le travail et la Loi*, Fayard, 2015.

8. R. Badinter fue profesor de derecho, Ministro de la Justicia (1981-1986) y Presidente del Tribunal Constitucional (1986-1995). A. Lyon-Caen es catedrático de derecho del trabajo (profesor emérito de la Universidad Paris-Ouest Nanterre).

misión del Primer Ministro, en abril de 2015, para estudiar las perspectivas de un papel más importante de la negociación colectiva en relación con el de la ley. Este comité presidido por Jean-Denis Combrexelle<sup>9</sup> remitió su informe en septiembre de 2015.

### **1.1. El libro sobre “El Trabajo y la Ley” y el informe Badinter**

El libro de Badinter y Lyon-Caen se presenta como una reflexión sobre la complejidad del derecho del trabajo y las vías para una simplificación de la Ley laboral. Observan los autores que el Código del trabajo francés se ha engordado de manera tremenda: en 1974, contenía unos 600 artículos; hoy, son más de 8000. Proponen entonces una “Declaración de los derechos laborales” con 50 artículos que expresan principios generales y fundamentales. Para Badinter y Lyon-Caen, el papel de la Ley laboral es garantizar una base mínima de protección para todos, y debería corresponder a la negociación colectiva, a nivel sectorial o empresarial, la determinación de los detalles de aplicación y también de adaptación de la norma general, lo que puede implicar actuaciones de derogación (flexibilidad). Creo que aquí, es conveniente definir explícitamente lo que significa el término derogar en derecho francés. Así, podríamos definir la derogación como la facultad por la negociación colectiva de adoptar condiciones de trabajo distintas a las previstas en la ley, independientemente de su carácter más o menos favorable. Ahora bien, es importante precisar que es la propia ley que abre las facultades de derogación por lo que su superioridad jerárquica permanece intacta. A partir de ahí, se podría poner el término derogar o derogaciones siempre entrecomillas. Respecto al derecho español, se trata de una forma de norma dispositiva para la negociación colectiva. Sin embargo, los autores tienen en cuenta la variedad de las situaciones y el hecho de que, en las PYMES, la falta de representantes de los trabajadores implica la ausencia de diálogo social y la necesidad de inventar nuevas formas de representación colectiva.

A pesar de la aparente claridad de la propuesta, el libro contiene cierta ambigüedad. En efecto, de un lado los autores se colocan desde el punto de vista del ciudadano - que sea trabajador o empresario - y diagnostican que hoy en día la Ley laboral es demasiado compleja y, en muchos casos, ininteligible. A partir de ahí surge una falta de confianza en la Ley que, al final, carece de efecto útil. De otro lado, los autores se refieren al contexto económico francés, especialmente a la tasa de desempleo y al problema endémico del paro, lo que sugiere que la complejidad del derecho de trabajo constituye un freno a la contratación y al empleo. Al final, el libro constituye una mezcla de análisis filosófico- jurídico (la relación

9. Jean-Denis Combrexelle es Presidente de la sección social del Consejo de Estado.

entre el ciudadano y la ley) y de aproximación económica al derecho del trabajo (el tema de la eficacia económica y social del derecho).

A pesar de las críticas formuladas contra el libro por el mundo sindical (la Confederación General del Trabajo) y por parte de la prensa de izquierda - la polémica surgió de la reacción entusiasta del líder del MEDEF<sup>10</sup> -, la idea de simplificación del derecho del trabajo recibió una opinión favorable en el Gobierno. Así, el 24 de noviembre de 2015, el Primer Ministro encomendó a un comité, presidido por Robert Badinter y del que A. Lyon-Caen fue miembro, la elaboración de “los principios jurídicos esenciales en materia de derecho del trabajo”. El comité presentó su informe al Primer Ministro en enero de 2016. Consiste en una lista de 61 principios esenciales.

## **1.2. El informe Combrexelle sobre “Negociación colectiva, Trabajo y Empleo”**

La idea clave de este informe es promover la negociación colectiva como fuente esencial del derecho del trabajo en el siglo XXI. De acuerdo con el análisis de Badinter y Lyon-Caen, el grupo “Combrexelle” considera la idea de simplificación del Código del Trabajo: la Ley solo ha de fijar los grandes principios. A partir de eso, se plantean alternativas:

- Bien la adaptación de la norma general a las condiciones peculiares que se realizaría a través de la jurisprudencia (papel de los jueces);
- Bien se realizaría vía el poder del empresario (decisiones unilaterales);
- Bien le correspondería a la negociación colectiva empresarial.

El informe propone desarrollar el ámbito de la negociación colectiva, especialmente a nivel empresarial. Su diagnóstico en Francia es que, a pesar de un aparente dinamismo en términos cuantitativos (cada año se negocian unos 36 000 acuerdos), el diálogo social en las empresas sigue encontrando dificultades: los actores sindicales y patronales carecen de formación y de cultura común para negociar; la ley restringe el ámbito de la negociación y las posibilidades de adaptar la normativa general a las realidades del terreno; para los empresarios, la negociación aparece más como algo costoso que como una herramienta para el desempeño económico.

10. El MEDEF es la mayor organización patronal francesa.

## **2. LAS GRANDES LÍNEAS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO**

El 24 de marzo de 2016, la Ministra del Trabajo Myriam El Khomri presentó ante el Parlamento francés un “Proyecto de Ley encaminado a reconocer nuevas libertades y nuevas protecciones a las empresas y a los activos”, más conocido como el proyecto Ley Trabajo. Este proyecto tiene varias finalidades y prefigura una reforma de la arquitectura del Código del trabajo.

### **2.1. Motivos y finalidades**

El mayor objetivo del Gobierno es conferir un papel más importante a la negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo para fortalecer la competitividad económica de las empresas y desarrollar el empleo. En este sentido, el proyecto pretende prolongar las reformas anteriores: la ley sobre seguridad del empleo de 2013; la ley sobre formación profesional y democracia social de 2014; la ley sobre diálogo social y empleo de 2015. El argumento del Gobierno para justificar este paso adelante es la voluntad de sentar las bases del modelo social del siglo XXI y de salir de una cultura del conflicto para entrar en un sistema de diálogo y de concesiones mutuas para el progreso económico y social del país.

Como sugiere el título del Proyecto de Ley, son múltiples las finalidades perseguidas por el Gobierno:

a) Conferir nuevas formas de flexibilidad a las empresas para que se adapten más fácilmente, que sean más competitivas, lo que debería favorecer el empleo y la contratación. Dicha flexibilización ha de proceder del nuevo papel de la negociación colectiva en el ámbito de la regulación de la jornada y de la organización del tiempo de trabajo. Los acuerdos de empresa podrán adaptar la normativa a las variaciones de las actividades y a los nuevos ritmos de trabajo. Ese es el objeto del título 1 del proyecto de Ley: Refundar el derecho del trabajo y dar más peso a la negociación colectiva.

b) Fortalecer los actores del diálogo social y especialmente a los representantes de los trabajadores. Es el objeto del título 2 del proyecto de Ley llamado Favorecer una cultura de diálogo y de negociación. El texto contempla disposiciones que aumentan los créditos horarios para los representantes sindicales en las empresas y que abren nuevas posibilidades de formación sindical. Se refuerzan también las condiciones para la validez de los acuerdos firmados a nivel de la empresa: se exigirá progresivamente (hacia 2019) que los firmantes representen al menos el 50% de los votos en las elecciones de los comités de

empresa<sup>11</sup>. Está también proyectada una reestructuración de los sectores profesionales en los cuales se negocian los acuerdos y convenios sectoriales: hoy existen unos 700 sectores, pero la negociación está poco activa en muchos de ellos, así que la reforma planea una reorganización drástica para llegar a un sistema con 200 sectores eficientes.

c) Fortalecer la protección de los trabajadores, especialmente de los jóvenes, con la creación de una “cuenta personal de actividad” (en adelante CPA) concebida como un “capital de los trabajadores” (y de los activos en general). El texto del proyecto - el título 3 llamado Asegurar las trayectorias y construir las bases de un nuevo modelo social en la Era digital - se dedica al tema de la seguridad de las trayectorias profesionales, es decir, a las garantías y a las posibilidades de disfrutar de derechos adquiridos en caso de movilidad (cambio de empresa, pérdida de empleo, etc.). El texto contempla además nuevos derechos como el “derecho del trabajador a la desconexión” y el derecho universal a la formación a lo largo de la vida.

d) Facilitar la vida de las PYMES y de las microempresas, con la finalidad de fomentar el empleo y la contratación laboral bajo la figura CDI. Es el objeto del título 4 del proyecto de Ley: Fomentar el empleo. Las PYMES tendrán acceso a un servicio público de informaciones sobre temas de derecho laboral<sup>12</sup>. Además, podrán firmarse más fácilmente acuerdos colectivos en las PYMES sin representantes sindicales (generalización del sistema del mandato sindical)<sup>13</sup>. Se trata también de fomentar el empleo y la contratación con una nueva definición jurídica del despido por motivo económico que toma en cuenta el tamaño de la empresa: el proyecto introduce la referencia a indicadores económicos – como el decrecimiento significativo de los pedidos o del volumen de negocios – que han de aplicarse de manera modulada<sup>14</sup>.

## **2.2. Una reforma de la arquitectura del Código del trabajo y de la normativa laboral**

El proyecto propone reescribir totalmente el Código del trabajo dentro un plazo de dos años<sup>15</sup>. En la versión inicial presentada en marzo de 2016, el proyec-

11. En la legislación vigente, la condición de validez es, para los firmantes, haber obtenido el 30% de los votos en las elecciones de los comités de empresa.

12. Las PYMES podrán acceder a servicios gratuitos de asesoría laboral.

13. En las empresas sin representantes de los trabajadores, la ley permite que un sindicato representativo – por supuesto a nivel sectorial o nacional- confiera mandato a cualquier trabajador de la empresa para negociar un acuerdo colectivo sobre un tema determinado.

14. Un trimestre de decrecimiento en las empresas de menos de 11 trabajadores; dos trimestres consecutivos en las empresas de menos de 50 trabajadores, etc.

15. Papel que será otorgado a una futura comisión de expertos y profesionales de las relaciones sociales.

to de Ley proponía que se incorporara al futuro Código del trabajo un preámbulo (Capítulo 1 del Primer Título) enumerando los “principios esenciales del derecho del trabajo”. Se trataba de una lista de 61 principios, organizados en 8 secciones:

- Libertades y derechos de la persona en el trabajo;
- Formación, ejecución y terminación del contrato de trabajo;
- Remuneración;
- Jornada;
- Salud y seguridad en el trabajo;
- Libertades y derechos colectivos;
- Negociación colectiva y diálogo social
- Control administrativo y conflictos laborales

Eran literalmente los 61 principios elaborados y propuestos por el “comité Badinter”. Sin embargo, dicho preámbulo fue eliminado en la versión final.

La nueva arquitectura está basada en una distinción, en cada parte del Código, entre las normas imperativas (normas de orden público, sin posibilidades de derogaciones) y las normas dispositivas para la negociación colectiva (con posibilidades de derogación), si bien con la previsión de disposiciones supletorias en caso de que no se firmen acuerdos.

Esa nueva arquitectura afecta especialmente a la jerarquía normativa en materia de jornada y de organización del tiempo de trabajo, materia muy amplia en derecho laboral francés<sup>16</sup>. La Ley solo tendrá que definir nociones jurídicas como, por ejemplo, las nociones de trabajo efectivo, de guardia (astreinte), de horarios equivalentes y de trabajo nocturno. Al acuerdo de empresa o, en su defecto, al convenio sectorial, le corresponderá determinar el régimen jurídico y las modalidades de organización y, en defecto de acuerdo, habrá de aplicarse las disposiciones supletorias contempladas en la Ley. En determinadas materias – como, por ejemplo, la duración máxima de la jornada de trabajo – la ley define el nivel de protección de los trabajadores con efecto imperativo, pero establece también las condiciones según las cuales un acuerdo colectivo puede derogar al nivel de protección (por ejemplo posibilidad de sobrepasar la duración máxima cotidiana). En otras materias, le corresponderá a la negociación empresarial establecer la norma (por ejemplo determinar la cuantía de días de permiso para conciliar la vida profesional con determinados acontecimientos de la vida personal o

16. No solamente se trata de la jornada y de las duraciones máximas de trabajo, sino que se refiere también a la remuneración de las horas extraordinarias, de las vacaciones y de varios permisos.

familiar); sin embargo, los interlocutores sociales no tendrán absoluta libertad y, siguiendo con el ejemplo de los permisos para conciliar la vida profesional y la vida familiar, tendrán que respetar las duraciones mínimas establecidas por Ley con carácter estrictamente imperativo.

### **3. UN PROCESO LEGISLATIVO CAÓTICO**

Indubitablemente, el proyecto inicial del Gobierno era muy ambicioso. Sin embargo, el proceso legislativo fue muy caótico por varias razones. Primero, fue espantosa la comunicación política sobre el proyecto presentado ante el Parlamento sin verdadero diálogo social previo. Segundo, el texto inicial contenía elementos muy polémicos. La versión final prescinde de algunos de ellos pero, a pesar de la fuerte oposición en la opinión pública, el Gobierno mantuvo lo que consideraba como el núcleo de la reforma: la modificación de la jerarquía normativa en materia de jornada y de organización del tiempo de trabajo.

#### **3.1. La falta de diálogo social previo**

En virtud de la ley del 28 de enero de 2008 (art. L.1 del CT), cuando el Gobierno contempla un proyecto de reforma en materia de relaciones individuales o colectivas de trabajo, de empleo y de formación profesional que corresponde al ámbito de la negociación colectiva nacional e intersectorial, tiene que organizar previamente una concertación con las organizaciones sindicales y patronales representativas a este nivel, con la finalidad de lograr una posible negociación si así lo desean. El texto de la Ley indica, sin embargo, que no se aplica este procedimiento en caso de urgencia. En este caso, el Gobierno tiene que informar a los interlocutores sociales y justificar su decisión por escrito.

Durante el otoño de 2015, se celebró la “conferencia social” entre el Gobierno y los interlocutores sociales<sup>17</sup>. Los mismos manifestaron oralmente a la Ministra del Trabajo que no deseaban negociar una reforma aunque, hasta ese momento, el Gobierno no había presentado ningún texto formal de proyecto o ante-proyecto de Ley. Luego, se abrió un debate con los interlocutores sociales sobre el informe “Combrexelle” sobre negociación colectiva, trabajo y empleo, y a principios de 2016, se organizó otra discusión sobre el informe “Badinter”. En ningún caso se aplicó el procedimiento del art. L. 1 del Código del Trabajo.

17. La “Conferencia social sobre Empleo” es una práctica iniciada por el Presidente Hollande. Tiene lugar cada año y su objeto es fijar las grandes líneas de la estrategia nacional para el empleo.

Hubo una fase de “concertación social” más o menos formal con los interlocutores sociales del 7 al 9 de marzo de 2016: entrevistas separadas entre cada organización sindical y patronal y el Primer Ministro y, luego, una sesión plenaria el 14 de marzo. Sin embargo, el texto del anteproyecto había sido comunicado previamente (en febrero) por vía de prensa antes que se abra la concertación y varios representantes nacionales expresaron su total sorpresa. En este contexto y por esas razones, varios sindicatos llamaron a un primer movimiento de huelga que tuvo lugar el 9 de marzo. Desde entonces, el movimiento de contestación se ha ampliado, si bien sin un verdadero frente sindical unido.

### 3.2. Algunos temas polémicos

De inspiración liberal, el texto contiene elementos de flexibilización o desregulación de las relaciones laborales, con la finalidad de luchar contra el desempleo. Entre ellos, se destacan los siguientes:

*a) Las derogaciones a la ley por acuerdo colectivo de empresa (el cambio/la “inversión de la jerarquía normativa”)*

- La posibilidad de aumentar la jornada hasta los 60 horas semanales por decisión administrativa;
- La posibilidad de superar la limitación establecida en 44 horas semanales durante un periodo de 12 semanas, por acuerdo colectivo de empresa o, en su defecto, por acuerdo sectorial;
- La posibilidad de fijar por acuerdo colectivo un coeficiente de aumento salarial para las horas extraordinarias (las horas más allá de 35 horas/semana) que no sea inferior al 10%, cuando de manera supletoria el coeficiente sigue siendo del 25% para las primeras 8 horas extraordinarias y del 50% más allá.
- Más flexibilidad en las posibilidades de modular la organización del tiempo de trabajo, estableciendo “periodos de referencia” superiores al periodo semanal (con consecuencia de que las horas extraordinarias se contabilicen al final del periodo establecido)<sup>18</sup>. De manera unilateral, el empresario podrá establecer un periodo de 9 semanas. Un acuerdo de nivel sectorial podrá establecer un periodo de tres años.
- La posibilidad de establecer por acuerdo empresarial una jornada mínima inferior a 24 horas semanales para los trabajadores a tiempo parcial.

18. En caso de anualización de la jornada de trabajo, se contabilizan horas extraordinarias a partir de 1607 horas efectuadas.

- La posibilidad de establecer un descanso cotidiano inferior a 11 horas consecutivas, por acuerdo empresarial, o , en su defecto, por acuerdo sectorial.

*b) El tema de los acuerdos de empresa firmados por sindicatos minoritarios*

Cuando se firma un acuerdo minoritario en la empresa, es decir, firmado por sindicatos que obtuvieron entre el 30% y el 50% de votos en las elecciones para constituir el comité de empresa, el proyecto de ley abre la posibilidad de que, a demanda de uno de los sindicatos firmantes, se organice una consulta (un “referéndum”) de los trabajadores sobre la aplicación del acuerdo. Si la mayoría de los trabajadores está a favor de la aplicación del acuerdo, éste se aplicará como si fuera un acuerdo mayoritario.

La CGT critica especialmente esta medida y teme que sindicatos más abiertos al dialogo social firmen acuerdos derogatorios a la Ley que se podrían aplicar válidamente vía referéndum.

*c) El tema del despido*

Dos elementos del proyecto han alimentado la polémica:

- La nueva definición del despido por motivo económico y las posibilidades de apreciación del motivo económico por los tribunales de trabajo. En efecto, la jurisprudencia vigente del Tribunal Supremo permite a los tribunales verificar la existencia y la realidad de los motivos económicos (dificultades económicas o mutaciones tecnológicas o necesidad de salvaguardar la competitividad de la empresa) a nivel de la propia empresa o del grupo, incluso a nivel de un grupo transnacional. Por lo tanto, hay que tener en cuenta los resultados del sector de actividad de la propia empresa, incluyendo las actividades desarrolladas fuera del territorio nacional<sup>19</sup>. El proyecto de ley presentado en marzo de 2016 limitaba el ámbito de apreciación de los tribunales al “sector de actividades común a las empresas del grupo implantadas en el territorio nacional”. Este párrafo ha sido suprimido en el texto modificado de mayo de 2016 y en la versión final adoptada en julio de 2016, pues el ámbito geográfico de apreciación del juez sigue siendo internacional.
- La limitación de la indemnización por daños establecida por el tribunal del trabajo en caso de despido abusivo (“sin motivo real ni serio”). Según la

19. Cass. soc. 12 de junio de 2001; Cass. soc. 4 de marzo de 2009. Cass. Soc, corresponde a la abreviatura de la sección social de la Corte de Casación, equivalente francés del Tribunal Supremo español.

legislación vigente, el tribunal condena al empresario a pagar una indemnización que no puede ser inferior a los 6 últimos meses de salario percibidos por el trabajador (esta disposición no se aplica a los trabajadores con menos de dos años de antigüedad en las empresas de menos de 11 trabajadores). El proyecto de ley pretendía limitar y modular la indemnización en relación con el tiempo pasado por el trabajador al servicio de la empresa (3 meses de salario para un trabajador empleado por menos de 2 años; 6 meses para un trabajador empleado entre 2 y 5 años; 9 meses para un trabajador empleado entre 5 y 10 años; 12 meses para un trabajador empleado entre 10 y 20 años; 15 meses más allá). Sin embargo, el texto contemplaba la posibilidad para el tribunal de otorgar una indemnización más importante en caso de falta muy grave del empresario (despidos discriminatorios, casos de acoso, etc.). Tras la fase de concertación con los sindicatos, el Gobierno suprimió esta disposición del proyecto de Ley.

#### **4. PERSPECTIVAS E INCIDENCIAS EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES FRANCÉS**

Al analizar el texto, se nota la voluntad del Gobierno de cambiar de modelo, en la línea Europea de la “flexiseguridad”: una regulación laboral más flexible, con nuevos derechos para los trabajadores.

##### **4.1. Flexibilización de la regulación laboral**

La reforma francesa se inscribe en un movimiento más o menos general que se puede observar en Europa: la descentralización normativa. Especialmente en materia de regulación de la organización de la jornada laboral, el derecho laboral francés se hace mucho menos imperativo. Se trata de una inversión de la jerarquía normativa en la medida en que la negociación colectiva de empresa llega a ser el nivel privilegiado. Hay que decir que esta dinámica ha sido impulsada por leyes anteriores, como la ley del 4 de mayo de 2004 sobre formación profesional a lo largo de la vida y diálogo social, que ha reorganizado las articulaciones entre convenios o acuerdos de empresa y convenios supraempresariales<sup>20</sup>. Además, la ley del 20 de agosto de 2008 sobre renovación de la democracia social y reforma de la jornada ha conferido al acuerdo de empresa una prioridad sobre el acuerdo de nivel superior (y sobre la ley) en temas como el de la determinación

20. Los términos convenio y acuerdo son casi sinónimos. La única diferencia es el ámbito material, ya que los convenios abarcan todas las condiciones de empleo, de trabajo, de formación profesional así como las garantías en materia de protección social complementaria, cuando los acuerdos se reducen a determinadas materias.

del volumen máximo anual de horas extraordinarias que se pueden trabajar en la empresa<sup>21</sup>.

La reforma abre nuevas posibilidades de firmar acuerdos empresariales derogatorios a la ley en materia de regulación de la jornada laboral. Lógicamente y en consecuencia, la Ley intenta reforzar la legitimidad de los firmantes. En este sentido, se propone reforzar la condición de validez de los acuerdos colectivos de empresa: los firmantes han de justificar más de 50% de los votos en las elecciones de los comités de empresa. Sin embargo, como hemos indicado, el tema del referéndum, en el que se nota la influencia italiana y del caso “SMART” en Francia, resulta bastante problemático<sup>22</sup>.

El proyecto de ley contempla también la posibilidad de negociar y firmar, a nivel empresarial, una nueva categoría de acuerdo colectivo: los “acuerdos de preservación o de desarrollo del empleo”. Este tipo de acuerdo debe permitir que las empresas adapten su organización a las variaciones de la actividad, lo que puede implicar una modificación temporal de los contratos individuales de trabajo, incluso en materia de remuneración y de jornada laboral (sin embargo, no puede reducir el salario mensual del trabajador). A diferencia de los “acuerdos de mantenimiento del empleo” que ya existen, los “acuerdos de preservación o de desarrollo del empleo” no tendrían que ser justificados por un contexto de dificultades económicas graves. Cada trabajador puede rechazar individualmente el contenido del acuerdo colectivo, pero en este caso, el empresario puede despedirlo. En el texto inicial del proyecto, se trataba de un despido por motivo personal, por lo tanto, sin aplicación del procedimiento del despido por motivo económico.

21. La ley de 2008 ha consagrado la primacía del acuerdo de empresa en 6 materias relevantes del ámbito de la jornada de trabajo; el proyecto de reforma amplía el ámbito y confiere prioridad al acuerdo de empresa para: la determinación del coeficiente de pago aumentado de las horas extraordinarias; la determinación de contrapartes para tener en cuenta los tiempos para vestirse al trabajo o los tiempos de viaje profesional; la implementación de un sistema de guardia; las posibilidades de sobrepasar las duraciones máximas de la jornada de trabajo (diaria y semanal); las derogaciones al descanso diario o cotidiano; la determinación de los días festivos y no laborables; la implementación de las vacaciones anuales retribuidas; la implementación de horarios a tiempo parcial; la determinación del volumen máximo anual de horas extraordinarias; la determinación de los plazos de preavisos en caso de cambio del horario para los trabajadores a tiempo parcial; las modalidades de aplazamiento de las horas en caso de horario individualizado; las modalidades de recuperación de las horas perdidas (en casos de inclemencias del tiempo o de fuerza mayor).

22. El legislador francés parece inspirarse del derecho italiano que, tras la celebración en 2010 de acuerdos derogatorios en la FIAT con el apoyo de una consulta general de los trabajadores de la empresa, consagró la primacía del acuerdo de empresa (Ley de 2011). Una experiencia similar a la de la FIAT tuvo lugar en Francia, en la empresa SMART en 2015. Se organizó una consulta de los trabajadores sobre el acuerdo que estaba elaborando en materia de jornada (aumento de la jornada semanal con compromiso de mantenimiento del empleo).

En la versión final adoptada en julio de 2016, el texto crea una nueva categoría de despido en el caso de rechazo del acuerdo de preservación del empleo por el trabajador: ni despido por motivo personal, ni despido por motivo económico, será un despido específico con derecho a un acompañamiento personalizado, pero sin deber de reinserción laboral para el empresario.

## 4.2. Nuevos derechos

### *a) Conciliación de la vida laboral, personal y familiar*

En materia de organización del tiempo de trabajo, la reforma contempla varias disposiciones que permiten al trabajador conciliar su vida profesional y su vida personal o familiar:

- En materia de vacaciones anuales retribuidas: La ley vigente indica que el trabajador solo puede tomar un periodo de 24 días consecutivos; el resto (el trabajador tiene derecho a 5 semanas) tiene que ser fraccionado. La reforma permite al trabajador que justifica limitaciones geográficas o la presencia en su hogar de un menor, de un adulto minusválido o de una persona mayor dependiente, para tomar vacaciones durante más de 24 días consecutivos.  
El texto mejora también las posibilidades de disfrutar de permisos familiares ya existentes: “permiso de solidaridad familiar” para cuidar a una persona gravemente enferma; “permiso para los ayudantes naturales”; y otros tipos de permisos (permiso para actividades mutualistas o sindicales; permiso para la formación de trabajadores sociales con los jóvenes, permiso de solidaridad internacional, etc.). Corresponde a la negociación colectiva determinar la duración máxima de cada uno de estos permisos.
- El texto contempla una disposición sobre “el derecho a la desconexión”. Se trata de incluir en el marco de la negociación colectiva anual obligatoria sobre igualdad de oportunidades y calidad de la vida laboral una negociación sobre el respeto de los tiempos de descanso y de vacaciones, así como de la vida personal y familiar de los trabajadores que utilizan herramientas digitales.

### *b) Una regulación más fuerte de determinadas formas de suministro de mano de obra*

Primero, en materia de “portaje salarial” (portage salarial en francés). Existen en Francia empresas de “portaje salarial” que emplean por contrato de trabajo a trabajadores que efectúan misiones de consulta o de asesoría; se trata de

trabajadores con alta cualificación cuyo salario no puede ser inferior a un nivel determinado<sup>23</sup>. El objeto es procurar oportunidades de trabajo a este tipo de trabajador cuando se encuentra en el paro (o jubilado). Sin embargo, el papel de las empresas de “portaje salarial” es distinto del papel de las empresas de trabajo temporal, en la medida en que, en el portaje salarial, es el trabajador quien toma la iniciativa: él busca y capta los clientes y negocia con ellos el precio de la prestación. La empresa de “portaje salarial” gestiona el contrato de trabajo y los aspectos de seguridad social. Este tipo de actividad constituye una prestación de servicios que implica una relación triangular. La normativa francesa (Ley de 2008) la regula como una excepción al principio de prohibición de préstamo de mano de obra con fines lucrativos. El texto de la reforma contempla disposiciones penales punitivas (multas) en casos de que no se respeten las condiciones legales de uso de este tipo de mano de obra.

Segundo, en materia de desplazamientos de trabajadores. Se trata de reforzar la lucha contra los desplazamientos ilegales: se refuerzan especialmente las obligaciones del contratista principal que, entre otras obligaciones, tiene que verificar que cada uno de los subcontratistas que desplazan a trabajadores para una prestación de servicios transnacional, respete su obligación de declaración a la Inspección del Trabajo francesa.

*c) Mejora de los derechos de los representantes sindicales*

La Ley contempla un aumento del 20% de los créditos horarios de los representantes sindicales en las empresas. Proyecta también la creación de una “instancia de diálogo” (modalidad de representación de los trabajadores) en las redes de franquicias que emplean a 50 trabajadores y más.

*d) Ampliación y refuerzo del derecho a la cualificación y a la formación a lo largo de la vida*

Una medida clave de la reforma es la creación de una “cuenta personal de actividad”. La CPA es una cuenta individual abierta para cada persona que entra en la vida laboral, hasta la jubilación. Su finalidad es acompañar las transiciones profesionales, asegurar al trabajador en situaciones de cambio de empresa o de estatuto profesional. En esta cuenta, se acumulan y se capitalizan derechos transferibles de una empresa a otra, cuya utilización será libremente decidida por el trabajador: formación profesional, creación de empresa, acceso a una evaluación de habilidades, acceso al trabajo a tiempo parcial, jubilación anticipada para los

23. El 75% del salario tope de la Seguridad social.

que tuvieron trabajos penosos. Formarán parte de la CPA, la “cuenta personal de formación”<sup>24</sup>, la “cuenta personal de prevención de la ‘penosidad’ del trabajo”<sup>25</sup> y la “cuenta de compromiso ciudadano”, en la cual se contabilizarán periodos de actividades cívicas y voluntarias para abrir derechos al reconocimiento de cualificaciones profesionales. La perspectiva abierta por la reforma, en el futuro, sería incorporar el conjunto de los derechos sociales (protección social) al CPA.

Esta medida intenta dar contenido concreto al nuevo paradigma de la protección del empleo diseñado por la UE: proteger a la persona y no (o menos) al puesto de trabajo. En esa línea, el derecho al CPA se hace universal: los beneficiarios serán los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos, los funcionarios públicos y los desempleados inscritos al servicio público del empleo. Así, los cambios de estatuto o de situación no deberían afectar a los derechos individuales. Cada persona tendrá derecho a un acompañamiento personalizado a lo largo de su vida profesional. En efecto, la CPA ha de ser el vector del derecho personal a la formación a lo largo de la vida. El texto de la Ley establece derechos reforzados a la formación para las personas sin diploma o título, especialmente los jóvenes: a cada joven de menos de 26 años sin diploma se atribuirá un capital formación inscrito en su CPA. Cada joven de menos de 26 años en situación de precariedad, sin empleo y sin formación, podrá pedir el beneficio de la “Garantía Juvenil”, es decir, un acompañamiento personalizado y una ayuda económica para facilitar el acceso al empleo. Cada trabajador adulto sin diploma se beneficiará de un capital formación suplementario de 40 horas/año (con un límite de 400 horas). Cada desempleado sin cualificaciones se beneficiará de un capital de formación para obtener una cualificación profesional.

## 5. CONCLUSIONES

A pesar de la existencia de elementos novedosos como la CPA, la falta de diálogo social previo y la introducción de elementos desreguladores –especialmente en materia de despido y de jornada de trabajo– ocasionó una oposición muy fuerte en la sociedad francesa. Como lo hemos observado, el proceso fue muy caótico. Tras las primeras huelgas que tuvieron lugar en Marzo de 2016, un

24. En esa cuenta, se capitalizan los derechos individuales a formación adquiridos en la empresa: cada año, el trabajador “se gana” horas de derecho a la formación (24 horas por año de trabajo, hasta un tope de 150 horas).

25. La ley francesa (2015) define criterios de «trabajo penoso», y para cada trabajador expuesto a uno o varios factores de riesgo, determina un número de puntos adquiridos cada año. El trabajador puede utilizar estos puntos que se convierten en tiempo para: una reconversión profesional; un acceso al tiempo parcial; una jubilación anticipada (10 puntos valen un trimestre de cotización para la jubilación. Se pueden utilizar 80 puntos para anticipar la jubilación de dos años).

texto modificado fue presentado ante el Parlamento en Abril de 2016, expurgado de unos temas polémicos (el derecho del despido), pero el 10 de Mayo, enfrentado a la resistencia de una parte de la izquierda, el Gobierno decidió utilizar el art. 49.3 de la Constitución francesa que permite neutralizar el debate ante la Asamblea Nacional. Se transmitió directamente el texto del Gobierno al Senado, que aprovechó la oportunidad para proponer un surtido de enmiendas aún más desreguladoras del derecho laboral<sup>26</sup>. Sin sorpresa, el Primer Ministro hizo uso del art. 49.3 y el texto volvió ante la Asamblea nacional en Julio de 2016. Con modificaciones menores, el texto final llamado “proyecto de ley relativo al trabajo, modernización del diálogo social y seguridad de las trayectorias profesionales” fue adoptado el 21 de Julio de manera forzosa por el Gobierno con un tercer uso del 49.3. Así terminó la “saga” de la reforma laboral francesa<sup>27</sup>. Obviamente, el “nuevo” derecho laboral francés no se encuentra simplificado. Eso no ha de sorprender en la medida en que la Ley es el resultado de transacciones y compromisos políticos complejos y bastante oscuros. Para el trabajador francés, es cierto que se aleja la imagen de una norma protectora igual para todos. En efecto, si en el futuro se desarrolla la negociación empresarial y los firmantes de los acuerdos usan plenamente de las facultades de derogación, más heterogéneas serán las condiciones laborales en el país. ¿Modernización de la sociedad? Ése es el argumento político para estigmatizar el conservadurismo de los oponentes a la reforma. ¿Cómo analizarlo a nivel jurídico? Nuestra opinión es que el jurista no ha de olvidarse de la función antropológica del derecho<sup>28</sup>. Con la presente reforma, el legislador francés toma el riesgo de sacrificar la dimensión simbólica del derecho del trabajo –la creencia de los trabajadores en la función protectora y unificadora de la Ley– para consagrar la dimensión económica, con perspectivas de fomentar el empleo. Puede ser una apuesta dudosa, pero es la de la famosa flexiseguridad.

26. La mayoría en el Senado es de derecha.

27. El texto fue presentado al Tribunal Constitucional que sólo rechazó unas medidas marginales en su decisión del 4 de Agosto y la versión definitiva de la Ley n° 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, modernización del diálogo social y seguridad de las trayectorias profesionales se publicó en el *Journal Officiel de la République Française* del 9 de agosto de 2016.

28. A. Supiot, *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005.



# TRABAJADORES POBRES Y POBREZA DE LOS OCUPADOS: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN\*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: trabajadores pobres, riesgo de pobreza en el trabajo, calidad en el trabajo; pobreza**

A pesar de que históricamente el desarrollo de una actividad productiva se ha percibido como el instrumento más efectivo en la lucha contra la pobreza, hoy es evidente que la ocupación no elimina de forma absoluta este riesgo. Desde principios de los años setenta en Estados Unidos, y más tarde, aunque con creciente fuerza, en la Unión Europea, se ha destacado la paulatina importancia de un colectivo de ocupados cuyas rentas, unidas a las transferencias recibidas, no alcanzaban a superar el umbral de la pobreza monetaria relativa o a evitar la aparición de carencias materiales.

No obstante, el primer problema con el que suele enfrentarse el investigador al aproximarse a este concepto de pobreza en el trabajo es que, a pesar de su muy frecuente utilización, su delimitación o incluso su terminología han distado tradicionalmente de ser claras y uniformes.

Este trabajo pretende aportar algo de luz a la cuestión, realizando un breve repaso por las distintas aproximaciones doctrinales para, más tarde, indagar en los indicadores estadísticos más destacados a nivel comparado y ofrecer, en último término, algunos rasgos cuantitativos y cualitativos de este colectivo y de su evolución en nuestro país, aportando finalmente algunas posibles líneas de investigación y actuación por parte de los poderes públicos.

## ABSTRACT

**Key words: : working poor; in work at risk of poverty, quality of work; poverty**

While the development of a productive activity is historically perceived as the most effective instrument in the fight against poverty, today obviously that occupation not absolutely eliminates this risk. Since the beginning of the 1970s in the United States, and more later, but with increasing force in the European Union, has stood the gradual importance of a group of busy whose incomes, United received transfers, not reached to overcome the relative monetary poverty threshold or to prevent the emergence of material deprivations.

However, the first problem that often confront the researcher approaching this concept of poverty at work is that, despite their very frequent use, its delimitation or even its terminology have been traditionally from clear and uniform. This work aims to provide some light on the issue, making a brief review by the different doctrinal approaches to, later, investigate leading statistical indicators at a comparative level and offer, in the end, some quantitative and qualitative traits of this group and its evolution in our country, finally providing some possible lines of investigation and action by public authorities.

\* *Proyecto DER2015-63701-C3-1-R*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y Fondos FEDER

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR POBRE Y POBREZA EN EL TRABAJO: UNA PROPUESTA SISTEMATIZADORA
  - 2.1. Un concepto inicialmente doctrinal, complejo y carente de uniformidad
  - 2.2. El progresivo impacto de las definiciones estadísticas: una aproximación a los principales indicadores utilizados o de posible utilización en este ámbito
    - 2.2.1. El concepto de working poor (trabajador pobre) para la oficina de estadísticas laborales de los estados unidos
    - 2.2.2. Los indicadores del eurostat en el marco actual del arope/erpe:
      - a) el arope/erpe; b) el concepto de “in work at risk of poverty rate” (riesgo de pobreza en el trabajo, iwp); c) el concepto de privación material grave y severa para el eurostat y su posible análisis desde la actividad; d) hogares con muy baja intensidad laboral
  - 2.3. Un intento y una propuesta de sistematización: las diversas opciones posibles para el investigador
3. EVOLUCIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LOS OCUPADOS Y ASALARIADOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL O EN RIESGO DE POBREZA
  - 3.1. Ocupados y asalariados en riesgo de pobreza o exclusión social (arope)
  - 3.2. Ocupados en riesgo de pobreza (iwp)
    - 3.2.1. Cuantificación y evolución temporal
    - 3.2.2. Algunos elementos que inciden en el riesgo de pobreza de los ocupados y asalariados
4. ALGUNAS NOTAS INICIALES SOBRE POSIBLES LÍNEAS DE ACTUACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante buena parte del siglo XX la pobreza y el Derecho Social –interpretado este en sentido amplio– fueron analizados conjuntamente desde una doble perspectiva. En primer lugar, y desde una óptica eminentemente histórica, como el substrato en el que germinó la conflictividad social que justificó la aparición de esta rama del ordenamiento y, con él, de las profundas transformaciones que dieron lugar al Estado Social. Y en segundo lugar, y desde una perspectiva dinámica, ciertamente optimista, como realidades y elementos íntimamente conectados, pero a la vez teórica y progresivamente excluyentes, en la medida en la que la regulación de unas condiciones contractuales dignas, unida a las transferencias redistributivas propias del Estado Social, deberían relegar la pobreza a situaciones marginales, ajenas a una actividad productiva que era concebida así como el principal vehículo de salida de la pobreza y de la exclusión social. Desde esta perspectiva tradicional –y que, por lo demás, hunde sus raíces incluso en la lógica de las antiguas leyes y ordenanzas de “pobres”<sup>1</sup>– la pobreza sería básicamente el estigma de las personas inevitablemente inactivas y remitidas a la protección

1. Sobre el tema, véase el muy interesante trabajo de S. Muñoz Machado, “Sobre la pobreza y el Derecho”, Iustel, 2014. Igualmente de interés puede resultar algunos aspectos del trabajo de P.

social, del mismo modo que el trabajo, incluso a través de su activación, debería convertirse en el principal instrumento de lucha contra la misma<sup>2</sup>.

Sin embargo, ya desde principios de los años setenta en Estados Unidos<sup>3</sup>, y más tarde, aunque con creciente fuerza, en la Unión Europea<sup>4</sup>, comenzó a destacarse la importancia creciente de un colectivo de trabajadores –o más correctamente, y como veremos, de ocupados- cuyas rentas, unidas a las transferencias recibidas, no alcanzaban a superar el umbral de la pobreza o a evitar la aparición de carencias materiales graves o incluso severas. Obviamente, la existencia de este tipo de trabajos no era una novedad en Europa<sup>5</sup>. Dentro de nuestras sociedades –por no hablar, claro está, de la pobreza ocupacional en zonas en desarrollo- siempre han existido trabajadores y colectivos “al margen”, con menor cualificación y retribución y cuya actividad productiva no siempre permitía eludir la pobreza y la exclusión social. Sin embargo, seguramente lo más novedoso de este “nuevo tipo de pobreza” no sería solo el crecimiento cuantitativo de este colectivo en los países occidentales, sino también, y sobre todo, su ampliación sociológica a segmentos históricamente integrados entre la clase media, pero que, ya sea por las nuevas realidades sociológicas –en especial, y como veremos, la tipología de hogares-, ya sea por la nueva dinámica de los mercados laborales o por las insuficiencias de los sistemas redistributivos, caían o estaban en riesgo de caer en la pobreza y en la exclusión social. En definitiva, una nueva realidad cier-

Munuera Gómez, “El derecho a la inclusión social a través del trabajo” en *Revue Européenne du Droit Social*, 2012, 14.1, en especial p. 36 y siguientes

2. Por todos, D. Spannagel, “In-Work Poverty in Europe: Extent, Structure and Causal Mechanisms”, Combating Poverty in Europe Project, 2013, para la que, p. 2 “ever since the first studies on poverty, employment was regarded as the best way out of such a situation “. En este mismo sentido R. Peña Casas, M. Latta, Working poor in European Union, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004, p. 3 y ss.

3. Más información en E. Crettaz, “A state-of-the-art review of working poverty in advanced economies: theoretical models, measurement issues and risk groups” en *Journal of European Social Policy*, October 2013 vol. 23 no. 4, p. 348. Entre los trabajos iniciales más destacados suele señalarse, por ejemplo –véase I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres y los bajos salarios en España: un análisis de los factores familiares y laborales asociados a las distintas situaciones de pobreza”, EN EMPIRIA, 2007, n. 14, p. 44-, el de S. A. Levitan, I. Shapiro Working but poor: America's contradiction: 1987, The John Hopkins University Press.

4. En general, desde una óptica temporal, suele situarse el inicio de esta preocupación en Europa al inicio de la década de los noventa, si bien la incorporación en 2003 de la “EU statistics on income and living conditions” –en adelante EU-SILC- multiplicó el interés científico por este tema en Europa. En este sentido, por ejemplo, I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 45; D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 2 y 4; E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 348.

5. Véase I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores pobres” en *Papeles de Economía Española*, 2013, n. 135, p. 99, o D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 27 para la que, sin embargo, lo novedoso es que ahora sí se percibe esta cuestión como un problema en la agenda política.

tamente “perturbadora” y en la que el desarrollo de una ocupación productiva, aun siendo un instrumento eficaz en muchos casos en la lucha contra la pobreza y la exclusión, distaba ciertamente de ser un remedio seguro para eludir dichas situaciones<sup>6</sup>.

Diversos han sido los factores que, ya desde los primeros años ochenta y noventa, intentaron identificarse como posibles causantes de este fenómeno a escala global. El primero, sin duda, los efectos de la globalización y de la mundialización económica<sup>7</sup>, que, junto con el cambio tecnológico, habrían provocado en los países occidentales tanto un fuerte proceso de desindustrialización, como un correlativo descenso de los ingresos y de los niveles de vida de aquellos segmentos de mano de obra menos cualificados, sobre todo en los sectores más abiertos al comercio mundial<sup>8</sup>. En segundo lugar, el paulatino impacto de las políticas neoliberales, tanto en lo relativo a la reducción de la lógica redistributiva del Estado –mercantilización, contractualización, paso del ciudadano y usuario al consumidor...-, como especialmente, al menos en este caso, por la progresiva importancia otorgada a las políticas de activación (*work first*), singularmente para personas con escaso nivel de cualificación y que condujeron en muchas ocasiones a trabajos de escasa calidad y retribución<sup>9</sup>. Y en tercer lugar, pero no por ello menos importante, por la progresiva desigualdad que se ha instalado dentro de unos mercados de trabajo cada vez más segmentados, y en los que diversos factores como la edad, el género, la nacionalidad, la cualificación, el tipo de ocupación, el sector de actividad, la tipología contractual o incluso las dimensiones del centro de trabajo podían conducir, si se conjuntaban con los ya señalados elementos

6. L. Bardone, Ac, Guio, “In-work poverty – New commonly agreed indicators at the EU level”, *Eurostat, Statistics in Focus*, 5/2005, p. 1. En palabras de P. Wolff “17 % of EU citizens were at-risk-of-poverty in 2008” en *Eurostat, Statistics in Focus*, 9/2010, p. 4 que resumen una apreciación ampliamente compartida señalando: “Being in employment is an effective although not always sufficient way to secure oneself against the risk of poverty and social exclusion”

7. Véase, por ejemplo, J. Hellier, E. Kalugina, “Globalization and the working poor”, ECI-NEQ, 2015, n. 355; M.L. De La Cal, “Pobreza laboral”, *Boletín de recursos de información*, Centro de Documentación Hegoa, 2014, n. 40, p. 8 del texto impreso. En cualquier caso, y como recuerda E. Cretaz, “A state...”, cit., p. 349 un sector de la doctrina diferenció tradicionalmente los efectos de esta globalización en Estados Unidos y en Europa. Y así, mientras en el primero caso, la liviana regulación laboral habría favorecido que se dispararan las desigualdades salariales y un descenso del desempleo, en Europa esta misma globalización habría llevado a un descenso en la demanda de empleados de baja cualificación y, por tanto, a un incremento del paro. No obstante nos remitimos al mencionado autor para una crítica a esta “teoría unificada”.

8. Ampliamente sobre estas cuestiones D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 7

9. Vid. D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 8; M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 9; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...”, cit., p. 99 y 100. No obstante, estos mismos autores -p. 104- señalan como, al menos hasta 2013 no existía ninguna investigación sistemática que vinculase las tendencias de bajos salarios con las políticas de activación.

sociológicos propios del hogar, a ofrecer un segmento ciertamente relegado de ocupados para los que el desarrollo de una actividad productiva ni le permitiría salir de la pobreza monetaria relativa ni, incluso y en ciertas ocasiones, eludir el riesgo de una privación material grave o severa<sup>10</sup>.

Además, y en el caso de nuestro país, resulta evidente como a todos estos factores se ha unido el impacto sinérgico que sobre nuestro tejido social han tenido, no ya solo las últimas crisis económicas del 2008 y 2010, sino también, o incluso sobre todo, el tipo de medidas con el que se ha querido reaccionar y actuar especialmente frente a la última de ellas<sup>11</sup>. El fuerte recorte de prestaciones y de unas transferencias redistributivas que, por lo demás, apenas habían mitigado el problema de la pobreza en los años expansivos previos a estas últimas crisis<sup>12</sup>, unidos al impacto que sobre el mercado de trabajo y la población ocupada han tenido las últimas reformas laborales han provocado, no solo un notable incremento del coeficiente Gini<sup>13</sup>, como principal indicador de desigualdad, sino también un llamativo incremento de este colectivo. En este sentido, la búsqueda, y en buena medida conseguida deflación salarial no ha actuado uniformemente<sup>14</sup>, cebándose fundamentalmente en los niveles con rentas más bajas, abriendo la horquilla de la dispersión salarial y afectando fundamentalmente a una clase media empobrecida y a los niveles retributivos inferiores<sup>15</sup>. Además, la concentración del desempleo en determinados colectivos y hogares, unido al progresivo desarrollo de una doble precariedad contractual –a los contratos temporales de escasísima duración se habría unido ahora su progresivo carácter de contratos a tiempo parcial no deseado- habría provocado una caída en la intensidad laboral que obviamente está estrechamente conectada con la

10. Véase, por ejemplo, con amplia referencia bibliográfica, I. Marx, B. Nolan “Trabajadores pobres”, cit., p. 100; D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 8.

11. Impacto este reconocido incluso por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, *Plan Nacional de Acción...*, cit., p. 9

12. En general, sobre el impacto de la crisis en la pobreza resulta ineludible la remisión al excelente AAVV., *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, FOESSA, 2014, p. 71

13. Según los datos de Eurostat (SILC) –extraídos el 23-06.2016, última actualización 07.06.2016-, España habría pasado de un coeficiente Gini del 31,9 en 2007 a un coeficiente del 34,7 en 2014. En términos relativos, nuestro país habría pasado de ser el decimosegundo Estado en 2007 por su intensidad al octavo lugar en 2014, superando incluso a Grecia, Rumanía, Portugal o Italia.

14. F.J. Calvo Gallego, M.c. Rodríguez-Piñero Royo, “Las reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre el dialogo social en España”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 2, N° 4, 2014, págs. 1-54. En general, sobre la misma y sus efectos J.I. Pérez Infante, “Crisis económica, empleos y salarios”, en *Documentación Social*, 2013, n. 169, p. 32 y ss.

15. AAVV., *VII Informe...*, cit., p. 71 y ss.

pobreza monetaria relativa de los hogares y con la posible aparición de supuestos de privación material grave.

De ahí, en definitiva, que la cuestión de los “trabajadores pobres”, o como algunos prefieran denominarla, la “pobreza laboral o en el trabajo<sup>16</sup>” haya ido asumiendo poco a poco un mayor protagonismo<sup>17</sup>. Y ello no solo entre los estudiosos de las ciencias sociales que desde muy distintas perspectivas se aproxima a este tema, sino también a nivel político, tanto nacional como internacional. Pero no adelantemos acontecimientos.

## **2. SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR POBRE Y POBREZA EN EL TRABAJO: UNA PROPUESTA SISTEMATIZADORA**

### **2.1. Un concepto inicialmente doctrinal, complejo y carente de uniformidad**

Por ahora, nos interesa comenzar este estudio señalando cómo, paradójicamente, el primer problema con el que nos enfrentamos al aproximarnos a este concepto es que, a pesar de su muy frecuente utilización, su delimitación ha disitado tradicionalmente de ser clara y uniforme en la doctrina<sup>18</sup>. Y ello por diversos motivos.

El primero y más evidente, es que este fue, al menos inicialmente, un concepto básicamente doctrinal y desde luego no establecido en una norma internacional. Como se ha recordado hasta la saciedad, las primeras aproximaciones a esta realidad, primero norteamericanas –tanto estadounidenses como canadienses- y, más tarde, europeas, se realizaron por trabajos científicos que, al tener que delimitar

16. Término este que algunos autores prefieren por ser neutro desde el punto de vista de género. En este sentido, por ejemplo, M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., nota al pie 1.

17. Baste recordar ahora recientes y excelentes trabajos como el de AAVV., *El trabajador pobre como centro de gravedad de la prevención de la exclusión social*, (coord. E.M. Blázquez Agudo), Bomarzo 2015, o FUNDACIÓN 1º DE MAYO, *Pobreza y trabajadores pobres en España*, Colección Informes n. 106, 2014, disponible en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe106.pdf>

18. Esta realidad ya fue constatada en 1989 por uno de los artículos seminales en este tema: B.W. Klein, P. Ronés, “A profile of the working poor” en *Monthly Labor Review*, October 1989, p. 4. De “definitional chaos” hablaban en 2010 E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers poor? The mechanisms that produce working poverty in a comparative perspective”, REC-WP 12/2010, p. 6, disponible en [https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/3985/REC-WP\\_?sequence=1](https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/3985/REC-WP_?sequence=1). Un amplio estudio de la literatura sobre esta cuestión en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 347-362. Para una recapitulación más breve y anterior en el tiempo R. Peña Casas, M. Latta, *Working poor in European...*, cit., p 7. En esta misma línea, desde una perspectiva retrospectiva S. Ponthieux “The working poor. Limits of the EU indicator “in-work poverty risk”, limits of the statistical category “working poor”, and exploration of a notion of “poverty in earned income”, ECINEQ 2007, p. 2 disponible en <http://www.diw.de/sixcms/detail.php/60146>

apriorísticamente su campo de indagación, adoptaron una posición en muchas ocasiones no homogénea ni uniforme y sobre todo deudora de los propios objetivos o campos en los que se centraba la concreta investigación. Además, a esta diversidad en las fronteras de dicho concepto coadyuvó sin duda, y en segundo lugar, el hecho de que nos encontramos ante una realidad que, lejos de “pertenecer” o poder ser analizada por y desde una única rama del conocimiento, presenta elementos que van desde el ámbito laboral –salarios bajos, escasa o nula calidad o intensidad en el empleo–, al de la economía laboral –distribución de la riqueza e impacto sobre el crecimiento–, la previsión social e incluso la hacienda pública –eficiencia de los instrumentos de redistribución tanto de protección social como impositivos– y, sobre todo, al de la sociología –pobreza y exclusión social<sup>19</sup>. En tercer lugar, tampoco cabe olvidar cómo los dos elementos que deben interseccionar necesariamente en este concepto –pobreza y trabajador– no son en absoluto homogéneos: mientras uno es netamente individual y normalmente encuentra su referente en las ramas jurídicas o económicas, el otro, de la pobreza, normalmente viene referido a un concepto colectivo como es el hogar entendido como unidad básica de consumo y con principales connotaciones sociológicas<sup>20</sup>. Y si a todo ello sumamos, en cuarto lugar, el hecho de que en ocasiones se intentó construir un concepto tendencialmente universal, mientras que en otras la óptica fue mucho más concreta y específicamente estatal, tendremos las razones por las que, como decimos, y sobre todo durante los años ochenta y noventa, pero incluso aún hoy, este concepto de trabajadores pobres, pobreza en el trabajo o pobreza en la edad laboral –pues la elección del término dista de ser inocua– careció de una definición homogénea y clara, sobre todo para el que se aproxima por primera vez a esta realidad.

No podemos detenernos aquí, obviamente, en el análisis pormenorizado de las diferencias en cada una de estas delimitaciones doctrinales, por lo demás ampliamente estudiadas en trabajos como el de CRETTAZ<sup>21</sup>. Por ello, y de forma más modesta, nos limitaremos a señalar, a título meramente ejemplificativo, cómo, por lo que se refiere a la pobreza, en la mayoría de estos estudios se optaba y aún se opta por una perspectiva objetiva y no subjetiva de la misma, esto es, asentada en indicadores objetivos y no sobre la apreciación de la propia persona. Desde esta óptica, y sobre todo en Europa, primó la adopción de una línea o um-

19. Destacando, por ejemplo, este carácter “híbrido” y las consiguientes dificultades R. Peña Casas, M. Latta, *Working poor in European...*, cit., p. 3.

20. Nuevamente R. Peña Casas, M. Latta, *Working poor in European...*, cit., p. 4. En un sentido similar I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...” cit., p. 43; S. Pontieux, *In-work poverty in EU*, Eursotat, 2010, p. 27; D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 3.

21. E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 349 y ss.

bral de pobreza relativa y no absoluta, centrada en un determinado porcentaje<sup>22</sup> de la mediana –obsérvese, no de la media- de ingresos, ya sea del individuo o, sobre todo, por componente del hogar, ya sea anual o anclada en un determinado momento. Y todo ello sin olvidar como, desde otra perspectiva, aunque eso sí monetaria, también ha sido frecuente utilizar ya sea la línea de pobreza oficial<sup>23</sup> o el resultado –al ser esta última ciertamente baja en algunos países- de aplicar al umbral oficial de pobreza algún multiplicador<sup>24</sup>. Solo en algunos casos se utilizaba una metodología distinta, poniendo por ejemplo en relación los ingresos familiares con los gastos en determinados bienes de primera necesidad y situando así el umbral en el coste de esta cesta o en aquellas situaciones en las que se gasta más de un determinado porcentaje –por ejemplo, el 20%- de los ingresos en tales bienes<sup>25</sup>, o, desde otra perspectiva, recurriendo a la imposibilidad o dificultad en el acceso a determinados productos –el concepto de privación/exclusión sobre el que después volveremos- o incluso, en los supuestos más extremos, en la necesidad de recurrir a la ayuda de entidades asistenciales<sup>26</sup>. Y todo ello por no hablar de la discusión sobre la necesidad o no de un concepto multidimensional que abarcará no solo la pobreza sino también la exclusión social.

Y por otra parte, incluso un menor consenso se constataba si analizamos los intentos de delimitación en estos mismos estudios del segundo elemento antes

22. Que de acuerdo con E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352 y E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some...”, cit., p. 7 van del 40 al 70%, aunque la inclusión del indicador europeo ha conducido a que la mayor parte de autores utilicen el 60%. Por poner solo un ejemplo, en el caso de la OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, Paris, p. 172 se adopta el 50%.

23. Moviéndonos así en el campo de la pobreza absoluta, al menos en aquellos países como Estados Unidos en los que este umbral viene fijado anualmente de forma oficial en función de las características de la familia. Esta orientación y una justificación de la misma muy clarificadora –“To me as an American, it seems more natural to think of poverty as falling in such a circumstance, and so I use absolute poverty concepts”- en G. S. Fields “Poverty and Low Earnings in the Developing World”, ILR Working Paper No. 152. Ithaca, NY: School of Industrial and Labor Relations, Cornell University, p. 3 disponible en <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=workingpapers>.

24. Véanse los ejemplos en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352.

25. Este umbral es, según E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352, el utilizado frecuentemente en Canadá.

26. Véase nuevamente una recapitulación de estos trabajos en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352. En general, sobre las distintas perspectivas desde las que es posible definir y delimitar la pobreza, son de interés el trabajo de J. Ventura, K Jáuregui, “¿Es posible (re)insertar a los pobres al desarrollo?: modelos y paradigmas”, *Universidad & Empresa*, 2016, n. 18(31), p. 35 y ss., Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/rev.univ.empresa.31.2016.02>; el documento del INE *La pobreza y su medición Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza*, disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf>; o OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., p. 168-171.

reseñado: el del trabajador<sup>27</sup>. Y ello ya que frente al mismo puede primar una aproximación ya sea sociológica, ya sea económica o, por último, otra más técnica y ciertamente reducida, propia por tanto del ámbito jurídico laboral. Así, y en primer lugar, en diversos trabajos el concepto de trabajador se aborda, sobre todo en determinados países, desde una perspectiva fundamentalmente sociológica que les permite incluir a toda persona activa, esté o no ocupada, siempre que, al menos, haya participado en el mercado laboral; esto es, esté ocupada o busque desarrollar dicha actividad una parte significativa del año -como, por ejemplo, veintisiete semanas al año-. Esta aproximación, avanzamos, básicamente norteamericana, permitía incluir en este concepto a desempleados que, eso sí, busquen activamente empleo -“*labor force*”-, si bien en algún caso, se ha llegado a reclamar -especialmente en Francia, dada la mayor tasa de desempleo de larga duración- una cierta participación activa que conlleve que se haya desarrollado un actividad productiva al menos un mes<sup>28</sup>. Y todo ello, claro está, por no hablar de ciertos estudios que abarcan a todos los miembros de la unidad familiar “pobre” en el que al menos uno de sus miembros trabaja<sup>29</sup>. En cambio, en otros estudios la acepción es más reducida y económica y abarcaría solo a los ocupados, incluyendo, eso sí, tanto a aquellos que lo son de forma autónoma como a los que lo son por cuenta ajena<sup>30</sup>. Finalmente, y entre otras razones, seguramente por la escasa fiabilidad -como veremos- de los datos relativos a los autónomos<sup>31</sup>, tampoco son escasos los autores que reducen aún más los límites de esta categoría, reduciéndolo a aquellos que desarrollan una actividad productiva dependiente en una acepción por tanto, bastante más cercana a la perspectiva jurídico-laboral.

En cualquier caso, y por si no fuera poca toda esta complejidad, un análisis de la bibliografía existente plantea un tercer elemento, ligado eso sí, al anterior, pero aún más complejo; al analizarse los datos normalmente en un periodo temporal específico, suele ser igualmente habitual el requerir que ya sea el deman-

27. En general nos remitimos al repaso recogido en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352 y ss.

28. Por ejemplo, C. Lagarenne, N. Legendre, “The working poor in France: personal and family factors”, publicado originalmente como “Les travailleurs pauvres en France: facteurs individuels et familiaux”, *Economie et Statistique* No. 335, 2000 - 5, disponible el 27 de mayo de 2016 en < [http://www.insee.fr/en/ffc/docs\\_ffc/is48\\_335.pdf](http://www.insee.fr/en/ffc/docs_ffc/is48_335.pdf) >. Sobre las distintas opciones que en su momento se planteó el INSEE y la opción finalmente asumida véase S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 6.

29. Un interesante ejemplo en A. Payne “Working poor in Australia An analysis of poverty among households in which a member is employed”, en *Family Matters*, 2009, n. 81, p. 15 y ss.

30. Sobre estas tres perspectivas -norteamericana o activa, francesa derivada de aquella pero que excluye a los parados de larga duración y la europea, la más estricta- D. SPANNAGEL, “In-Work Poverty...”, cit., p. 14 quien destaca además las consecuencias científicas de adoptar una u otra posición.

31. Véanse los autores citados infra 89.

dante de empleo –en la primera perspectiva- como el ocupado o el asalariado -en la segunda o la tercera “acepción”- desarrollen dicha actividad o participen en la fuerza de trabajo durante un determinado número de meses, semanas, días, o incluso horas y, además, en el caso de actividad, con una cierta intensidad. De hecho, es en estas dos últimas variables en las que la diversidad de fronteras y deslindes doctrinales se encuentra más acentuada pudiendo encontrarse investigaciones en las que se reclama, por ejemplo, para su incorporación a este colectivo que el individuo haya trabajado al menos una hora en la semana anterior a la entrevista, mientras que en otros se exigen mil horas de actividad al año, pasando, finalmente, y por señalar solo algunos ejemplos, a otros estudios en los que se demanda haber desarrollado una actividad al menos seis meses al año y treinta y cinco horas a la semana, llegándose incluso en algunos casos a solo incorporar dentro de este colectivo a las personas que desarrollen dicha actividad todo el año a tiempo completo<sup>32</sup>.

## **2.2. El progresivo impacto de las definiciones estadísticas: una aproximación a los principales indicadores utilizados o de posible utilización en este ámbito**

En cualquier caso, lo que sí resulta evidente es que sobre todo este magma de delimitaciones doctrinales ha ejercido un enorme y progresivo impacto armonizador<sup>33</sup>, sobre todo en sus respectivos ámbitos geográficos –y de ahí, avanzamos, el problema-, las definiciones e indicadores aportados por los diversos organismos estadísticos nacionales e internacionales<sup>34</sup>. Y todo ello sin olvidar cómo en muchas ocasiones la elaboración y delimitación de estos indicadores se ha visto igualmente influenciada por previos trabajos doctrinales elaborados, muchas veces, por investigadores de estas mismas instituciones estadísticas<sup>35</sup>.

Sea como fuere, y por simplificar, creemos que han sido dos, al menos a nuestro juicio, los indicadores y su delimitación que mayor impacto habrían tenido en este campo. Lo llamativo es que, seguramente por razones históricas, y el contexto en el que nacen abordan este tema nuevamente desde ópticas dife-

32. Véase, nuevamente, E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 352 y ss.

33. Y ello, como recuerdan E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 9, fundamentalmente por la necesidad de posibilitar comparaciones entre los distintos estudios. No obstante, como también señala E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 355 este impacto se ha centrado más en la delimitación de la pobreza que en el concepto de “trabajador”.

34. Un elenco de los mismos al que obviamente nos remitimos en E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 8; E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 351.

35. En este mismo sentido, E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 350.

rentes: mientras en un caso esta delimitación se produjo desde las estadísticas específicamente laborales, lo que fomentó una perspectiva de la pobreza desde la óptica de la actividad (*working poor*), en el otro el análisis se realizaría desde las estadísticas de condiciones de vida, mucho más ligadas al problema de la pobreza (*in-work poverty*). Pero no adelantemos nuevamente acontecimientos.

### 2.2.1. El concepto de *Working poor* (trabajador pobre) para la Oficina de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos

Por ahora nos interesa destacar cómo el primer indicador en el tiempo, pero desde luego, el más alejado en cuanto a su ámbito geográfico, sería el aportado por la Oficina de Estadísticas Laborales de Estados Unidos<sup>36</sup> que en sus sucesivos informes desde 1996<sup>37</sup> viene definiendo al colectivo incluido en este indicador – *working poor*– como el compuesto por “aquellos individuos incluidos durante al menos veintisiete semanas en la fuerza laboral (trabajando o buscando trabajo), pero cuyos ingresos están por debajo del umbral oficial de pobreza<sup>38</sup>”.

Se trata, como ya hemos avanzado, de un concepto fuertemente influido por algunos trabajos previos como el de KLEIN y RONES<sup>39</sup> –rápidamente seguido por otros como el de GARDNER y HERZ<sup>40</sup>– y que es, obviamente, el que mayor impacto ha tenido en la doctrina de aquel país y en algún otro como en Francia<sup>41</sup>.

En relación con el mismo nos limitaremos a señalar como la perspectiva es ciertamente sociológica, ya que partiendo del nivel de pobreza –establecido, eso sí, como una cantidad preestablecida<sup>42</sup> en función de las características del

36. No, obviamente, por la United States Census Bureau que, básicamente por sus múltiples acepciones prefiere no utilizar este término. En palabras de la propia institución -<http://www.census.gov/hhes/www/poverty/methods/definitions.html> consultada el 29 de mayo de 2016, “The Census Bureau does not use the term “working poor.”... may mean different things to different data users, based on the question they are trying to answer”.

37. El acceso a los mismos en <http://www.bls.gov/cps/earnings.htm#workpoor>

38. “*Individuals who spent at least 27 weeks in the labor force (working or looking for work), but whose income fell below the official poverty threshold*”

39. “A profile of the working poor” en *Monthly Labor Review*, October 1989, en especial p. 4. No debe olvidarse que ambos autores eran economistas de esta misma institución.

40. “Working and poor in 1990” en *Monthly Labor Review*, December, 1992, p. 20 y ss.

41. Véase S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 2; S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 15

42. Parece, por tanto, que nos moveríamos en el campo de las delimitaciones de pobreza absoluta y no relativa - G. S. Fields “Poverty...”, cit., p. 3.

hogar<sup>43</sup>-, tiende a identificarse el elemento personal con lo que podríamos denominar activos<sup>44</sup> o fuerza laboral, incluyendo, por tanto, tanto a los desempleados como a los ocupados. Y ello ya que sería suficiente con buscar empleo al menos veintisiete semanas en el año anterior. Se trata, por tanto, y como se ha señalado, de una definición “no positiva” y de la que solo se pretende excluir a aquellos sujetos con una actividad marginal<sup>45</sup>.

El problema es que si bien este indicador puede ser razonable en países con un escaso desempleo estructural de larga duración, no lo es tanto para los que sí sufren el problema en el que ambos colectivos de pobreza en función de su actividad –desempleados y ocupados- parecen presentar rasgos profundamente divergentes que recomiendan su diferenciación<sup>46</sup>.

### 2.2.2. Los indicadores del Eurostat en el marco actual del AROPE/ERPE

#### a) El AROPE/ERPE

El segundo grupo de indicadores y, por tanto, de delimitación del campo de estudio –y desde luego, el que seguramente mayor impacto ha tenido sobre la doctrina española y europea, con la excepción, como ya hemos avanzado, de la francesa<sup>47</sup>- ha sido el proporcionado por el EUROSTAT en relación con el denominado AROPE –“At Risk Of Poverty or social Exclusión”-, ERPE en español, –En Riesgo de Pobreza y/o Exclusión- y que trata de medir las personas en riesgo de pobreza o exclusión social.

El origen último de este indicador se encuentra, sin duda, en el marco de progresiva implementación y desarrollo del Método Abierto de Coordinación en el campo de la inclusión social, fruto, a su vez, del progresivo interés comunitario por estos temas plasmado en la Estrategia de Lisboa y sus referencias a la cohesión social<sup>48</sup>. De hecho, ya en las conclusiones del Consejo de Laeken de diciembre de 2001 se incorporaron una lista de indicadores en el ámbito de la

43. Especialmente la dimensión de la familia y la edad de sus miembros así como el número de niños menores de 18 años. Los datos históricos en <http://www.census.gov/data/tables/time-series/demo/income-poverty/historical-poverty-thresholds.html>

44. En este sentido S. Ponthieux, *In-work poverty in EU*, Eurostat, 2010, p. 16.

45. Así, S. Ponthieux, *In-work poverty...*, cit., p. 15.

46. Véase igualmente, y en un sentido similar, S. Ponthieux, *In-work poverty...*, cit., p. 15.

47. Para un análisis de las diferencias y similitudes entre las delimitaciones norteamericana, de la UE y francesa nos remitimos nuevamente a S. Ponthieux, *In-work poverty...*, cit., p. 16

48. Más información en R. Peña-Casas, C. Degryse, P. Pochet *European strategy in the field of poverty and social exclusion*, European Social Observatory, 2002.

pobreza y la exclusión social elaborados por el Comité de Protección Social entre los que destacaba, sin duda, el centrado en el porcentaje de personas que vivían en hogares donde el ingreso total equivalente era inferior al 60% de la mediana nacional<sup>49</sup>. En cualquier caso, es sin duda con la Estrategia Europa 2020 y su objetivo de alcanzar un crecimiento integrador y sacar al menos a veinte millones de personas de la pobreza y la exclusión social donde alcanza este indicador su papel central, hoy indiscutible<sup>50</sup>.

Pues bien, lo primero que sin duda debemos destacar es que nos encontramos ante un indicador multidimensional, pero que puede desagregarse igualmente en cada una de las dimensiones que lo componen. Intentaremos explicarnos. En principio, este indicador incorpora a cualquier sujeto que esté o bien en riesgo de pobreza monetaria relativa después de las transferencias sociales, o bien tenga una carencia material severa o bien viva en hogares con una muy baja intensidad laboral. La incardinación de un sujeto en cualquiera de estas tres dimensiones lo incluye a su vez en el indicador, si bien solo se contabilizará una vez aunque cumplan más de una de estas tres condiciones. De este modo se busca huir de una visión limitada de la pobreza, incorporando ciertamente un medidor de bajos ingresos medios –pobreza monetaria relativa-, pero complementándolo con la privación o carencia material severa y la baja intensidad laboral para mostrar así un panorama más rico y complejo que permita medir no solo este tipo de pobreza, sino también la exclusión social.

En cualquier caso, lo más importante es que junto a esta perspectiva conjunta y solapada de estas tres dimensiones, la base de datos de Eurostat nos permite igualmente analizar cada una de las mismas en función del tipo de actividad más frecuente del año anterior de cada uno de los individuos, lo que, a su vez, nos permite establecer otros tres indicadores posibles de ocupados y, más concretamente, asalariados en función del tipo de relación que guarden con cada una de estas posibles dimensiones de la pobreza/exclusión social.

b) El concepto de “In work at risk of poverty rate” (riesgo de pobreza en el trabajo, IWP)

El primer indicador y sin duda, el más extendido y del que igualmente más información desagregada se aporta por EUROSTAT es de riesgo de pobreza en

49. Véase SOCIAL PROTECTION COMMITTEE *Report on Indicators in the field of poverty and social exclusion*. October 2001

50. Véase EUROSTAT “The measurement of poverty and social inclusion in the EU: achievements and further improvements”, Seminar “The way forward in poverty measurement” 2-4 December 2013, Geneva.

el trabajo –IWP-. Este indicador no fue obviamente el resultado de un proceso de armonización de indicadores nacionales previos, por lo demás, ciertamente escasos<sup>51</sup>, sino más bien el fruto de la construcción de un indicador propio y específico en el marco de la progresiva aplicación del método abierto de coordinación tanto al campo de la inclusión social, como al ámbito del empleo. Y ello ya que el indicador general vigente en aquel momento tuvo que ser ciertamente adaptado o especificado cuando, como consecuencia de la atención prestada a la calidad en el trabajo en los Consejos de Estocolmo y Laeken<sup>52</sup>, las Directrices para el empleo en 2003<sup>53</sup> establecieron la necesidad de reducir los denominados “trabajadores pobres”<sup>54</sup>.

En cualquier caso, y de acuerdo con la Cartera de Indicadores Sociales de la UE en el seguimiento de los progresos hacia los objetivos de la UE en relación con la protección y la inclusión social<sup>55</sup> el mismo haría referencia a aquellos individuos clasificados como ocupados (*employed*) y que están en riesgo de pobreza. Esto es, nuevamente dos elementos, uno individual y centrado en la actividad, y otro colectivo y, como veremos, grupal –“trabajadores en hogares pobres”<sup>56</sup>–.

Pues bien, por lo que se refiere al primer elemento, conviene señalar que son dos, evidentemente, las principales diferencias con la definición norteamericana. La primera, fundamental, la exclusión de los desempleados, ya que en este indicador la pertenencia al grupo se limita solo a los ocupados, con independencia –aunque diferenciando, eso sí- de que sean autónomos o asalariados dependien-

51. Vid. S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 2 quien destaca la escasa relevancia otorgada a este tipo de indicadores en los primeros Planes Nacionales de Inclusión Social en 2001

52. Sobre el tema S. González Begega, A.m. Guillén Rodríguez “La calidad del empleo en la Unión Europea. Debate político y construcción de indicadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n. 81, p. 71 y ss.

53. Decisión 2003/578/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros Diario Oficial n° L 197 de 05/08/2003, “los Estados miembros deberán llevar a cabo políticas adecuadas para reducir el número de trabajadores pobres”. Situando en esta fecha el nacimiento de este indicador S. Ponthieux, *In-work poverty in the EU*, Eurostat 2010, p. 6.

54. Véase L. bardone, A.c. Guio, “In-work poverty — New commonly agreed indicators at the EU level” en *Eurostat, Statistics in Focus*, 5/2005, p. 1; S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 1 Y SS.

55. SOCIAL PROTECTION COMMITTEE INDICATORS SUB-GROUP, Portfolio of EU social indicators for the monitoring of progress towards the EU objectives for social protection and social inclusion, 2015 update,

56. En la acertada y gráfica expresión de I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 48.

tes<sup>57</sup>. La segunda se centra en el elemento temporal y de nuevo en este caso, la exigencia es algo más rigurosa, de siete meses de actividad<sup>58</sup>, frente a los seis meses tradicionales en la definición norteamericana o francesa<sup>59</sup>. Y ello ya que, como es bien sabido, la inclusión o no de la persona se realiza no tanto en función no de su estatus de actividad en el momento de la encuesta, sino en relación con su situación más frecuente durante los doce meses anteriores<sup>60</sup>. Ello supone, obsérvese, excluir no solo a los desempleados de larga duración, sino también a los trabajadores precarios que, por ejemplo con contratos de muy escasa duración, hayan estados conectados con el mercado y trabajando pero que no alcancen este umbral temporal de actividad, lo que en ocasiones ha llevado a algunas críticas<sup>61</sup>.

En cualquier caso, igualmente diferente es el segundo elemento, ya que la medida de la pobreza es monetaria y relativa, aunque igualmente centrada en el ámbito del hogar, lo que, por cierto, no ha dejado de suscitar algunas críticas doctrinales que, desde diversas perspectivas<sup>62</sup>- han llevado incluso a destacados autores a postular otros umbrales individuales de pobreza y en los que los resultados no

57. Sobre las propuestas iniciales, finalmente desechadas, en las que se pretendía un criterio mixto que mezclara participación en el mercado de trabajo (6 meses) con empleo como más frecuente estatus, y situación actual (trabajando en el momento de la encuesta) véase S. PONTHEUX “The working poor. Limits...”, cit., p. 7,

58. Diversos autores - I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 48; M. Ibáñez, “Apuntes sobre la incidencia de la pobreza relativa y absoluta en la población y en los trabajadores. Comparación entre 2009 y 2013” en *Lan Harremanak*, 2014, n. 31, p. 67 ; E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 8 y E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 351; R. Gutiérrez Palacios, A. Tejero Pérez, “La dinámica en la pobreza de los ocupados”, III Congreso anual de la REPS, disponible en [http://www.unavarra.es/digitalAssets/149/149688\\_1000009\\_p-TejeroYGutierrez\\_PobrezaLaboral.pdf](http://www.unavarra.es/digitalAssets/149/149688_1000009_p-TejeroYGutierrez_PobrezaLaboral.pdf), p. 11- recuerdan además la exigencia de que haya trabajado al menos quince horas a la semana en el empleo principal.

59. Véase, por todos, L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 2 a las que se reenvía para una explicación de este mayor rigor.

60. Nuevamente, por todos, L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 2. Un intento de explicación en S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 4 y ss. quien, sin embargo, opta por una clasificación distinta ante los problemas -p. 10- que la misma plantea. Igualmente S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 15 quien liga esta ventana temporal al periodo en el que se analizan las rentas. Sobre la singularidad de Irlanda y el Reino Unido S. Ponthieux, *In-work poverty...*, cit., p. 7.

61. Véase, por ejemplo, las observaciones de M.L. DE LA CAL, “Pobreza...”, cit., p. 3. Una comparación del impacto que tendrían distintas definiciones de trabajador y algunas críticas y propuestas en S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 19 y ss. y 25 en especial.

62. Así, y de forma más general, para una interesante crítica desde la perspectiva de género de la medición de la pobreza por los ingresos de hogar véase L. GODOY, “Entender la pobreza desde la perspectiva de género”, en *Serie mujer y desarrollo*, n. 52, disponible en <http://www.oeci.es/decada/portadas/lcl2063e.pdf>

estuviera tan matizados por las características del hogar familiar<sup>63</sup>. En cualquier caso, y sea como fuere, lo cierto es que el indicador del EUROSTAT incorporaría aquí a todos aquellos ocupados que habiten en hogares cuya “renta disponible equivalente” sea inferior al 60 % de la mediana<sup>64</sup>. A su vez, esta renta o ingreso equivalente disponible –“*equivalised disposable income*”- sería el resultado de dividir los ingresos monetarios totales de un hogar -recibidos de cualquier fuente- que, después de impuestos y otras deducciones, están disponibles para el ahorro o el gasto, dividido entre el número de miembros del hogar<sup>65</sup> utilizando la escala modificada de la OCDE (unidades de consumo equivalentes); esto es, una escala que, como es bien sabido, computa como uno al primer adulto, como 0,5 al segundo y siguientes -siempre que sean mayores de catorce años- y como 0,3 a cada menor por debajo de esta última edad. Ese cociente es en definitiva el que se imputa a todos y cada uno de los miembros y si el mismo se sitúa para un ocupado por debajo del 60% de la mediana de los ingresos de las distintas unidades familiares, nos encontraríamos, por tanto, ante una persona en riesgo de pobreza.

Finalmente, la tasa de riesgo de pobreza en el trabajo se calcularía como el porcentaje de ocupados en riesgo de pobreza sobre el total de la población en dicha dimensión. Esta situación, además puede considerarse persistente cuando acontece no solo en el año en consideración sino también en dos de los tres años anteriores<sup>66</sup>.

63. En esta línea merece destacarse, por ejemplo, el interesante trabajo de S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 11 y ss. que proponía un nuevo indicador individual: el “poverty in earned income”. Igualmente de esta misma autora S. Ponthieux, *In-work ...*, cit., p. 29 y ss.. En España I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 42 proponen la necesidad de diferenciar, pero estudiándolos conjuntamente, a los trabajadores con salarios bajos y a los trabajadores pobres. Destacando igualmente de forma crítica la posible ocultación de situaciones desfavorables en el mercado de trabajo y proponiendo combinar el análisis individual con el del hogar M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 3 y 4. En cambio, justificando la necesidad de analizar esta cuestión desde la óptica de los hogares L.Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 2.

64. Los distintos efectos de la crisis sobre los diversos tipos de ingresos computables y sus efectos sobre este umbral han hecho que EUROSTAT incorpore un nuevo indicador que ancla en el tiempo –por ejemplo en 2008- dicho umbral. Ello permite eliminar tal efecto lo que provoca, por ejemplo, que las tasas se incrementen en países como España que se han visto más gravemente afectados por la crisis. Sobre el tema EUROSTAT “The measurement of poverty and social inclusion in the EU: achievements and further improvements”, Seminar “The way forward in poverty measurement” 2-4 December 2013, disponible en [https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/ece/ces/ge.15/2013/WP\\_25\\_Eurostat\\_D\\_En.pdf](https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/ece/ces/ge.15/2013/WP_25_Eurostat_D_En.pdf)

65. Lo que, como señalan I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 47 supone un reparto equitativo dentro del hogar necesario para fines operativos, más allá de que algunas investigaciones señalen que en la práctica esto no ocurre así.

66. Véase R. Gutiérrez Palacios, A. Tejero Pérez, “La dinámica en...”, cit., p. 12 a quienes se reenvía para un interesante estudio longitudinal de estas situaciones, en especial en relación con los escenarios de cronicidad de la misma.

c) El concepto de privación material grave y severa para el Eurostat y su posible análisis desde la actividad

En cualquier caso, es fácil percibir que el anterior indicador no lo es de pobreza absoluta, sino más bien de desigualdad. De ahí seguramente el interés que presenta la posibilidad de analizar desde esta misma óptica de la actividad/ocupación un segundo indicador igualmente europeo como es el de la carencia material grave adoptado por los 27 países de la UE en 2009; o incluso, yendo un paso más allá, el de carencia material severa, como variación del anterior en el marco del compromiso de la Estrategia Europa 2020 de reducir significativamente la pobreza<sup>67</sup>.

Simplificando podríamos señalar que este indicador mediría la proporción de la población que no pueden permitirse tres (carencia material) o cuatro (carencia material severa) conceptos de los nueve siguientes: 1) no tener retrasos en el pago del alquiler, hipoteca, recibos relacionados con la vivienda o compras a plazos; 2) mantener la vivienda con una temperatura adecuada durante los meses fríos; 3) hacer frente a gastos imprevistos; 4) una comida de carne, pollo o pescado cada dos días; 5) ir de vacaciones fuera de casa, al menos una semana al año; 6) un coche; 7) una lavadora; 8) una televisión a color; 9) un teléfono. Y aunque es evidente que no existe como tal un indicador específico como el anterior que identifique la tasa de ocupados en hogares con privación material grave o severa, lo cierto es que sí es posible extraer estas cifras ya sea a nivel europeo o ya sea nacional a través del análisis de la European Union Statistics on Income and Living Conditions del Eurostat<sup>68</sup>.

Al igual que en el anterior caso, esta privación material o severa es persistente cuando dicha incapacidad para obtener tales bienes se ha producido además del presente año en al menos dos de los tres anteriores<sup>69</sup>.

d) Hogares con muy baja intensidad laboral

Finalmente, para esta tercera dimensión de la pobreza y la exclusión social se analiza la intensidad laboral de los hogares calculada como la razón del número de meses que los miembros de un hogar en edad de trabajar –entre 18 a 59

67. Esta misma propuesta en I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p.103. Para un análisis desde esta doble perspectiva –tanto de riesgo de pobreza, como de carencia material severa- en nuestro mercado de trabajo, M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 63 y ss.

68. Que en este, como en tantos otros puntos, consideramos que aporta una información preconfigurada más valiosa que la del propio INE.

69. [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Material\\_deprivation](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Material_deprivation)

años<sup>70</sup>, pero con exclusión de los estudiantes entre 18 a 24 años dependientes-, han trabajado durante el año anterior entre el número de meses que durante este mismo periodo tales personas pudieron trabajar<sup>71</sup>. De este modo, los hogares presentarían una baja intensidad cuando dicha ratio fuese o sea inferior al 20%<sup>72</sup>.

### 2.3. Un intento y una propuesta de sistematización: las diversas opciones posibles para el investigador

Pues bien, llegados a este punto podríamos concluir señalado, en primer lugar, que seguimos careciendo de un concepto –y, consiguientemente, de una terminología– claro, uniforme, permanente y universal sobre qué ha de entenderse por trabajadores pobres, pobreza en el trabajo u ocupados en hogares con carencias materiales graves. Es cierto que la necesidad de acudir a las fuentes estadísticas hace inevitable partir de los presupuestos que delimitan los propios microdatos de las encuestas de los que son resultado. Pero, en definitiva, queda al investigador adoptar una delimitación concreta en función del concepto más o menos amplio que dé a las dos zonas que, eso sí, siempre deben interseccionar en estos casos: actividad/ocupación/empleo y pobreza<sup>73</sup>.

De este modo, el ámbito de la indagación puede ser más o menos intenso en función del grado de relación escogido para el individuo con la actividad. Desde esta perspectiva, centrada como decimos en la actividad, se podría optar –seguramente en función de la finalidad del estudio–:

- En primer lugar, por una definición muy amplia que abarcara –la visión más amplia– a todos los sujetos en edad de trabajar –lo que, por ejemplo, se ha denominado en algún trabajo reciente *Working age poverty*<sup>74</sup>– o, de forma más limitada, aunque nuevamente amplia a todos los activos (*Working poor*)

70. Aunque en algún trabajos se ha optado por ampliar esta edad hasta los 64 - I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 55- Eurostat parece considerar a este respecto solo a las personas entre 18 y 59 años - [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Persons\\_living\\_in\\_households\\_with\\_low\\_work\\_intensity](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Persons_living_in_households_with_low_work_intensity) -.

71. Véase en este sentido, de forma bastante más amplia: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Material\\_deprivation\\_and\\_low\\_work\\_intensity\\_statistics#Low\\_work\\_intensity](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Material_deprivation_and_low_work_intensity_statistics#Low_work_intensity)

72. Más información en L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty..”, cit., p. 6.

73. Un ejemplo de propuesta sumamente interesante en S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 12 y ss.

74. Véase M. Grzegorzewska, C. Thévenot “Working age poverty: what policies help people finding a job and getting out of poverty”, en EUROPEAN COMMISSION Employment and Social Developments in Europe 2013, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, p. 129 y ss. Desde otra perspectiva tampoco son infrecuentes los estudios sobre la pobreza entre la

- O, en segundo lugar, una delimitación más estricta, limitada a aquellos cuya situación laboral más frecuente –sin entrar aquí en sus características- fuera la ocupación (*In-work poverty*), distinguiendo nuevamente aquí en función de si se trata de autónomos –lo que podríamos denominar *In self-employee poverty*- o de asalariados –*In-employee poverty*-. O incluso otra opción que mezclara la participación en la fuerza de trabajo –simple actividad- la mayor parte del año con el desarrollo de algún periodo –aunque no fuera el mayoritario- de ocupación por cuenta propia o dependiente, la que permitiría incluir a colectivos precarios con contratos u ocupación de escasa entidad o duración<sup>75</sup>.

Ahora bien, si todas estas posibilidades se nos abren en relación con la actividad, no menos se nos ofrecen en el campo de la pobreza. Partiendo de que, por razones evidentes, parece razonable asumir un concepto objetivo y no subjetivo –o basado en la simple apreciación del individuo- de la misma, las posibilidades se bifurcan y multifican en función de si adoptamos dos tipos de variables:

- en primer lugar si adoptamos una perspectiva individual (de la persona en activo, ocupada o asalariada) en una óptica que gana adeptos<sup>76</sup> pero que en ocasiones se confunde con el concepto primigenio de bajos ingresos (*low earnings*); u otra colectiva, centrada en la situación de los hogares –cuyos miembros normalmente son computados en función de la escala corregida de la OCDE antes señalada-.
- Pero también, si bien normalmente desde esta última perspectiva –ya que al provenir los datos de encuestas de condiciones de vida es el hogar la unidad básica de referencia- es posible distinguir en función de si lo que se adopta es:
  - un criterio de pobreza monetaria relativa –centrada, como ya hemos señalado, normalmente en que la “renta disponible equivalente” de sus miembros alcance o no el 60% de la mediana (*at risk of poverty*)
  - o un criterio más cercano a la pobreza “absoluta” centrado en la carencia material grave o severa

El resultado, por tanto, de cómo definamos cada conjunto determinará la amplitud de la consiguiente zona de intersección y de estudio, sin que

población en edad de trabajar (“poverty among the working-age population”) - OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., p. 172-

75. La exclusión de estos sujetos del indicador IWP es, por ejemplo, una de las críticas fundadas que realiza S. Ponthieux “The working poor. Limits...”, cit., p. 12.

76. Véase lo ya señalado supra en la nota al pie 64.

existan condicionantes previos –más allá de la presencia simultánea de actividad y pobreza-, al depender, en último término, de qué y cómo se quiera investigar.

Y todo ello sin olvidar cómo en este caso, el estudio puede ser transversal, esto es, centrados en los datos de una mera anualidad, o longitudinal, analizando las trayectorias –allá donde es posible- de los miembros de unidades familiares en relación con la pobreza para detectar de este modo su carácter esporádico, recurrente o permanente.

En cualquier caso, y por razones de simple eficiencia y limitación de espacio, para este primer trabajo introductorio de la labor que durante tres años planea desarrollar el Proyecto DER2015-63701-C3-1-R adoptaremos una visión más estandarizada y transversal, centrada en los datos de EUROSTAT –para permitir así una cierta comparación entre los distintos estados miembros de la Unión-, relativos ya sea a la evolución y caracterización de los ocupados –distinguiendo entre trabajadores o no- en hogares con riesgo de pobreza monetaria relativa así como, de forma simultánea, y en la medida de lo posible- de aquellos ocupados en hogares con carencia material severa tal como han sido definidos en las páginas anteriores.

### **3. EVOLUCIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LOS OCUPADOS Y ASALARIADOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL O EN RIESGO DE POBREZA**

#### **3.1. Ocupados y asalariados en riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE)**

Pues bien, si desde esta perspectiva analizamos las personas en riesgo de pobreza o exclusión social (subsumidas, por tanto, dentro del AROPE) por su más frecuente actividad durante el año anterior es fácil percibir, en primer lugar, que el porcentaje más bajo de riesgo se da, obviamente, entre las personas ocupadas, mientras que el más alto corresponde –como sucede tanto en la UE 27 como en la Eurozona 19-, con las personas desempleadas. La ocupación, por tanto, sigue siendo la forma más efectiva para asegurarse frente al riesgo de pobreza<sup>77</sup>, si bien eso sucede de forma más intensa en unos países que en otros. Así, mientras en

77. Esta misma conclusión con datos de hasta el año 2005 en L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty..”, cit., p. 2. En esta misma dirección S. Ponthieux, *In-work poverty in the EU*, Eurostat 2010, p. 7. Igualmente en relación con las personas en edad de trabajar, OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., p. 167; Para un análisis más amplio de las característi-

Bélgica, Dinamarca o Finlandia el porcentaje de personas ocupadas y en riesgo de pobreza o exclusión social era menos de un tercio del mismo dato para la población general en 2014, en otros países –sobre todo, los de nueva incorporación– esta ratio se reducía dramáticamente destacando, por ejemplo Rumanía, en donde apenas alcanza el 1,2<sup>78</sup>.

Tabla 1: Personas de 18 a 64 años en riesgo de pobreza o exclusión social por su más frecuente actividad

| GEO          | Relación con actividad/Tiempo | 2008 | 2010 | 2012 | 2014 | 2015 |
|--------------|-------------------------------|------|------|------|------|------|
| UE 27        | Total población               | 23,0 | 23,5 | 25,2 | 25,2 | :    |
|              | Ocupados                      | 12,5 | 12,2 | 13,4 | 13,1 | :    |
|              | Asalariados                   | :    | 10,2 | 11,4 | 11,0 | :    |
|              | Ocupados excepto asalariados  | :    | 24,1 | 25,6 | 26,1 | :    |
|              | No ocupado                    | 44,1 | 44,9 | 47,5 | 48,4 | :    |
|              | Desempleado                   | 64,9 | 64,7 | 67,0 | 67,0 | :    |
|              | Jubilados                     | 32,1 | 27,4 | 27,2 | 25,0 | :    |
|              | Otros inactivos               | 42,1 | 43,3 | 45,9 | 46,2 | :    |
| Euro área 19 | Total población               | 21,4 | 22,2 | 24,2 | 25,0 | :    |
|              | Ocupados                      | 10,8 | 10,5 | 11,9 | 12,1 | :    |
|              | Asalariados                   | :    | 9,0  | 10,4 | 10,5 | :    |
|              | Ocupados excepto asalariados  | :    | 19,8 | 22,0 | 22,8 | :    |
|              | No ocupado                    | 42,2 | 43,9 | 46,8 | 48,1 | :    |
|              | Desempleado                   | 64,2 | 64,6 | 66,9 | 66,9 | :    |
|              | Jubilados                     | 26,7 | 22,9 | 23,7 | 22,8 | :    |
|              | Otros inactivos               | 39,6 | 41,4 | 44,0 | 44,3 | :    |
| España       | Total población               | 21,4 | 25,1 | 28,6 | 31,9 | 31,3 |
|              | Ocupados                      | 12,9 | 12,9 | 13,2 | 15,1 | 15,7 |
|              | Asalariados                   | :    | 10,7 | 11,2 | 12,7 | 13,2 |
|              | Ocupados excepto asalariados  | :    | 24,9 | 24,4 | 26,9 | 28,1 |
|              | No ocupado                    | 39,2 | 45,1 | 50,0 | 53,4 | 52,9 |
|              | Desempleado                   | 50,4 | 58,4 | 62,1 | 65,4 | 64,2 |
|              | Jubilados                     | 30,5 | 22,6 | 19,4 | 20,1 | 21,8 |
|              | Otros inactivos               | 36,5 | 38,6 | 42,6 | 43,8 | 43,9 |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_peps02]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 13.06.2016)

cas personales de las personas en riesgo de pobreza en España M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 68 y ss.

78. Un intento de posible explicación de esta distinta relación entre países en L. Bardone, A.C. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 5, si bien debe recordarse que el trabajo es del año 2005.

Ahora bien, lo que también se observa con claridad es que este menor riesgo no significa la inexistencia del mismo<sup>79</sup>. De hecho, el porcentaje de ocupados y de asalariados de entre 18 y 64 años en riesgo de pobreza o exclusión social es ciertamente significativo no solo en España -15,7 en 2015- sino también en la UE 27 y la Eurozona 19 -13,1 y 12,1 respectivamente en el año 2014, último en el que tenemos datos. Y además, lo cierto es que estos mismos datos se habrían incrementado en nuestro país de forma significativamente más intensa que en el resto de Europa<sup>80</sup>.

De hecho, mientras este porcentaje en el caso del conjunto de la población se habría incrementado en dicho periodo (2008-2014) 2,2 puntos en el caso de la UE 27 y de 3,6 en la Eurozona 19, en España, dicho incremento habría sido durante estos seis años de 10,5 puntos. Y del mismo modo, aunque eso sí, de manera menos acusada, en el caso de los ocupados este incremento habría sido igualmente más alto en nuestro país que en las otras dos áreas tomadas como comparación -de 2,2 puntos, frente a los incrementos de 0,6 y 1,3 de la UE 27 y la Eurozona 19 respectivamente-. En cualquier caso lo más llamativo es que para el 2015 -año en el que aún carecemos de datos para las áreas geográficas más amplias- la cierta estabilización en la dimensión de este problema que cabe apreciar para el conjunto de la población no se habría trasladado a ocupados y asalariados, en el que esta magnitud habría seguido creciendo significativamente.

### 3.2. Ocupados en riesgo de pobreza (IWP)

Sea como como fuere, una información mucho más desagregada puede obtenerse si analizamos el indicador específico elaborado por la Unión en este ámbito como es el de ocupados en hogares con riesgo de pobreza.

#### 3.2.1. Cuantificación y evolución temporal

Pues bien, lo primero que llama la atención al analizar los resultados ofrecidos por Eurostat es que España se habría situado siempre entre los países en los que la tasa de riesgo de pobreza en el trabajo, tal como ha sido definida anterior-

79. En palabras de la OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., p. 167 “ However, in-work poverty risk is significant almost everywhere. While employment reduces considerably the poverty risk, on average 7% of individuals living in households with at least one worker are poor in the OECD area”.

80. Una conclusión similar en A. Moreno Mínguez, “El impacto del desempleo en los hogares españoles: el reto de las políticas públicas ante la pobreza y la exclusión social”, en *Documentación Social*, 2013, n. 169, p. 98.

mente, se encuentra más alta<sup>81</sup>. Como puede apreciarse en la Tabla 2, los datos de nuestro país siempre se han situado por encima, tanto de la media de los países de la Unión, como de la zona euro. Y además, con una evolución preocupante en relación con el resto de sus socios. Y ello ya que si en 2006 era el sexto país con el indicador más alto de los que se poseían datos –y en aquel momento Eurostat no los disponía de algunos de los países que más tarde se demostraría sufren especialmente este problema–, posteriormente se ha situado siempre entre la tercera y la cuarta posición –con la salvedad del atípico 2013–, colocándose incluso por encima de países que habitualmente han tenido una tasa más alta como Luxemburgo, Italia o Polonia. Esto es, dentro de una tónica globalmente creciente<sup>82</sup>, España se situaría entre los estados en los que este indicador más habría aumentado.

Tabla 2: Tasa de ocupados en riesgo de pobreza (18 a 64 años)

| GEO/TIME              | 2006        | 2007        | 2008        | 2009        | 2010        | 2011        | 2012        | 2013        | 2014        | 2015        |
|-----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Unión Europea 27      | 8           | 8,3         | 8,5         | 8,4         | 8,3         | 8,9         | 9           | 9           | 9,6         | :           |
| Euro área (19 países) | 7,3         | 7,9         | 8,1         | 8,2         | 8           | 8,5         | 8,6         | 8,7         | 9,4         | :           |
| Bélgica               | 4           | 4,3         | 4,7         | 4,5         | 4,4         | 4,1         | 4,5         | 4,4         | 4,8         | :           |
| Bulgaria              | 5,5         | 5,9         | 7,6         | 7,5         | 7,7         | 8,2         | 7,4         | 7,2         | 9,3         | 7,8         |
| República Checa       | 3,5         | 3,3         | 3,6         | 3,2         | 3,7         | 4,1         | 4,6         | 4,1         | 3,6         | :           |
| Dinamarca             | 4,5         | 4,2         | 5           | 5,9         | 6,3         | 6,3         | 5,3         | 5,4         | 4,8         | 5,1         |
| Alemania              | 5,5         | 7,4         | 7,1         | 6,8         | 7,1         | 7,7         | 7,7         | 8,6         | 9,9         | :           |
| Estonia               | 7,8         | 7,9         | 7,4         | 8,3         | 6,7         | 8,2         | 8,5         | 7,7         | 11,8        | :           |
| Irlanda               | 6,2         | 5,5         | 6,3         | 4,9         | 5,5         | 5,3         | 5,4         | 4,5         | 5,5         | :           |
| Grecia                | 13,7        | 14,1        | 14,2        | 13,7        | 13,9        | 11,9        | 15,1        | 13          | 13,2        | :           |
| <b>España</b>         | <b>10,1</b> | <b>10,2</b> | <b>11,3</b> | <b>11,7</b> | <b>10,8</b> | <b>10,9</b> | <b>10,8</b> | <b>10,6</b> | <b>12,6</b> | <b>13,2</b> |
| Francia               | 6           | 6,4         | 6,5         | 6,6         | 6,5         | 7,6         | 8           | 7,8         | 8           | :           |
| Croacia               | :           | :           | :           | :           | 6,2         | 6,5         | 6,1         | 6,2         | 5,7         | :           |
| Italia                | 9           | 9,4         | 9,1         | 10,2        | 9,7         | 11,1        | 11,1        | 11,2        | 11,1        | :           |
| Chipre                | 7,2         | 6,3         | 6,3         | 6,8         | 7,4         | 7,3         | 8           | 9           | 7,8         | :           |
| Letonia               | 11,2        | 9,5         | 10,7        | 11,2        | 9,7         | 9,6         | 8,9         | 9,1         | 8,3         | 9,4         |
| Lituania              | 10,1        | 8,1         | 9,5         | 10,5        | 12,7        | 9,6         | 7,7         | 9,2         | 8,4         | :           |
| Luxemburgo            | 10,3        | 9,3         | 9,4         | 10,1        | 10,6        | 9,8         | 10,3        | 11,2        | 11,1        | :           |
| Hungría               | 6,9         | 5,8         | 5,8         | 6,2         | 5,4         | 6,2         | 5,7         | 7           | 6,7         | 9,3         |
| Malta                 | 4,1         | 4,6         | 5,1         | 5,4         | 5,8         | 6,1         | 5,2         | 5,9         | 5,7         | :           |

81. Y todo ello sin olvidar que, como recuerdan R. Gutiérrez Palacios, A. Tejero Pérez, “La dinámica...”, cit., p. 20, el doble de las personas que reflejan las tasas estáticas pasan en algún momento por la pobreza laboral en un periodo de cuatro años.

82. Un análisis de las tendencias anteriores –esto es, entre 1995 a 2006– en I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 103, quienes destacan la ausencia de una tendencia común.

| GEO/TIME    | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|-------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Holanda     | 4,4  | 4,5  | 4,7  | 5    | 5,1  | 5,4  | 4,6  | 4,5  | 5,3  | :    |
| Austria     | 6,3  | 6,1  | 8,5  | 8,2  | 7,5  | 7,6  | 8,2  | 7,9  | 7,2  | 7,8  |
| Polonia     | 12,8 | 11,7 | 11,5 | 11   | 11,5 | 11,2 | 10,4 | 10,8 | 10,7 | :    |
| Portugal    | 10,4 | 9,3  | 11,3 | 10,3 | 9,6  | 10,2 | 9,9  | 10,4 | 10,7 | :    |
| Rumanía     | :    | 17,3 | 16,8 | 17,3 | 17   | 18,6 | 18,9 | 17,7 | 19,5 | :    |
| Eslovenia   | 4,8  | 4,7  | 5,1  | 4,8  | 5,3  | 6    | 6,5  | 7,1  | 6,4  | :    |
| Eslovaquia  | 6,3  | 4,9  | 5,8  | 5,2  | 5,7  | 6,3  | 6,2  | 5,8  | 5,7  | :    |
| Finlandia   | 4,4  | 5    | 5,1  | 3,7  | 3,7  | 3,9  | 3,8  | 3,8  | 3,7  | 3,5  |
| Suecia      | 7,4  | 6,5  | 6,8  | 7    | 6,6  | 6,9  | 6,7  | 7,1  | 7,8  | :    |
| Reino Unido | 7,7  | 7,9  | 8    | 6,3  | 6,7  | 7,8  | 8,7  | 8,2  | 8,7  | :    |
| Islandia    | 6,6  | 7,2  | 6,9  | 7,8  | 6,8  | 6,7  | 5,4  | 6,2  | 4,7  | :    |
| Noruega     | 6,1  | 5,9  | 5,4  | 5,6  | 5,2  | 5,5  | 5,1  | 5,8  | 5,2  | :    |
| Suiza       | :    | 7,7  | 9,2  | 8,1  | 7,5  | 7,6  | 8,5  | 7,6  | 6,2  | :    |
| Serbia      | :    | :    | :    | :    | :    | :    | :    | 14,6 | 14,9 | :    |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw01]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016,

En cualquier caso, estos datos son coherentes con los principales estudios que han analizado el impacto que los elementos institucionales, en especial los relativos al mercado de trabajo, al sistema de protección social –sobre todo los aspectos relativos a las políticas familiares- y a los mecanismos redistributivos propios del Estado de bienestar, tiene sobre este indicador<sup>83</sup> y a las posibles clasificaciones que de los mismos pudiera derivarse utilizando normalmente la bien conocida clasificación de Esping-Andersen<sup>84</sup>. Y ello ya que, dejando a un lado el caso sumamente singular de Luxemburgo<sup>85</sup>, resulta evidente que los países con unas ratios más bajas suelen ser los de los países nórdicos con sistemas de bienestar “socialdemócratas” –aunque entre ellos Suecia suele presentar las tasas más altas-, del mismo modo que los países “conservadores corporativos” –Austria, Francia y Alemania (aunque con un notable crecimiento en este último caso)-suelen tener igualmente unas tasas relativamente bajas frente a, sobre todo, los países mediterráneos y algunos –que no todos- los países del este<sup>86</sup>.

83. Por mencionar tan solo un estudio sobre este impacto, véase D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 3 y ss.

84. Por mencionar solo un ejemplo véase E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 12.

85. Sobre la singularidad de los datos de este país, que hace que en ocasiones se excluyan de los propios estudios, D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 18.

86. Sobre esta relación entre las tasas de riesgo de pobreza en el trabajo y la clasificación de Esping-Andersen véase D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 18 y ss.

No obstante, llama la atención cómo en relación con la privación material severa tanto de los ocupados como de los asalariados, España se ha situado bastante cerca de la media de los países de la UE 15 y, por tanto, bastante alejado de las ratios mucho más altas de los países de nuevo ingreso que, obviamente, condicionan la general de la UE 27. Este hecho puede resultar sorprendente sobre todo si lo relacionamos con los datos incorporados en la anterior Tabla 2, pero quizás responda a las redes y amortiguadores sociales propios de nuestro modelo social. En cualquier caso, lo que sí se aprecia es un notable incremento desde los datos de 2007 a los momentos más intensos de las dos crisis anteriores; esto es, 2009-2010 y 2014. Y ello tanto en cuanto a ocupados como en relación con los asalariados.

Tabla 3: Tasa de ocupados y asalariados en privación material severa 18 a 64 años (2006-2015)

| GEO                   | Rel. actividad | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|-----------------------|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| UE 27                 | Ocupados       | 6,5  | 6,0  | 5,7  | 5,5  | 5,5  | 5,7  | 6,4  | 6,1  | 5,4  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 5,2  | 5,2  | 5,4  | 5,9  | 5,8  | 5,1  | :    |
| UE 15                 | Ocupados       | 3,0  | 3,0  | 3,3  | 3,2  | 3,1  | 3,6  | 4,3  | 4,2  | 3,9  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,1  | 3,1  | 3,5  | 4,2  | 4,1  | 3,8  | :    |
| Nuevos 12 países      | Ocupados       | 20,3 | 17,6 | 14,7 | 14,7 | 14,8 | 14,3 | 14,6 | 13,8 | 11,1 | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 13,7 | 13,9 | 13,2 | 13,4 | 13,0 | 10,2 | :    |
| Euro área (19 países) | Ocupados       | 3,8  | 3,6  | 3,8  | 3,8  | 3,6  | 4,1  | 4,7  | 4,5  | 4,3  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,8  | 3,7  | 4,1  | 4,5  | 4,4  | 4,2  | :    |
| Bélgica               | Ocupados       | 2,2  | 2,0  | 2,4  | 2,4  | 2,4  | 2,4  | 2,6  | 2,1  | 2,4  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 2,4  | 2,4  | 2,5  | 2,7  | 2,2  | 2,4  | :    |
| Bulgaria              | Ocupados       | 45,7 | 44,2 | 25,8 | 28,9 | 33,9 | 31,8 | 31,4 | 30,1 | 20,0 | 21,9 |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 29,4 | 34,9 | 32,9 | 32,5 | 31,5 | 20,6 | 22,8 |
| R. Checa              | Ocupados       | 5,6  | 4,0  | 4,2  | 3,9  | 3,7  | 3,7  | 4,0  | 4,2  | 3,5  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 4,5  | 4,0  | 4,1  | 4,3  | 4,5  | 3,8  | :    |
| Dinamarca             | Ocupados       | 1,0  | 1,0  | 0,7  | 0,8  | 1,1  | 1,3  | 1,6  | 1,7  | 1,5  | 2,0  |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 0,9  | 1,1  | 1,4  | 1,4  | 1,8  | 1,6  | 2,0  |
| Alemania              | Ocupados       | 2,8  | 3,4  | 3,2  | 2,8  | 2,6  | 2,9  | 2,5  | 3,0  | 2,7  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 2,8  | 2,6  | 3,0  | 2,5  | 3,0  | 2,7  | :    |
| Estonia               | Ocupados       | 4,0  | 2,9  | 2,5  | 3,7  | 5,1  | 5,3  | 6,0  | 4,6  | 3,9  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,9  | 5,2  | 5,5  | 6,3  | 4,8  | 4,1  | :    |
| Irlanda               | Ocupados       | 1,8  | 1,4  | 2,4  | 1,7  | 1,4  | 3,5  | 4,9  | 5,0  | 3,9  | :    |
|                       | Asalariados    | :    | :    | :    | 1,9  | 1,4  | 3,8  | 5,2  | 5,2  | 4,2  | :    |

| GEO        | Rel. actividad | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|------------|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Grecia     | Ocupados       | 8,4  | 7,9  | 7,7  | 8,2  | 8,7  | 10,4 | 14,6 | 13,4 | 14,6 | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 8,1  | 7,3  | 10,2 | 14,1 | 12,6 | 13,0 | :    |
| España     | Ocupados       | 2,9  | 2,1  | 2,6  | 3,2  | 3,1  | 2,5  | 3,3  | 3,5  | 4,0  | 3,8  |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,3  | 3,4  | 2,7  | 3,3  | 3,7  | 4,3  | 4,1  |
| Francia    | Ocupados       | 3,4  | 3,1  | 3,8  | 3,8  | 3,7  | 3,2  | 3,4  | 3,2  | 3,0  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,8  | 3,6  | 3,2  | 3,4  | 3,3  | 2,9  | :    |
| Croacia    | Ocupados       | :    | :    | :    | :    | 10,0 | 9,9  | 9,9  | 8,3  | 7,6  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | :    | 9,9  | 9,8  | 10,0 | 8,1  | 7,6  | :    |
| Italia     | Ocupados       | 3,9  | 4,5  | 4,8  | 5,0  | 4,6  | 7,6  | 10,1 | 8,7  | 7,8  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 5,3  | 5,0  | 7,8  | 10,5 | 8,7  | 8,1  | :    |
| Chipre     | Ocupados       | 11,1 | 11,0 | 7,4  | 7,8  | 9,4  | 9,8  | 12,8 | 13,1 | 12,7 | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 7,5  | 9,2  | 9,6  | 11,8 | 12,0 | 11,9 | :    |
| Letonia    | Ocupados       | 23,6 | 16,2 | 12,2 | 15,6 | 18,7 | 22,3 | 17,5 | 16,4 | 12,5 | 10,1 |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 15,7 | 19,1 | 22,7 | 17,9 | 16,7 | 12,7 | 10,3 |
| Lituania   | Ocupados       | 19,0 | 10,8 | 6,7  | 10,0 | 12,5 | 11,3 | 11,5 | 9,4  | 7,3  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 10,0 | 12,7 | 11,4 | 11,9 | 9,6  | 7,5  | :    |
| Luxemburgo | Ocupados       | 0,9  | 0,6  | 0,5  | 0,8  | 0,4  | 1,0  | 1,0  | 1,2  | 0,9  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 0,9  | 0,4  | 1,0  | 1,1  | 1,3  | 0,9  | :    |
| Hungria    | Ocupados       | 14,2 | 14,1 | 12,9 | 15,5 | 15,5 | 16,5 | 18,3 | 21,0 | 17,0 | 13,5 |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 16,9 | 17,0 | 17,9 | 19,9 | 22,6 | 18,2 | 14,4 |
| Malta      | Ocupados       | 2,3  | 2,0  | 2,2  | 2,5  | 4,0  | 5,3  | 5,8  | 6,4  | 5,6  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 2,4  | 4,0  | 5,2  | 5,9  | 6,5  | 5,7  | :    |
| Holanda    | Ocupados       | 0,9  | 0,6  | 0,6  | 0,9  | 1,0  | 1,3  | 1,2  | 1,3  | 1,3  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 0,9  | 1,0  | 1,3  | 1,3  | 1,4  | 1,3  | :    |
| Austria    | Ocupados       | 2,8  | 1,9  | 3,6  | 3,0  | 2,6  | 2,1  | 1,9  | 2,2  | 2,4  | 2,3  |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 3,2  | 2,7  | 2,3  | 2,1  | 2,3  | 2,6  | 2,4  |
| Polonia    | Ocupados       | 19,7 | 15,4 | 12,3 | 9,9  | 9,2  | 8,6  | 8,9  | 8,0  | 6,6  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 10,5 | 9,7  | 9,1  | 9,2  | 8,4  | 6,8  | :    |
| Portugal   | Ocupados       | 5,6  | 6,6  | 7,1  | 5,9  | 5,4  | 5,2  | 5,4  | 7,0  | 6,4  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 6,0  | 5,5  | 5,2  | 5,6  | 7,1  | 6,5  | :    |
| Rumanía    | Ocupados       | :    | 28,4 | 27,0 | 27,4 | 26,2 | 25,6 | 26,2 | 23,4 | 19,7 | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 20,9 | 19,9 | 18,4 | 18,8 | 17,6 | 14,1 | :    |
| Eslovenia  | Ocupados       | 3,5  | 3,2  | 4,8  | 4,3  | 4,3  | 4,3  | 4,8  | 4,5  | 4,4  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 4,5  | 4,4  | 4,4  | 4,9  | 4,6  | 4,6  | :    |
| Eslovaquia | Ocupados       | 14,0 | 8,6  | 7,9  | 7,3  | 6,5  | 6,1  | 5,8  | 5,8  | 4,9  | :    |
|            | Asalariados    | :    | :    | :    | 7,4  | 6,9  | 6,3  | 6,1  | 5,9  | 5,4  | :    |

| GEO         | Rel. actividad | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|-------------|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Finlandia   | Ocupados       | 1,4  | 1,4  | 1,6  | 1,0  | 1,1  | 1,1  | 1,2  | 0,9  | 1,0  | 0,8  |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | 1,1  | 1,1  | 1,2  | 1,2  | 1,0  | 1,0  | 0,8  |
| Suecia      | Ocupados       | 0,9  | 1,0  | 0,8  | 0,9  | 0,8  | 0,5  | 0,6  | 0,5  | 0,3  | :    |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | 0,9  | 0,8  | 0,5  | 0,6  | 0,5  | 0,3  | :    |
| Reino Unido | Ocupados       | 2,1  | 1,9  | 2,3  | 1,3  | 2,2  | 2,8  | 4,3  | 4,5  | 3,7  | :    |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | 1,4  | 2,3  | 2,8  | 4,5  | 4,6  | 3,7  | :    |
| Islandia    | Ocupados       | 1,4  | 1,5  | 0,6  | 0,7  | 0,9  | 1,8  | 1,1  | 1,0  | 0,7  | :    |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | 0,8  | 1,0  | 1,9  | 1,2  | 1,0  | 0,7  | :    |
| Noruega     | Ocupados       | 1,7  | 1,3  | 1,2  | 1,1  | 1,1  | 1,1  | 0,7  | 1,0  | 0,7  | :    |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | 1,1  | 1,1  | 1,1  | 0,7  | 1,0  | 0,7  | :    |
| Serbia      | Ocupados       | :    | :    | :    | :    | :    | :    | :    | 18,7 | 17,4 | :    |
|             | Asalariados    | :    | :    | :    | :    | :    | :    | :    | 17,9 | 17,1 | :    |

Fuente: Eurostat [ile\_mddd12]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 13.06.2016,

### 3.2.2. Algunos elementos que inciden en el riesgo de pobreza de los ocupados y asalariados

En cualquier caso, y centrándonos ya en un rápido análisis de los hipotéticos factores que podrían favorecerían la inclusión de un ocupado en este ámbito<sup>87</sup>, resulta evidente que, junto a los ya mencionados aspectos institucionales, la propia composición del indicador obliga a analizar factores tanto personales y laborales como, sobre todo, de tipo de hogar, ya que todos ellos condicionan los ingresos –normalmente ocupacionales, dejando a un lado los derivados de otras posibles transferencias ligadas al marco institucional, fiscal o de protección social propio de cada país- y el número de miembros del hogar, determinantes, en definitiva del ingreso equivalente disponible que define las fronteras de este grupo.

Pues bien, y como decimos, el primer dato significativo es que también en España la tasa de ocupados pobres es bastante más alta en el caso de los autónomos que en el de los asalariados –casi el triple<sup>88</sup>- lo que coincide, por lo demás,

87. Dejamos a un lado, por tanto, los factores que han podido causar o justificar esta misma situación en otros países emergentes que seguramente son diferentes a los de los países desarrollados.

88. Se mantiene, por tanto, la orientación que ya en su momento señalaron I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 48.

con lo que acontece tanto en la UE como el zona euro<sup>89</sup>. Las razones son ciertamente difíciles de explicar, no siendo infrecuente encontrar una cierta suspicacia frente estos datos por parte de múltiples investigadores especialmente en relación con la determinación de las rentas<sup>90</sup>. En cualquier caso, lo que desde luego no puede negarse es la existencia de una amplia capa de autónomos y emprendedores en hogares pobres que seguramente requiere una cierta atención por parte de las políticas públicas.

Tabla 4: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por relación con la actividad en UE 27, Euro área 19 y España para personas entre 18 y 64 años

| Área geográfica  | Relación con actividad | 2007 | 2010 | 2012 | 2014 | 2015 |
|------------------|------------------------|------|------|------|------|------|
| Unión Europea 27 | Ocupados               | 8,3  | 8,3  | 9,0  | 9,6  | :    |
|                  | Asalariados            | :    | 6,2  | 6,9  | 7,4  | :    |
|                  | Autónomos y otros      | :    | 21,0 | 22,0 | 23,2 | :    |
| Euro área 19     | Ocupados               | 7,9  | 8,0  | 8,6  | 9,4  | :    |
|                  | Asalariados            | :    | 6,5  | 7,1  | 7,8  | :    |
|                  | Autónomos y otros      | :    | 18,1 | 19,1 | 20,4 | :    |
| España           | Ocupados               | 10,2 | 10,8 | 10,8 | 12,6 | 13,2 |
|                  | Asalariados            | :    | 8,4  | 8,7  | 9,9  | 10,5 |
|                  | Autónomos y otros      | :    | 24,3 | 22,4 | 26,0 | 26,8 |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw01] .Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 13.06.2016.

Entrando ya en los factores personales, resulta llamativo comprobar la paulatina importancia que el factor edad ha ido cobrando a lo largo de estos últimos años. Mientras en el año 2008 los jóvenes ocupados españoles de menos de 24

89. D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5: “Self-employment is a further employment situation that is positively related to the risk of being in-work poor”. Una referencia doctrinal más amplia en E. Crettaz, “A state...”, cit., p.355 y ss., quien no obstante llama la atención sobre el hecho de que la mención a este grupo es frecuente en la literatura europea, pero no tanto en la estadounidense. Finalmente sobre los supuestos excepcionales en los que se rompe esta regla S. PONTHEUX, *In-work poverty...*, cit., p. 9.

90. Así, por mencionar algunos ejemplos en el ámbito comparado véanse L.Bardone, A.C. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 2 y 3; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 101 y n.1; S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 9-10. Entre nuestros autores M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 75-76; I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 48 que incluso desechan el estudio de este colectivo centrándose en la submuestra de asalariados. Unas dudas similares en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 359, quien por ejemplo propone utilizar para este colectivo otros indicadores señalados en este trabajo como el privación material.

años tenían una tasa de riesgo de pobreza solo superior en 1,5 puntos a la del total de entre 18 y 64 –en línea, por lo demás, o incluso con una diferencia menor entre los datos de ambas cohortes que en el caso de la UE 27 (2,4) y en la zona Euro (2,2)-, seis años después este diferencial era de 8,7 puntos en España mientras que este mismo diferencial solo era de 3,1 y 3,5 respectivamente en la UE 27 y en la Eurozona. Luego podemos concluir que la tradicional –pero, parece, limitada al menos a nivel europeo<sup>91</sup>- trascendencia de la edad del ocupado –en especial, su juventud<sup>92</sup>- para su probabilidad de encontrarse en la pobreza se ha intensificado muy intensamente en España<sup>93</sup>, lo que no deja de ser sintomático sobre el tipo de empleo y la calidad del mismo para este sector especialmente castigado del tejido productivo español. Baste en este sentido destacar como en el año 2015 la tasa de riesgo de pobreza en el trabajo era para esta cohorte del 24,7, llegando incluso al 21 entre los asalariados. Y todo ello a pesar del retraso de su emancipación extendido como estrategia residencial ante la crisis<sup>94</sup>.

Tabla 5: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por edad y relación con la actividad en UE 27, Euro área 19 y España (2008, 2010 y 2014)

|       | Edad/Act. | 2008    | 2010    |         |                 | 2014   |         |                 | 2015   |         |                 |
|-------|-----------|---------|---------|---------|-----------------|--------|---------|-----------------|--------|---------|-----------------|
|       |           | Ocupad. | Ocupad. | Asalar. | Autón/<br>otros | Ocupad | Asalar. | Autón/<br>otros | Ocupad | Asalar. | Autón/<br>otros |
| UE 27 | 18 a 24   | 10,9    | 10,9    | 9,6     | :               | 12,7   | 11,4    | :               |        |         |                 |
|       | 18 a 64   | 8,5     | 8,3     | 6,2     | 21,0            | 9,6    | 7,4     | 23,2            |        |         |                 |
|       | 25 a 54   | 8,4     | 8,3     | 6,2     | 21,5            | 9,6    | 7,3     | 24,0            |        |         |                 |
|       | 55 a 64   | 7,5     | 7,1     | 4,5     | 17,4            | 8,4    | 6,1     | 19,0            |        |         |                 |

91. En cualquier caso, también en Estados Unidos los trabajadores jóvenes parecen ser los que más posibilidades tienen de caer entre los working poor. Véase U.S. Bureau Of Labor Statistics, “A profile...”, cit., p. 3.

92. D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5. De forma más matizada L.Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 3 señalaban esta posible incidencia en función del país, destacando cómo este mayor porcentaje podría afectar tanto a jóvenes como a las personas de mayor edad. Por su parte M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 5 se limita en este punto a resumir los estudios anteriores señalando que este riesgo “se reduce a medida que aumenta la edad”.

93. Una opinión distinta en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 358 quien señala como “In most cases, young workers are more likely to be working poor; however, in Spain, Portugal, Italy, Luxembourg, Austria, Ireland and Switzerland, middle-aged workers have a higher poverty risk”

94. Sobre el tema, ampliamente, M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 72 y ss.

|              | Edad/Act. | 2008    | 2010    |         |                 | 2014    |         |                 | 2015    |         |                 |
|--------------|-----------|---------|---------|---------|-----------------|---------|---------|-----------------|---------|---------|-----------------|
|              |           | Ocupad. | Ocupad. | Asalar. | Autón/<br>otros | Ocupad. | Asalar. | Autón/<br>otros | Ocupad. | Asalar. | Autón/<br>otros |
| Euro área 19 | 18 a 24   | 10,3    | 10,9    | 10,6    | :               | 12,9    | 12,5    | :               |         |         |                 |
|              | 18 a 64   | 8,1     | 8,0     | 6,5     | 18,1            | 9,4     | 7,8     | 20,4            |         |         |                 |
|              | 25 a 54   | 8,1     | 7,9     | 6,4     | 18,5            | 9,4     | 7,7     | 21,1            |         |         |                 |
|              | 55 a 64   | 7,1     | 6,9     | 4,7     | 16,4            | 8,0     | 6,0     | 17,7            |         |         |                 |
| España       | 18 a 24   | 12,8    | 14,9    | 14,0    | 39,4            | 21,3    | 20,2    | 35,9            | 24,7    | 21,0    | 56,1            |
|              | 18 a 64   | 11,3    | 10,8    | 8,4     | 24,3            | 12,6    | 9,9     | 26,0            | 13,2    | 10,5    | 26,8            |
|              | 25 a 54   | 11,5    | 10,9    | 8,3     | 25,7            | 13,0    | 10,3    | 27,9            | 13,6    | 11,1    | 27,2            |
|              | 55 a 64   | 8,7     | 8,4     | 5,1     | 17,9            | 8,5     | 4,6     | 19,1            | 8,8     | 4,3     | 22,7            |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw01] .Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 13.06.2016.

Un segundo factor personal sería, evidentemente, el género, cuyos resultados son ciertamente llamativos. Y ello ya que si en principio, y en relación con el total de ocupados las mujeres parecerían tener una menor tasa de riesgo de pobreza en el trabajo que los hombres –al igual que ocurre, por cierto, en la UE 27 y la zona Euro 19<sup>95</sup>–, los resultados varían si desagregamos este total en función de la relación con la actividad. En este caso, y si nos centramos en los asalariados, las mujeres presentan una tasa superior de IWP a la de los hombres<sup>96</sup> –lo que es coherente, por lo demás, con su menor salario medio o brecha salarial<sup>97</sup>–, siendo esta diferenciación más intensa en el caso de España –con un diferencial de 1,9 puntos en el año 2014– que en la UE 27 y la zona Euro 19 (0,4 y 1 respectivamente). Es más, lo que sí se aprecia es que esta incremento del impacto sobre las mujeres, que ya existía ciertamente en el año 2010, se ha incrementado significativamente en estos últimos cuatro años –aunque ciertamente se ha reducido algo en 2015–, en línea, por lo demás, con lo que ha sucedido –aunque con una menor intensidad– en la zona Euro. Y ello, obviamente, también debiera ser relevante a la hora de definir los objetivos de posibles medidas públicas de lucha contra esta lacra.

95. Un intento de explicación en L.Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 3-4. Para S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 27 se trataría de una paradoja de género como consecuencia de la estructura de los hogares.

96. Esta mayor probabilidad de las mujeres de encontrarse entre los trabajadores pobres acontece también en Estados Unidos, si bien debe recordarse las diferencias metodológicas entre las estadísticas europeas y norteamericanas antes reseñadas. En este sentido véase U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile of the working poor, 2013”, BLS Reports, 2015, p. 2.

97. Y ello ya que como señala D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5 “it is widely agreed that low-wages tend to dominate among younger and female employees”.

Tabla 6, Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por sexo y relación con la actividad en UE 27, Euro área 19 y España (2008, 2010 y 2014, personas entre 18 y 64 años)

|              |            | 2008    | 2010    |         |                | 2014  |         |                | 2015  |         |                 |
|--------------|------------|---------|---------|---------|----------------|-------|---------|----------------|-------|---------|-----------------|
|              |            | Ocupad. | Ocupad. | Asalar. | Autó/<br>otros | Ocup. | Asalar. | Autó/<br>otros | Ocup. | Asalar. | Autón/<br>otros |
| EU 27        | Total      | 8,5     | 8,3     | 6,2     | 21,0           | 9,6   | 7,4     | 23,2           |       |         |                 |
|              | Hombres    | 9,0     | 8,8     | 6,2     | 21,5           | 10,0  | 7,2     | 24,0           |       |         |                 |
|              | Mujeres    | 7,9     | 7,7     | 6,3     | 20,1           | 9,1   | 7,6     | 21,6           |       |         |                 |
|              | Diferencia | -1,1    | -1,1    | 0,1     | -1,4           | -0,9  | 0,4     | -2,4           |       |         |                 |
| Euro area 19 | Total      | 8,1     | 8,0     | 6,5     | 18,1           | 9,4   | 7,8     | 20,4           |       |         |                 |
|              | Hombres    | 8,6     | 8,4     | 6,4     | 19,0           | 9,5   | 7,3     | 21,5           |       |         |                 |
|              | Mujeres    | 7,5     | 7,5     | 6,6     | 16,3           | 9,3   | 8,3     | 18,2           |       |         |                 |
|              | Diferencia | -1,1    | -0,9    | 0,2     | -2,7           | -0,2  | 1,0     | -3,3           |       |         |                 |
| España       | Total      | 11,3    | 10,8    | 8,4     | 24,3           | 12,6  | 9,9     | 26,0           | 13,2  | 10,5    | 26,8            |
|              | Hombres    | 12,1    | 11,5    | 8,0     | 26,8           | 12,9  | 9,0     | 28,4           | 14,1  | 10,1    | 29,5            |
|              | Mujeres    | 10,2    | 10,0    | 8,8     | 18,9           | 12,2  | 10,9    | 21,0           | 12,2  | 10,9    | 21,5            |
|              | Diferencia | -1,9    | -1,5    | 0,8     | -7,9           | -0,7  | 1,9     | -7,4           | -1,9  | 0,8     | -8,0            |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ile\_iw01] .Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

El tercer rasgo que tradicionalmente suele destacarse –junto con otros como la incardinación en ciertas actividades<sup>98</sup>, ocupaciones<sup>99</sup>, o incluso en áreas geográficas<sup>100</sup>- es, obviamente, el nivel educativo alcanzado<sup>101</sup>. Esta cualificación condi-

98. Para un detalle de las mismas y de su evolución entre 2009 y 2013, M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 78-79, quien destaca su mayor presencia en agricultura y pesca, construcción, hostelería y servicios personales y limpieza. Obviamente esta misma concentración en determinadas actividades y sectores puede apreciarse en Estados Unidos–véase U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile...”, cit., p. 3-.

99. En relación con nuestro país, I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 51 destaca que esta variable influye más en los salarios bajos que en los hogares pobres por razones obvias, aunque detecta igualmente como la pobreza de los hogares suele ser más alta en los trabajo manuales, cualificados de agricultura y no cualificados y en los sectores de agricultura, ganadería y pesca, hostelería y limpieza (p. 53).

100 De hecho, y como recuerda E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 358, algunos estudios mencionan como factor de riesgo el vivir en zonas rurales o no metropolitanas.

101 Nuevamente, por todos, L.Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty,,,”, cit., p. 3; P. Wolff “17 % of EU citizens were at-risk-of-poverty in 2008”, *Population and social conditions*, Eurostat 9/2010, p. 4. E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 10 y 16 y E. Crettaz, “A state...”, cit., p.355, a quienes se remite para una más amplia referencia bibliográfica. No obstante,

ciona ampliamente el nivel salarial que, a su vez, constituye uno de los factores principales que facilita la inclusión entre este colectivo. Pues bien, el análisis de los datos de Eurostat demuestra que nuestro país parecen orientarse en la misma dirección que los de la UE 27 y la Eurozona si bien con ciertas matizaciones. Así, es cierto que al igual que ocurre en ambas zonas europeas, el porcentaje de ocupados con riesgo de caer en la pobreza –en este caso la base de datos de Eurostat no desagrega los datos por relación con la actividad- es ciertamente más alto mientras más bajo es el nivel educativo conforme a la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación 2011 (CINE-2011). Y, sin embargo, quizás no esté de más señalar cómo mientras en la UE 27 y en la zona Euro estos porcentajes suelen guardar una relación del duplo –si comparamos estos indicadores entre los niveles 0-2 y 3-4-, o del cuádruplo o quíntuplo –si comparamos los datos entre los niveles 0-2 y 5-8- durante los tres años que se toman en consideración, en España dichas ratios se reducen significativamente –al 1,5 en el primer caso y entre 3 a 4 en la segunda comparación-, lo que sería coherente con un modelo en el que tener estudios superiores no es ya, desde luego, una garantía de quedar excluido de este indicador.

Tabla 7: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por nivel educativo alcanzado

| Área         | Nivel educativo alcanzado   | 2008 | 2010 | 2014 | 2015 |
|--------------|---|------|------|------|------|
| UE 27        | Nivel 0-2: preescolar, primaria y 1ª etapa de educación secundaria.       | 16,6 | 16,0 | 18,7 |      |
|              | Nivel 3-4: 2ª etapa de educación secundaria y postsecundaria no superior. | 8,0  | 8,0  | 9,7  |      |
|              | Nivel 5-8: 1º y 2º ciclo de educación superior y doctorado                | 3,5  | 3,4  | 4,4  |      |
| Euro área 19 | Nivel 0-2: preescolar, primaria y 1ª etapa de educación secundaria.       | 14,5 | 14,3 | 18,0 |      |
|              | Nivel 3-4: 2ª etapa de educación secundaria y postsecundaria no superior. | 7,2  | 7,4  | 9,1  |      |
|              | Nivel 5-8: 1º y 2º ciclo de educación superior y doctorado                | 3,7  | 3,6  | 4,7  |      |

conviene también señalar cómo los mencionados autores, en el primero de los trabajos antes mencionados, atribuyen a este factor una relevancia menos intensa en el caso español (p. 24). En esta misma línea, aún más recientemente M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 5 y D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 4, quien, sintetizando la principal literatura sobre el tema concluye que: “The bottom line story of this literature is that being poorly educated is the most prominent explanatory factor as it increases the risk to earn low-wages markedly: The lower the level of qualification obtained, the higher the risk of earning low-wages and, in turn, the higher the risk of being in-work poor”. En cualquier caso, esta misma relación es perceptible igualmente en Estados Unidos –véase U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile...”, cit., p. 3-.

| Área   | Nivel educativo alcanzado   | 2008 | 2010 | 2014 | 2015 |
|--------|---|------|------|------|------|
| España | Nivel 0-2: preescolar, primaria y 1ª etapa de educación secundaria.       | 16,6 | 16,6 | 19,5 | 21,7 |
|        | Nivel 3-4: 2ª etapa de educación secundaria y postsecundaria no superior. | 11,3 | 11,8 | 14,1 | 13,7 |
|        | Nivel 5-8: 1º y 2º ciclo de educación superior y doctorado                | 4,8  | 4,1  | 6,4  | 6,5  |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw04] .Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

Sea como fuere, otro de los elementos sin duda más importante es el relativo a la nacionalidad<sup>102</sup>. En este caso, los datos demuestran –coherentemente, por lo demás, con las principales conclusiones de los estudios científicos sobre la materia<sup>103</sup>- que esta ratio es sustancialmente más alta en el caso de los extranjeros –tanto para hombres como para mujeres-, y especialmente en el caso de los no nacionales de la Unión Europea. Y que, además, la trascendencia de este indicador es aún más alta en España, en donde esta tasa llega incluso al 42,4 para el año 2014 en relación con los no comunitarios y al 45,4 en el 2015 para este mismo colectivo.

Tabla 8: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por grupos de nacionalidad (entre 18 y 64 años de edad)

| Área geográfica/nacionalidad |                              | 2008  |      |      | 2010  |      |      | 2014  |      |      | 2015  |     |      |
|------------------------------|------------------------------|-------|------|------|-------|------|------|-------|------|------|-------|-----|------|
|                              |                              | Total | Hom  | Muj. | Total | Hom  | Muj. | Total | Hom  | Muj. | Total | Hom | Muj. |
| UE 27                        | Extranjeros nacionales EU-28 | :     | :    | :    | 13,2  | 13,2 | 13,2 | 16,2  | 14,4 | 18,3 |       |     |      |
|                              | No comunitarios              | :     | :    | :    | 23,5  | 24,6 | 22,1 | 24,4  | 25,5 | 23,0 |       |     |      |
|                              | Extranjeros                  | 20,2  | 21,7 | 18,2 | 19,1  | 19,9 | 18,1 | 20,1  | 19,8 | 20,5 |       |     |      |
|                              | Nacionales de EM             | 7,8   | 8,2  | 7,3  | 7,7   | 8,1  | 7,1  | 8,8   | 9,3  | 8,2  |       |     |      |
| Euro área 19                 | Extranjeros nacionales EU-28 | :     | :    | :    | 15,6  | 15,9 | 15,3 | 17,8  | 14,4 | 21,6 |       |     |      |
|                              | No comunitarios              | :     | :    | :    | 25,4  | 26,5 | 24,0 | 26,8  | 27,4 | 26,0 |       |     |      |
|                              | Extranjeros                  | 22,6  | 24,1 | 20,6 | 21,5  | 22,5 | 20,4 | 22,4  | 21,2 | 23,8 |       |     |      |
|                              | Nacionales de EM             | 7,1   | 7,5  | 6,6  | 7,1   | 7,5  | 6,6  | 8,3   | 8,5  | 8,0  |       |     |      |

102 Eurostat no proporciona datos por etnias, pero en el caso de Estados Unidos y de acuerdo U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile...”, cit., p. 2. lo cierto es que afroamericanos e hispanos tenían en 2013 el doble de posibilidades que caucásicos y asiáticos de encontrarse entre los working poor. Más información en U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile...”, cit., p. 2.

103 Por todos, nuevamente, D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5. De acuerdo con E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 358 cuatro de cada diez trabajos sobre el tema destacan este elemento.

|        |                              |      |      |      |      |      |      |      |      |      |      |      |
|--------|------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| España | Extranjeros nacionales EU-28 | :    | :    | :    | 22,3 | 23,5 | 20,8 | 29,9 | 26,4 | 34,8 | 20,6 | 16,5 |
|        | No comunitarios              | :    | :    | :    | 27,6 | 27,5 | 27,6 | 42,4 | 43,2 | 41,4 | 45,4 | 49,9 |
|        | Extranjeros                  | 33,1 | 35,8 | 29,5 | 25,9 | 26,1 | 25,7 | 37,1 | 35,9 | 38,7 | 34,6 | 35,5 |
|        | Nacionales del EM            | 8,1  | 8,6  | 7,3  | 8,7  | 9,5  | 7,6  | 10,2 | 10,6 | 9,6  | 11,0 | 11,9 |

Fuente: Eurostat [ilc\_iw15]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

Por otra parte, resulta evidente que, junto a las dimensiones de la empresa<sup>104</sup>, las características contractuales parecen tener una clara influencia sobre este indicador. Baste señalar como por ejemplo, tanto la naturaleza indefinida o temporal del contrato como su carácter a tiempo completo o a tiempo parcial influyen claramente en la cuantificación de este indicador, tanto a nivel europeo<sup>105</sup> como español<sup>106</sup>. Y ello, seguramente, no ya solo por su tradicionalmente inferior salario, sino también porque la duración en cómputo anual de su actividad y, por tanto, de su remuneración, es inferior –ya sea por periodos de inactividad o de desempleo más frecuentes en este tipo de empleados– que la correspondiente de un trabajador comparable a tiempo completo e indefinido<sup>107</sup>.

104 Vid. M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 77: “la pobreza laboral está muy asociada a los centros de trabajo de pocas personas... los trabajadores en centros grandes han estado más protegidos de la crisis”. Del análisis de datos de I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 53 se deducía que la concentración de hogares pobres –y de salarios bajos– en las empresas de menor tamaño es “abrumadora”. Además (p. 59) pertenecer a una empresa con una plantilla superior a los 49 trabajadores alejaría al individuo de situaciones en las que se dan conjuntamente pobreza y salarios bajos. Finalmente (p. 60), y siempre según estas autoras, los trabajadores con salarios bajos cuyas características del hogar les salvan de la pobreza se concentrarían en las empresas de pequeño tamaño, hasta los diez trabajadores. Una referencia doctrinal más completa en E. Crettaz, “A state...”, cit., p.355 y ss.

105 Nuevamente por todos L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 3; P. Wolff “17 % of EU citizens...”, cit., p. 4; S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 9; I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 63; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 108; D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5; M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 5. No obstante, y en relación con la contratación temporal, E. Crettaz, “A state...”, cit., p.355 y 358 llama la atención sobre el hecho de que la mención a este grupo es frecuente en la literatura europea, pero no tanto en la estadounidense.

106 Específicamente para el caso español resulta de interés M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 78.

107 Seguramente nos movemos en el concepto de “low labour force attachment” que utilizan para este tipo de trabajadores u otros como los “intermitentes” E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 10 y ss. Y de hecho, estos mismos autores señalan (p. 23) como es esta escasa participación en el trabajo uno de los factores más influyentes entre las causas de pobreza laboral en nuestro país. En una línea similar, en Estados Unidos también suele señalarse al trabajo

Tabla 9: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por tipo de contrato: indefinido o temporal

| Área geográfica | Año Tipo contrato | 2008  |      |      | 2010  |      |      | 2014  |      |      | 2015  |      |      |
|-----------------|-------------------|-------|------|------|-------|------|------|-------|------|------|-------|------|------|
|                 |                   | Total | Hom. | Muj. |
| UE 27           | Indefinido        | 5,1   | 5,4  | 4,7  | 5,1   | 5,1  | 5,1  | 5,9   | 5,7  | 6,1  |       |      |      |
|                 | Temporal          | 15,2  | 16,4 | 13,9 | 13,3  | 13,7 | 12,8 | 15,7  | 16,0 | 15,5 |       |      |      |
| Euro área 19    | Indefinido        | 5,3   | 5,5  | 5,0  | 5,2   | 5,2  | 5,2  | 6,1   | 5,7  | 6,6  |       |      |      |
|                 | Temporal          | 15,8  | 17,2 | 14,4 | 14,0  | 14,6 | 13,3 | 16,6  | 16,6 | 16,6 |       |      |      |
| España          | Indefinido        | 6,0   | 6,2  | 5,7  | 5,5   | 5,5  | 5,5  | 5,9   | 5,6  | 6,2  | 5,9   | 5,7  | 6,2  |
|                 | Temporal          | 21,2  | 23,0 | 19,1 | 15,2  | 15,8 | 14,5 | 22,9  | 22,0 | 23,8 | 23,3  | 26,0 | 20,8 |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw05]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

Y algo similar cabe decir del contrato a tiempo parcial<sup>108</sup>. De hecho, los datos parecen reflejar que en España la tradicional conexión entre atipicidad contractual y riesgo de pobreza en el trabajo es aún más intensa que en resto de países de la Unión como cabe apreciar de los datos tanto de la Tabla 9 como de la Tabla 10.

Tabla 10: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por tipo de contrato a tiempo parcial o a tiempo completo

| Área Geográfica | Tipo contrato   | 2008 | 2010 | 2014 | 2015 |
|-----------------|-----------------|------|------|------|------|
| UE 27           | Tiempo Parcial  | 12,8 | 12,5 | 15,8 |      |
|                 | Tiempo Completo | 7,3  | 7,1  | 7,7  |      |
| Euro área 19    | Tiempo Parcial  | 11,8 | 11,6 | 14,2 |      |
|                 | Tiempo Completo | 7,0  | 6,8  | 7,7  |      |
| España          | Tiempo Parcial  | 22,2 | 19,3 | 22,9 | 27,1 |
|                 | Tiempo Completo | 9,4  | 9,2  | 10,2 | 10,3 |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw07]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

a tiempo parcial involuntario y a los periodos de desempleo como elementos que pueden conducir a un trabajador a la pobreza -U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, “A profile...”, cit., p. 5-.

108 En relación con la UE véanse, por ejemplo, P. Wolff “17 % of EU citizens...”, cit., p. 4; D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 6.

Finalmente, también parece evidente el importantísimo impacto que la tipología del hogar tiene sobre la inclusión o de un ocupado en este indicador. El hecho de que el ingreso equivalente disponible esté condicionado por el número de miembros/unidades del hogar hace que seguramente sea este uno de los elementos más importantes como, por lo demás, han resaltado igualmente diversos autores<sup>109</sup>. Y ello ya que la tipología del hogar explica en gran medida las diferencias existentes entre trabajadores pobres y trabajadores con bajos salarios<sup>110</sup>. De hecho, y aunque existe un cierto solapamiento, resulta evidente que no todo trabajador con bajos salarios es pobre –por ejemplo, si la renta del hogar se enriquece con ingresos de otros miembros o con otros ingresos públicos<sup>111</sup>–, del mismo modo que un trabajador con un salario alto puede llegar a estar inmerso en esta categoría de pobreza si por el número de miembros, la baja intensidad laboral, las escasas rentas del hogar y las bajas prestaciones públicas el ingreso equivalente disponible cae por debajo del 60% de la mediana<sup>112</sup>.

109 Véase, por ejemplo, L. Bardone, A.c. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 4. P. Wolff “17 % of EU citizens...”, cit., p. 4; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 106 y 116; S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 21. Para una recapitulación de estos factores D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5 quien destaca expresamente cómo “the household composition explains a major proportion of the in-work poverty risk”. Una referencia a los más importantes estudios en esta dirección en E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 349.

110 De situaciones analíticamente distintas hablan, por ejemplo, I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 49 a quien se reenvía (p. 53 y ss.) para un estudio de los solapamientos; una cuestión esta que podría sintetizarse en el dato de que la mayoría de los que tenían salarios bajos no eran pobres pues sus hogares no lo eran (el 81,7%), del mismo modo que la mayoría de los asalariados que viven en hogares pobres no tienen salarios bajos (el 74,3%). Obsérvese, no obstante, que la valoración del tipo de salario se realiza por salario hora. Desde una perspectiva más internacional I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 106.

111 Seguramente esta es la razón por la que, para I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 58-59, el perfil de trabajadores con salarios bajos pero no pobres tendería a coincidir con el de mujeres casadas –segundo ingreso de la unidad- y jóvenes no emancipados. Serían los supuestos de trabajadores con salarios bajos segundos perceptores en el hogar de los que hablan, con idéntica orientación, I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 106-107.

112 Un estudio de las posibles variables trascendentes para este tipo de trabajador pobre con salario no bajo en I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 61. En un sentido similar I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 107; OCDE *Employment Outlook 2009*, cit., p. 167.

Tabla 11: Tasa de riesgo de pobreza en el trabajo por tipo de hogar

| Área Geográfica | Tipo de hogar                            | 2008 | 2010 | 2014 | 2015 |
|-----------------|--|------|------|------|------|
| UE 27           | Persona soltera                          | 11,3 | 10,7 | 13,6 |      |
|                 | Personal soltera con hijos a su cargo    | 20,6 | 21,3 | 20,0 |      |
|                 | Dos o más adultos sin hijos dependientes | 5,1  | 4,8  | 6,1  |      |
|                 | Dos o más adultos con hijos a cargo      | 10,2 | 9,9  | 10,6 |      |
|                 | Hogares sin hijos dependientes           | 6,6  | 6,2  | 8,0  |      |
|                 | Hogares con hijos a cargo                | 10,8 | 10,5 | 11,2 |      |
| Euro área 19    | Persona soltera                          | 10,4 | 10,2 | 13,9 |      |
|                 | Personal soltera con hijos a su cargo    | 20,0 | 23,2 | 20,8 |      |
|                 | Dos o más adultos sin hijos dependientes | 4,8  | 4,5  | 6,1  |      |
|                 | Dos o más adultos con hijos a cargo      | 9,7  | 9,4  | 9,7  |      |
|                 | Hogares sin hijos dependientes           | 6,2  | 6,1  | 8,4  |      |
|                 | Hogares con hijos a cargo                | 10,2 | 10,2 | 10,5 |      |
| España          | Persona soltera                          | 12,1 | 11,5 | 16,4 | 14,2 |
|                 | Personal soltera con hijos a su cargo    | 25,0 | 34,3 | 26,8 | 24,3 |
|                 | Dos o más adultos sin hijos dependientes | 6,0  | 6,4  | 8,1  | 9,2  |
|                 | Dos o más adultos con hijos a cargo      | 15,8 | 14,0 | 14,7 | 15,6 |
|                 | Hogares sin hijos dependientes           | 6,9  | 7,3  | 9,8  | 10,3 |
|                 | Hogares con hijos a cargo                | 16,0 | 14,7 | 15,3 | 16,1 |

Fuente: Eurostat (source: SILC) [ilc\_iw02]. Datos extraídos el 22.06.2016, última actualización 07.06.2016.

Desde esta perspectiva resulta evidente -Tabla 11- como, tanto en la zona Euro 19 como en la UE 27, el hecho de tener hijos a su cargo es un factor que, junto con la baja intensidad laboral del hogar<sup>113</sup>, incrementa este indicador<sup>114</sup>.

113 De acuerdo con E. Crettaz, “A state...”, cit., p. 358 un ochenta por ciento de los estudios analizados destacaban el impacto del bajo “labour force attachment”. En esta misma línea se mueve la OCDE *Employment Outlook 2009*, cit., p. 167 cuando señala “For most of the working poor, underemployment is the major problem. The average intensity of work among the working poor differs sharply from that observed among the rest of the employed population”.

114 Por todos, I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 51; M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 71 y 75; E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 11 y 18; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 107; E. Crettaz, “A state...”, cit., p.355 y ss., quien no obstante llama la atención sobre la mayor atención prestada a este tema por la literatura europea frente a la estadounidense. En relación con la sobre-representación de los hogares con

Y esta misma lógica se detecta en España de forma incluso más intensa, lo que quizás tenga relación con lo escaso de las prestaciones y transferencias públicas que se realizan por hijos<sup>115</sup>.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que las cifras más altas se dan –tanto en España como en las dos zonas que se toman a efectos de comparación- entre los solteros –o divorciados- con hijos a su cargo<sup>116</sup>, en las que este indicador llegó a alcanzar en España el 34,3 -si bien ha experimentado un importante descenso en el año 2014 y, en menor medida, en 2015-. Las razones de esta especial incidencia se encuentran seguramente no solo en el incremento del número de unidades sin aportaciones a la renta global, sino también por su efecto reductivo en la intensidad laboral de la familia<sup>117</sup>. Y por otra parte, también es evidente cómo las tasas más bajas se dan –como por otra parte suele destacar la literatura científica<sup>118</sup>- en los hogares con dos más adultos sin hijos dependientes.

Ya por último, parece igualmente aceptado, en relación con todo lo dicho

hijos, especialmente en aquellos con un soltero o con solo un trabajador en la familia S. Ponthieux, *In-work...*, cit., p. 24. Destacando igualmente la incidencia de ambos factores en un Análisis de la cronicidad de la pobreza laboral R. Gutiérrez Palacios, A. Tejero Pérez, “La dinámica...”, cit., p. 17.

115 En esta misma línea E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 19 y 23, destacan a España como el país en el que el incremento de un niño por adulto tiene mayor impacto en las probabilidades de ser un trabajador pobre. En este sentido, no podemos dejar de señalar cómo si se relaciona este dato con la escasa trascendencia que –según este mismo estudio- tiene este factor en un país como Suecia con altas prestaciones por hijos, cabría concluir que la reducida importancia de estas mismas prestaciones en España puede ser una de las causas de este comportamiento, con el correlativo impacto no solo sobre este tema sino, más en general, con la tasa de natalidad y el envejecimiento de nuestra población. Pero seguramente este tema requiera un estudio mucho más detenido y sereno.

116 Vid. L. Bardone, A. C. Guio, “In-work poverty...”, cit., p. 4; . E. Crettaz, G. Bonoli, “Why are some workers...”, cit., p. 11; M.L. De La Cal, “Pobreza...”, cit., p. 5. En relación con las tasas de pobreza elevadas, M. Ibañez, “Apuntes...”, cit., p. 73, destaca la importancia de hogares monoparentales y de dos adultos y tres o más niños. Por otra parte, esta concentración de la pobreza laboral en este colectivo no es exclusiva de la UE estando también presente en EEUU. Sobre el tema, con, además, amplia referencia a los escasos resultados que han podido obtener las normas que han fomentado la aparición de unidades familiares más amplias J. Fisher, “Marriage Promotion Policies and the Working Poor: A Match Made in Heaven?”, 25 B.C. Third World L.J. 475 (2005), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol25/iss2/7> , p. 478 y ss. Finalmente también es necesario destacar que, como recuerdan I. García Espejo, M. Ibañez Pascual “Los trabajadores pobres...”, cit., p. 58 son estas familias monoparentales con hijos dependientes, junto con aquellas en las que solo el varón con escasa cualificación trabaja de forma retribuida en hogar con hijos (p. 56) los dos modelos familiares en los que se dan las situaciones de pobreza “más grave” ya que a la pobreza del hogar se unirían también los bajos salarios (p. 59).

117 Más ampliamente D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 5

118 Nuevamente D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 5.

anteriormente, que la baja intensidad laboral de los hogares, especialmente cuando existen menores dependientes, incrementa significativamente el riesgo de caer en la pobreza laboral, mientras que una alta intensidad laboral la reduce<sup>119</sup>.

#### 4. ALGUNAS NOTAS INICIALES SOBRE POSIBLES LÍNEAS DE ACTUACIÓN

Tras todo lo antes dicho, es fácil comprender cómo el problema de los ocupados en hogares pobres o, más ampliamente, en riesgo de exclusión social, no solo se ha convertido en un tema ampliamente discutido tanto en el plano social como científico, sino también en una preocupación política, tanto a nivel nacional como en el ámbito de la Unión. Baste en este sentido recordar la preocupación mostrada en nuestro país sobre esta cuestión ya sea a nivel estatal por el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2013-2016<sup>120</sup>, o desde una perspectiva regional por normas como la Ley Foral navarra 36/2013 de 26 de noviembre<sup>121</sup>. Y todo ello sin olvidar el interés manifestado por la Unión Europea en múltiples documentos<sup>122</sup>, desde las Recomendaciones para el empleo de 2003<sup>123</sup> -en las que ya se señalaba la necesidad de “políticas adecuadas para re-

119. Prácticamente por todos, L. Bardone, A.c. Guió, “In-work poverty..”, cit., p. 6 y ss.

120 MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2013-2016*, p. 9, disponible el 27 de mayo de 20116 en [http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/PlanNacionalAccionInclusionSocial\\_2013\\_2016.pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/PlanNacionalAccionInclusionSocial_2013_2016.pdf)

121 BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2013, que hace referencia expresa en su Exposición de Motivos a la necesidad de “sumar la precarización de las condiciones laborales, muy extendida en este contexto de crisis y que da lugar a los denominados «trabajadores pobres»”

122 Sin ánimo de ser exhaustivo puede consultarse también las referencias a este tema en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre 2005, *Mujeres y pobreza en la Unión Europea* -DOC 28 septiembre 2006, núm. 233-E-; en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión, Política de cohesión en apoyo del crecimiento y el empleo: directrices estratégicas comunitarias, 2007- 2013» COM(2005) 299 final — SEC(2005) 904 (2006/C 185/11); en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión — La Agenda Social» COM(2005) 33 final (2005/C 294/04) o en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Modernización de la protección social para crear más y mejores empleos: un enfoque general que contribuya a hacer que trabajar sea rentable*, Bruselas, 30.12.2003, COM(2003) 842 final; o, por mencionar un último, *El Informe Conjunto sobre la Inclusión Social en el que se resumen los resultados del examen de los planes nacionales de acción en favor de la inclusión social (2003-2005)* Bruselas, 12.12.2003 COM(2003)773 final.

123 Decisión del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, Diario Oficial n° L 197 de 05/08/2003 p. 0013 - 0021

ducir” su “número”<sup>124</sup>-, a las Directrices sobre esta misma cuestión en el periodo 2005-2008<sup>125</sup>, pasando por las menciones a este mismo colectivo en otras normas como el Reglamento (UE) 1304/2013, de 17 de diciembre, sobre misiones del Fondo Social Europeo<sup>126</sup>.

Ahora bien, el carácter multidimensional y multicausal del problema<sup>127</sup> hace que sean también múltiples las perspectivas a valorar, a analizar y sobre las que sea posible actuar<sup>128</sup> en función, obviamente, del patrón o modelo de pobreza laboral de cada país y de los factores que más incidencia hayan tenido en ese concreto ámbito y en ese específico subgrupo de trabajadores pobres<sup>129</sup>. Intentaremos explicarnos.

En general parece clara la presencia de tres líneas inevitablemente ligadas a las tres perspectivas básicas desde las que, como hemos visto, ha sido estudiado este problema. Así, por un lado, si el centro de atención se coloca en su consideración como trabajador que es pobre, resulta lógico que tanto la delimitación de los colectivos que van a ser objetivo prioritario de dichas políticas como el posible contenido de estas medidas se centre eficientemente en aquellos grupos con una menor retribución, con una peor calidad en el empleo o con una menor intensidad de conexión con la fuerza de trabajo, incentivando siempre la calidad y la intensidad de su ocupación como revulsivo frente a este tipo de pobreza<sup>130</sup>. De ahí la importancia en la orientación de estas políticas de algunos aspectos reseñados en apartados anteriores como el género, la edad, la nacionalidad, la precariedad contractual o la escasa o intermitente actividad no deseada en el diseño eficiente de los destinatarios y de los contenidos de estas hipotéticas acciones y programas. Y todo ello, claro está, sin olvidar el impacto en este campo de otras posibles actua-

124 Véase L. Bardone, A. C. Guio, “In-work poverty...” cit., p. 1.

125 Decisión 2005/600/CE, de 12 de julio. DOL 6 agosto 2005, núm. 205,

126 DOL 20 diciembre 2013, núm. 347. En él se señala, por ejemplo, cómo: “El FSE también debe favorecer la inclusión social y prevenir y combatir la pobreza con vistas a romper el ciclo de desventajas que pasan de generación en generación, lo que implica movilizar una serie de políticas destinadas a las personas más desfavorecidas independientemente de su edad, incluidos los niños, los trabajadores pobres y las mujeres de más edad”.

127 Véase, por todos, I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 108.

128 En este mismo sentido, por todos, M.L. De La Cal, “Pobreza...” cit., p. 8.

129 En palabras de I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 116 “El mix de políticas que mejor funcionará en cada contexto dependerá de la composición de la población con baja intensidad laboral y de las causas subyacentes esa baja intensidad laboral. Tales causas pueden variar considerablemente de unos países y grupos de población a otros”.

130 O en palabras de D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 28: “Linking quantity and quality of work is vital to combat and prevent in-work poverty”. En una línea similar OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., p. 166.

ciones sobre elementos más institucionales como el sistema educativo –evitando, por ejemplo, la presencia sobredimensionada o extensa de una fuerza de trabajo escasamente cualificada e inadaptada a las nuevas tecnologías<sup>131</sup>- o del sistema de relaciones laborales como contexto básico para comprender, por ejemplo, la presencia o no de una notable dispersión salarial<sup>132</sup>; la fortaleza sindical –en especial su densidad<sup>133</sup>- y su impacto sobre estos indicadores; la existencia real o no y la cuantía en su caso, de un salario mínimo –aunque el impacto de esta institución dista de ser claro<sup>134</sup>-; la cuantía de las cotizaciones sociales y las retenciones fiscales para este tipo de rentas<sup>135</sup> o la estructura dominante de negociación colectiva<sup>136</sup>, así como –por señalar un último elemento que debiera ser objeto de valoración y atención en relación con el impacto de estas políticas- la mínima o muy escasa dimensión de las empresas o centros de trabajo españoles.

En cambio, si prima la perspectiva sociológica en la que lo importante es la pobreza en el hogar, resulta comprensible que los factores a analizar y, por tanto, las medidas estudiadas o incluso potenciadas tengan que ver más con los aspectos de intensificación de la intensidad laboral de los hogares<sup>137</sup>. Es en este punto donde se destaca, por ejemplo, la importancia –ya sea en la modelización o encuadramiento y clasificación de los distintos países en relación con esta variable, o, por qué no, de correspondientes áreas sobre la que desarrollar políticas públicas- de un conjunto de medidas que se han dado venido incluyendo bajo

131 Destacando este aspecto, por ejemplo, D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 8 que lo considera incluso como “decisivo”.

132 En este sentido D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 8.

133 Específicamente D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 8; M.L. De La CaL, “Pobreza...” cit., p. 7. Muy interesante en este punto es el trabajo de D. Brady, R.S. Baker, R. Finnigan, “When Unionization Disappears: State-Level Unionization and Working Poverty in the United States”, en *American Sociological Review*, 2013, October vol. 78, no. 5, p. 873: “Unionization reduces working poverty for both unionized and non-union households and does not appear to discourage employment”.

134 Una interesante recapitulación desde la perspectiva europea en I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 110 quienes parecen apuntar a un impacto limitado dado el no excesivo solapamiento entre salarios bajos y hogares pobres. En una línea similar parece situarse OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., 168 cuando señala que “The minimum wage may constitute a useful complement to IWB schemes, but taken in isolation, has a limited effectiveness in fighting in-work poverty as it is not well targeted.”. Desde una perspectiva norteamericana resultan de interés R. V. Burkhauser, “Why Minimum Wage Increases Are a Poor Way to Help the Working Poor” IZA Policy Paper No. 86 June 2014, disponible en <http://ftp.iza.org/pp86.pdf>; J.J. Sabia “Minimum Wages: A Poor Way to Reduce Poverty”, CATO Institute, Tax and Budget Bulletin. No. 70, disponible en [http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/tbb\\_70.pdf](http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/tbb_70.pdf)

135 I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 113

136 Vid. M.L. De La Cal, “Pobreza...” cit., p. 7. Para D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 26 y 28 “the labour market setting has the biggest influence on in-work poverty”.

137 D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 2

el término de “*defamilisation*”<sup>138</sup>; esto es, de los instrumentos que permiten al individuo alcanzar un aceptable nivel de vida, independientemente de sus relaciones familiares, ya sea mediante el trabajo retribuido o mediante prestaciones de protección y seguridad social; o que, desde una perspectiva similar, sirve para evaluar el grado en el que los sistemas de bienestar públicos facilitan la autonomía y la independencia económica de la mujer frente a la familia<sup>139</sup>. Y ello ya que estas medidas de cuidado público de menores y/o mayores dependientes, juntos con otras instrumentos de apoyo al empleo femenino<sup>140</sup> o de jóvenes, están muy estrechamente conectadas con las políticas que tienden a fomentar el empleo de varios elementos de la unidad familiar (*dual earner policies*) con el consiguiente impacto en la renta disponible y, consiguientemente, en la tasa de pobreza en el trabajo<sup>141</sup>.

Finalmente, tampoco cabe olvidar la importancia que, como decimos, ya sea en el encuadramiento de los sistemas, como en el campo de las políticas del derecho, pueden tener los elementos y factores redistributivos propios del Estado social y del bienestar y que pueden, o no, completar la renta, ya sea en relación con los ingresos bajos o en función de las características del hogar<sup>142</sup>. De hecho, parece un dato incontestable que la generosidad de un Estado del bienestar tiene

138 Véase, por ejemplo, M.L. De La Cal, “Pobreza...” cit., p. 6 y 7; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 108. Sobre el tema también resulta de interés el trabajo de M.T. Lanquetin, MT. Letablier « Individualisation des droits sociaux et droits fondamentaux Une mise en perspective européenne » en *Recherches et Prévisions*, n°73, 2003. Famille et droit social. pp. 7-24; doi : 10.3406/caf.2003.2005 , [http://www.persee.fr/doc/caf\\_1149-1590\\_2003\\_num\\_73\\_1\\_2005](http://www.persee.fr/doc/caf_1149-1590_2003_num_73_1_2005)

139 C. Bamba “Defamilisation and welfare state regimes: a cluster analysis” *International Journal of Social Welfare* 16(4):326 - 338 · October 2007

140 Una interesante valoración sobre los posibles efectos colaterales de incrementar el empleo femenino, aún de escasa calidad/retribución, como posible instrumento de lucha contra la pobreza de los hogares en relación con sus posibles efectos negativos para las familias monoparentales conformadas por una mujer adulta en I. García Espejo, M. Ibáñez Pascual “Los trabajadores pobres...” cit., p. 63.

141 Ampliamente D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 10 y ss. Véase no obstante los resultados de su análisis en relación con las medidas públicas de cuidado de niños en p. 24. Desde otra perspectiva, destacando las políticas familiares interpretadas en un sentido amplio –que incluirían beneficios monetarios, permisos parentales y servicios de cuidados de menores– véase E. Cretaz, G. Bonoli, “Why are some workers...” cit., p. 25.

142 Destacando estas tres posibles mecanismos de integración en la frontera de la pobreza en el trabajo D. Spannagel, “In-Work Poverty...” cit., p. 6. La trascendencia de estas políticas de desmercantilización es destacada, por ejemplo, por M.L. De La Cal, “Pobreza...” cit., p. 7. Y en este mismo sentido, OCDE *Employment Outlook 2009*, cit., p. 167 señala cómo “Net social transfers play a key role in reducing poverty among the working-age population. On average, the rate of in-work poverty declines from 12% to 7% after net social transfers are taken into account (a 42% reduction)”.

efectos sustanciales en la reducción de la pobreza en el trabajo<sup>143</sup>. Y ello ya sea en relación con las transferencias familiares, en especial por hijos<sup>144</sup>, las prestaciones sociales como las de jubilación, o incluso y muy destacadamente las de desempleo, ya que todas ellas influyen en las rentas disponibles de los hogares con ocupados que es, en el último término el numerador de la operación que determinará a no su pobreza<sup>145</sup>. Y todo ello sin olvidar la efectividad de instrumentos fiscales que, como prestaciones sociales vinculadas al empleo, permitan complementar las rentas, al estilo de las ya experimentadas en Estados Unidos (*Earned Income Tax Credit*) o Gran Bretaña (*Working Tax Credit*)<sup>146</sup>.

En cualquier caso, y ya por último, no debe olvidarse que en el diseño de posibles políticas o medidas para este colectivo de personas ocupadas pero en hogares pobres -o incluso, desde una perspectiva más amplia, de activos en hogares pobres-, los poderes públicos, o incluso los agentes privados que deseen desarrollar en este ámbito una política de responsabilidad social, deben asumir y partir de un dato innegable: la extrema heterogeneidad de este colectivo<sup>147</sup>. Y ello ya que seguramente no son las mismas las medidas que debieran utilizarse para cada uno de estos subgrupos o cohortes<sup>148</sup>. Pero evidentemente, el análisis de los mismos y de estas medidas desborda las dimensiones de este documento inicial que pretende focalizar aspectos clave que serán desarrollados por distintos investigadores y grupos de investigadores de este mismo Proyecto.

143 Ampliamente D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 11 y ss.

144 Sobre el tema I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 113 y 114 quienes no obstante destacan como países como Reino Unido o Irlanda con gastos superiores a la media en ayudas para hijos asignadas fundamentalmente por renta figuran entre los menos eficientes en términos de reducción de la pobreza infantil. Véase, no obstante, su posición a favor en p. 116 y 117.

145 Véase, no obstante el distinto impacto o influencia de las mismas –mientras que las transferencias familiares y la asistencia social no parecían tener un efecto significativo en la reducción del riesgo de pobreza, este mismo efecto sí lo tendrían las prestaciones por desempleo- en el interesante trabajo de D. Spannagel, “In-Work Poverty...”, cit., p. 26.

146 A favor de estas últimas – y haciendo referencia a otras experiencias comparadas- se muestra, por ejemplo, I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 114 y ss., si bien destacan –con amplia referencia doctrinal- que no es tan evidente que sistemas del tipo EITC puedan funcionar en otros países. Desde una perspectiva similar la OCDE, *Employment Outlook 2009, Tackling the Jobs Crisis*, cit., 168 señala cómo “Since the poverty risk is strongly affected by household composition, IWBs that are mean-tested on family incomes can be better targeted toward the most vulnerable households than individual-based benefits. The effectiveness of IWB measures also depends on national contexts: in particular, they tend to be either ineffective or very expensive in countries with a narrow earnings distribution at the bottom of the wage ladder that prevents a proper targeting of these benefits”.

147 Destacando este aspecto I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 108

148 Véase algún ejemplo en E. Cretaz, G. Bonoli, “Why are some workers...” cit., p. 9; E. Cretaz, “A state...” cit., p. 359; I. Marx, B. Nolan, “Trabajadores...” cit., p. 109.



# EL MODELO REGULADOR DE LAS ADICCIONES EN LOS AMBIENTES DE TRABAJO EN ESPAÑA: CONTRADICCIONES Y PROPUESTAS DE CAMBIO

MARGARITA MIÑARRO YANINI

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I -Castellón-*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Drogas, alcohol, trabajo, sanción, prevención**

El problema de los consumos de alcohol u otras drogas en los ambientes laborales no tiene una adecuada respuesta en nuestro ordenamiento jurídico. Peso central tiene el art.54.2.f) ET, que considera causa de despido “la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”. Este precepto, a pesar de ser poco utilizado -dados los problemas aplicativos que plantea-, se proyecta en la negociación colectiva haciendo preeminente su visión represiva y sancionadora, que es poco acorde con la actual consideración de tales situaciones y con los principio preventivos imperantes en nuestro ordenamiento laboral. Si bien otras disposiciones inspiradas en la normativa de la OIT contemplan este problema desde una óptica preventiva, al formularse como normas promocionales no logran alcanzar significativa aplicación ni, en consecuencia, desplazar la hegemónica dimensión sancionadora. Es necesario, por ello, derogar el perturbador art.54.2.f) ET y dar respuestas preventivas -más eficaces desde el punto de vista social y económico- a los consumos de riesgos en los ámbitos laborales, que deberían formularse en normas imperativas y que suponen la implicación de la empresa en la solución de un problema que incuestionablemente le atañe.

## ABSTRACT

**Key words: Drugs, alcohol, work, sanction, prevention**

The problem of consumption of alcohol or other drugs in the work environment is not an adequate response to our legal system. Central weight has art.54.2, f) ET, which considers cause for dismissal “habitual drunkenness or addiction if adversely affect the work.” This precept, despite being underused -because its applicative problems-, is projected collective agreement by preeminent its repressive and punitive vision, no consistent with the current consideration of such situations and preventive prevailing principle our labor law. While other provisions inspired by ILO standards contemplate this issue from a preventive side, to be formulated as promotional rules fail to achieve significant application or, consequently, shifting the hegemonic punitive dimension. It is necessary to repeal art.54.2 f) ET and give to consumption risk in the workplace, which should be phrased in mandatory rules and imply the involvement of the company in solving a problem that concerns him.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONSUMOS DE RIESGO EN LOS AMBIENTES LABORALES
3. EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL: DOS PLANTEAMIENTOS NO CONFLUYENTES SOBRE UNA MISMA MATERIA
4. LA DIMENSIÓN DISCIPLINARIA ESTABLECIDA EN LA NORMA GENERAL IMPERATIVA
5. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA CONTEMPLADA DESDE LA ÓRBITA PROMOCIONAL
  - 5.1 Las drogas en los ambientes de trabajo en instrumentos promocionales
    - 5.1.1. La OIT
    - 5.1.2. La UE
    - 5.1.3. Ámbito Nacional
  - 5.2. Las drogas en los ambientes laborales en leyes autonómicas
6. PROPUESTAS DE CAMBIO
7. A MODO DE CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Los consumos problemáticos de alcohol y otras drogas en ambientes laborales constituye un problema tan importante como oscuro en la realidad laboral de nuestro país. Tradicionalmente, el juicio moral que implica que esté “mal visto” se ha proyectado de forma concadenada en la ley general -que ha configurado una causa específica de despido disciplinario-, en la empresa -que trata de silenciarlo y deshacerse del problema expulsando al trabajador afectado-, y en el trabajador consumidor de riesgo -que lo oculta para evitar sanciones-. De este modo, al ocultar el problema y darle como una única respuesta la extinción contractual, no sólo se mantiene irresoluto, sino que continúa creciendo en la sombra, como dan idea las numerosas sentencias en las que aparece la implicación de consumos de riesgo en el ámbito laboral que se traen a colación en este trabajo y como corroboran los análisis cuantitativos realizados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a través de la Encuesta sobre Consumo de Sustancias Psicoactivas en el Ámbito laboral en España 2013-2014 (en adelante, ECML-13)<sup>1</sup>.

No obstante, en los últimos tiempos, se van abriendo otras ópticas sobre esta cuestión que, desde la perspectiva preventiva y de atención, proponen respuestas muy diferentes, a aplicar con implicación y en el ámbito de la empresa. Con todo, como se ha apuntado, se trata de instrumentos meramente propositivos, es decir, de carácter promocional, por lo que su aplicación efectiva no queda asegurada, siendo sus resultados muy reducidos.

1. Observatorio de la droga y las toxicomanías (Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas), 2015, <http://www.pnsd.msssi.gob.es/noticiasEventos/dossier/pdf/Encuesta-Laboral2013.pdf>.

En las siguientes páginas se examina el actual modelo regulador de las adicciones y consumos problemáticos de alcohol y otras drogas en los ambientes de trabajo en España. En primer lugar, se incide en la realidad y la problemática que entrañan los consumos de riesgo en el ámbito laboral, examinando, seguidamente, los contrastados marco normativo general imperativo -de carácter sancionador- y marco institucional promocional -de carácter preventivo/rehabilitador- en sus diferentes niveles territoriales. A continuación, se efectúan unas propuestas de cambio, que están orientadas a eliminar las contradicciones en el tratamiento de esta materia y a configurar un marco regulador renovado de eminente carácter preventivo y recuperador. Para concluir el estudio, se incorporan unas breves reflexiones finales a modo de conclusión.

## **2. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONSUMOS DE RIESGO EN LOS AMBIENTES LABORALES**

La reciente publicación de la ECML-13 ha traído nuevamente a un primer plano un problema siempre latente en nuestra realidad laboral y al que las normas de alcance general no han sabido dar adecuada respuesta. Esta encuesta arranca con el dato de la mayor prevalencia de consumo de alcohol y otras drogas de la población trabajadora respecto de la población general<sup>2</sup>, aumentando casi en 3.5 puntos respecto de la reflejada en la precedente encuesta de 2007<sup>3</sup>. No cabe duda que, al menos en la mayor parte de estos consumos, existe un origen multicausal, si bien en algunos casos resulte difícil no apreciar cierta relación, si quiera indirecta, entre trabajo y consumo. En este sentido, es sumamente reveladora la prevalencia de consumos vinculada a determinados sectores o actividades, así como a ciertas condiciones de trabajo. En el primer sentido, resulta muy significativo el consumo de alcohol de riesgo en la construcción, agricultura, pesca, ganadería e industrias extractivas y hostelería; o bien consumo de hipnosedantes en trabajo doméstico, educación, sanidad y servicios sociales; o de cannabis en la construcción y hostelería. Asimismo, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, es destacable, entre otras, la mayor prevalencia de consumo de alcohol de riesgo entre los trabajadores con jornada nocturna, de tarde -estas dos también inciden en el mayor consumo de cannabis- o trabajo a turnos rotatorios incluyendo el de noche, o de quienes han de hacer largos desplazamientos o permanecer períodos fuera de casa, o están sujetos a condiciones de frío o calor extremo; por lo demás,

2. ECML-13, p.12.

3. El porcentaje de población laboral que ha consumido sustancias psicoactivas en los último 12 meses pasa del 77.8% registrado en la ECML-2007 (<http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/Encuesta2007-2008AmbitoLaboral.pdf>, p.11), a un 81.2% en la ECML-2013 (p.12).

hay mayor prevalencia de consumo de hipnosedantes entre los trabajadores insatisfechos con su trabajo así como con la relación con sus superiores<sup>4</sup>.

En cualquier caso, aunque se cuestionaran estas evidencias, lo que resulta innegable es la centralidad del trabajo en la vida de la persona, y como tal, su potencialidad para mejorarla o empeorarla. De modo parejo, las condiciones en las que se desarrolla el trabajo pueden tener un significado ambivalente en relación a los consumos problemáticos de alcohol y otras drogas. Así, puede tener un efecto negativo, si resulta estresante, no permite conciliar la vida laboral con la familiar o personal<sup>5</sup>, comporta condiciones inseguras u otras que generen insatisfacción o malestar al trabajador, pudiendo actuar en tales casos como factor de riesgo laboral en sí mismo, como factor potenciador de otros riesgos o como síntoma. No obstante, por el contrario, un “trabajo decente”<sup>6</sup> -en la concepción técnica-jurídica de la OIT-, que pueda compaginarse adecuadamente con las restantes facetas vitales de la persona, puede desempeñar un papel muy positivo, tanto desde el punto de vista preventivo de los consumos de riesgo como recuperador, actuando como elemento de estabilidad y ordenando los horarios, hábitos y estilo de vida del trabajador, siendo así factor moderador de este riesgo. En suma, al margen de que pueda existir o no una relación causal entre el ámbito laboral y los consumos de alcohol y drogas, aquél puede realizar un efecto negativo -causante o potenciador- o positivo -preventivo o recuperador- sobre éstos.

Pero la centralidad del trabajo en la vida de la persona es sólo una parte de la relación bidireccional que se establece entre uno y otra. Así, entre ambos se produce una interrelación que determina que los problemas derivados de los

4. Un completo análisis de los datos de esta encuesta puede encontrarse en Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Escarabajal Arrieta, M.D., Gimeno Navarro, M.A. y González Cobaleda, E. “Condiciones de trabajo y riesgos psicosociales relacionados con las adicciones: prevalencias de consumo y acciones preventivas en el entorno laboral”, UGT, 2016. Reconociendo tal relación entre consumo y trabajo, el III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, 2016-2021, establece la necesidad de “identificar aquellos sectores laborales con mayor riesgo de consumo de sustancias, como pueden ser las profesiones con horarios de trabajo nocturnos y aquellas vinculadas al sector de la hostelería”, con el objetivo de elaborar programas específicos, [http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/drogodependencias\\_archivos\\_III\\_plan\\_andaluz\\_drogas\\_y\\_adicciones.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/drogodependencias_archivos_III_plan_andaluz_drogas_y_adicciones.pdf), p.26.

5. Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas, del Principado de Asturias (BOE de 2 de mayo de 2015) apunta como factor de riesgo de consumo nocivo de alcohol o drogas la imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar.

6. Que supone “la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”, OIT “Trabajo decente”, <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

consumos de riesgo de los trabajadores no sean ni mucho menos ajenos a la empresa, pudiendo apreciarse varios ámbitos sobre los que impacta. El primero de ellos, claro está, es el propio sujeto consumidor (afectación de competencias, salud...), el segundo es el conjunto de personas que forman parte de su círculo social y laboral (deterioro de relaciones, incremento de la exposición a riesgos laborales...), el tercero, la organización del trabajo (pérdida de capital humano, absentismo...) y el cuarto y último, el efecto boomerang sobre el trabajador de exclusión y rechazo (pérdida de apoyo social, estigmatización, despido...). De este modo, un trabajador con consumos problemáticos de alcohol u otras drogas multiplica el riesgo de siniestralidad laboral, incrementa el porcentaje de absentismo, hace descender la productividad, deteriora la calidad del trabajo y puede perjudicar el clima laboral. En suma, supone costes para la empresa e incide negativamente en la competitividad empresarial, razones que justifican más que sobradamente que la empresa se implique en la prevención y tratamiento de consumos problemáticos por parte de sus trabajadores. El marco de planificación político-institucional *-soft law-*, partiendo de la consideración de enfermedad de las adicciones, así lo entiende, al promover la implicación de las empresas para el abordaje de tales situaciones, que ha de basarse en la prevención y, de fallar ésta, en el tratamiento orientado a la recuperación. Con todo, no es esta la línea seguida por el ordenamiento jurídico general, que está varado en la inercia de un exclusivo tratamiento individualista, represivo, sancionador, impropio de estos tiempos y muy distante de aquél.

### **3. EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL: DOS PLANTEAMIENTOS NO CONFLUYENTES SOBRE UNA MISMA MATERIA**

Como se ha apuntado anteriormente, frente a la realidad de que la empresa es un ámbito propicio para llevar a cabo intervenciones en materia de prevención de consumos problemáticos, y la conveniencia lógica de llevarlo a efecto, nuestro ordenamiento jurídico general únicamente viene ofreciendo soluciones individuales sancionadoras, consistentes en el despido, que externalizan el problema pero lo dejan irresoluto<sup>7</sup>.

7. Algunas normas sectoriales sobre determinadas actividades o funciones que pueden conllevar riesgo grave para la seguridad y la salud establecen previsiones referentes al consumo de sustancias, aunque generalmente tienen por objeto condicionar la habilitación profesional a la certificación médica de aptitud por el resultado en analítica de negativo en consumos, como la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, el RD 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo o la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

Con todo, recientemente han visto la luz algunas iniciativas legislativas de ámbito autonómico que reconocen la necesaria implicación de la empresa en la realización de programas para la prevención del consumo de drogas<sup>8</sup>, y definen desde el prisma de la salud laboral acciones concretas no sancionadoras que habrán ser objeto de desarrollo en el ámbito de la empresa<sup>9</sup>. Estas disposiciones legales tienen un importante efecto práctico, puesto que impulsan la incorporación de cláusulas preventivas en relación con los consumos problemáticos.

No obstante, éstas todavía están muy lejos de ser mayoritarias, e incluso de tener presencia significativa desde el punto de vista cuantitativo. Así, todavía son abrumadoramente mayoritarios los convenios que incluyen exclusivamente cláusulas disciplinarias en respuesta a conductas relacionadas con los consumos de alcohol u otras drogas<sup>10</sup>. Sin embargo, si bien en número muy reducido, también se encuentran experiencias convencionales que establecen mecanismos innovadores que suponen la implicación de la empresa en el tratamiento de los consumos problemáticos, más acordes con la vertiente preventiva, superando así la dimensión exclusivamente represiva<sup>11</sup>.

En suma, en materia de consumos problemáticos de alcohol y drogas en el ámbito laboral se formulan dos modelos de respuesta muy diferentes, que lo son tanto en su forma como en su fondo y, lamentablemente, también en el dato cuantitativo de su alcance aplicativo. Por un aparte, aparece la vertiente tradicional, punitiva y represiva, de carácter individual, mayoritaria, formulada por el poder público -legislador- en normas imperativas. Por otra, la vertiente más moderna, preventiva y reparadora, que ofrece soluciones en la plano colectivo de la empresa, todavía muy minoritaria y que se negocian en el ámbito de la empresa -privado- como proyección de disposiciones que, con carácter general, no son vinculantes.

En suma, se trata de dos modelos opuestos en todos sus elementos que se

8. Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana (art.62.5).

9. Ley 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y drogodependencias del Gobierno Vasco (arts.19 y 20).

10. Ascende nada menos que a un 94%, vid. Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Álvarez Montero, A., García Cívico, J. y González Cobeleda, E. "Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas", UGT, 2016, p.59.

11. Entre éstos, pueden citarse los convenios colectivos de asistencia a la tercera edad, personas dependientes, promoción de la autonomía personal, centros de día y de la mujer, ayuda a domicilio de titularidad pública y gestión privada de la Comunidad Valenciana (DOGV 7579 de 27 de julio de 2015), Easyjet Handling Spain (BOE 184 de 30 de julio de 2014) o Cruz Roja Granada (BOP Granada nº88, de 13 de mayo de 2014). Sobre el particular, Álvarez Montero, A. "Tratamiento convencional de los consumos problemáticos de drogas en los ambientes de trabajo: entre tradición y renovación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº398, 2016, p.121.

proyectan sobre una misma realidad, introduciendo una evidente contradicción en el tratamiento de este problema<sup>12</sup>.

#### **4. LA DIMENSIÓN DISCIPLINARIA ESTABLECIDA EN LA NORMA GENERAL IMPERATIVA**

En nuestro país, la única referencia específica referente a las drogodependencias contenida en la normativa general se encuentra en el art. 54.2,f) ET<sup>13</sup>. Este precepto recoge como incumplimiento contractual grave y culpable, justificante del despido disciplinario, “la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”. Se trata de un artículo cuya base -aunque suavizada, palpable-, se encuentra en la Ley de la Jefatura de Estado de 6 de noviembre de 1941<sup>14</sup> que, en línea con la mentalidad del legislador de la época, tenía claros tintes moralizantes. Ese supuesto de despido pasó, con algunos cambios -inclusión de la toxicomanía junto con la embriaguez y exigencia de repercusión negativa en el trabajo- a la Ley 8/1980, que aprueba el Estatuto de los Trabajadores, y se ha mantenido inercialmente sin variación alguna hasta nuestros días, pese a los afortunadamente enormes cambios sociales, culturales y políticos habidos en España. Su falta de claridad y su enfoque represivo, con acento moralizante y no ajustado a la concepción actual del alcoholismo y la toxicomanía como patologías, hacen de él un precepto anacrónico y muy controvertido.

En este sentido, en primer término, se presenta problemática la apreciación de la concurrencia de las exigencias generales de culpabilidad y gravedad necesariamente concurrentes en la conducta del trabajador. Por lo que respecta a la primera, el precepto parte de una premisa que, además, rompe su coherencia interna: que la embriaguez y toxicomanía son “enfermedades voluntarias”<sup>15</sup>.

12. En ello coinciden quienes han estudiado esta cuestión, vid. Fernández Domínguez, J.J. “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº365-366, 2013, p.141 y Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Álvarez Montero, A., García Cívico, J. y González Cobaleda, E. “Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas”, *cit.*, p.73.

13. Un examen completo de este precepto y sus implicaciones puede verse en Romero Ródenas, M.J. *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social*, Madrid (Ibidem), 1995, p. 221 ss. y Valdeolivas García, Y. “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AAVV *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid (ACARL), 1989, p.298 ss.

14. Sobre el particular, vid. Ciscart Beà, N. *El despido por embriaguez y toxicomanía*, Barcelona (Bosch), 1998, p.15.

15. Este es también el posicionamiento que parece mantener parte de la doctrina, vid. CEOE -autor: Fernández Domínguez, J.J.- “Informe ejecutivo sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral”, 2015, p.60.

Esta afirmación no se sostiene a día de hoy, al menos con carácter general, pues aunque la casuística puede ser variada, la existencia de conducta adictiva excluye la voluntariedad. En este sentido, si se parte de que la “adicción” implica que la persona depende de la sustancia adictiva<sup>16</sup> y que, en consecuencia, ésta domina a aquélla<sup>17</sup>, no concurriría propiamente voluntariedad, y por tanto, en tales casos no debería entenderse que la conducta es culpable. Es por ello que el supuesto de despido de la letra f) quiebra la homogeneidad del art.54.2 ET, puesto que se trata de un precepto sancionador de conductas culpables, que concurre en todas las restantes -letras a) a e) más la g)- pero no siempre en aquélla.

En cuanto a la gravedad, como el precepto apunta, ha de partirse de que no puede apreciarse en cualquier consumo, sino que para poder considerar que se está ante “embriaguez habitual o toxicomanía” aquél ha de ser de entidad y continuado<sup>18</sup>, sin que sea equivalente consumo habitual con embriaguez habitual o toxicomanía. Asimismo, la negativa repercusión en el trabajo debe ser de la suficiente entidad como para justificar la aplicación de la sanción de mayor gravedad, el despido<sup>19</sup>. Con todo, el precepto no aporta claves para concretar estos aspectos, sino que realiza una referencia genérica a tales situaciones, dejándolas en un plano de inconcreción que dificulta su aplicación, máxime a tenor de que, como corresponde a un supuesto sancionador, debe interpretarse en sentido restrictivo<sup>20</sup>.

A ello hay que añadir la obsolescencia y anacronismo de su enfoque estrictamente represivo, que no es propio de un ordenamiento jurídico moderno como el nuestro, que prima los principios preventivos y de tutela de la salud. Además de ello, en un plano estrictamente práctico, resulta innecesario e incluso contraproducente a efectos de rehabilitación, pues el despido reduce las posibilidades de recuperación del trabajador, postergando, e incluso a veces

16. Según la actual definición de la RAE, adicción es la “dependencia de sustancias o actividades nocivas para la salud o el equilibrio psíquico”.

17. En esta dimensión del dominio de la sustancia sobre la persona incidía la definición que incorporaba la vigésimo segunda edición del diccionario de la RAE (2001).

18. Criterio interpretativo con largo rodaje es la no equivalencia de la condición de bebedor habitual con la embriaguez habitual, refiriéndose la causa del 54.2,f) ET sólo a estos últimos supuestos, vid. Ciscart Beà, N. El despido por embriaguez y toxicomanía, op. cit., p.16.

19. Se ha señalado que la exigencia de repercusión negativa en el trabajo a efectos de aplicar el despido disciplinario tiene una dimensión cuantitativa –ejecución defectuosa de la prestación de trabajo por lo que respecta a resultados- y cualitativa –daño de la profesionalidad del empleado-, vid. Romero Ródenas, M.J. Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico laboral y de seguridad social, op. cit., p.243.

20. Sobre la relación que ha de darse entre los elementos de este tipo infractor, vid. Valdeolivas García, Y. “Embriaguez habitual y toxicomanía”, op. cit., p. 318.

haciendo inviables, sus posibilidades de recuperación. A ello hay que añadir que el exclusivo tratamiento sancionador provoca que se produzca una peligrosa ocultación del problema tanto por parte del afectado como por los compañeros de trabajo<sup>21</sup>, impidiendo con ello que puedan aplicarse vías adecuadas de tratamiento en orden a su recuperación.

Estas razones determinaron que ya el 2 de octubre de 2000 (Boletín Oficial de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados- de 6 de octubre de 2000) el Grupo Parlamentario Popular presentara en el Congreso una Proposición de Ley cuyo único artículo disponía “se suprime la letra f) del apartado 2 del artículo 54 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”. Esta frustrada proposición de ley fundamentaba la necesidad de suprimir el precepto en base a su carácter disfuncional, innecesario y discriminatorio. Así, se argumentaba que sanciona la condición personal de alcohólico o toxicómano, no una conducta del trabajador, por lo que puede ser negativo en orden a la rehabilitación y reinserción de estas enfermedades. Además, dado que sólo pueden sancionarse conductas que tengan repercusión negativa en el trabajo, las restantes circunstancias previstas en el citado artículo 54.2 resultarían suficientes para castigar las conductas que incurrieran en los mismos, independientemente de la condición de alcohólico toxicómano del trabajador, por lo que carece de utilidad. En caso contrario, de entender que se está sancionado con el despido una conducta que en otro trabajador no alcohólico o drogodependiente no merecería tal sanción, habría de concluirse que es injusto y discriminatorio.

Desde el punto de vista práctico, la ausencia de claridad del precepto, sumada a la gran casuística a la que se presta y a las diferentes valoraciones que el supuesto sancionable suscita -que han generado dispares posicionamientos

21. Un ejemplo de peligrosa ocultación con intención de proteger a los trabajadores consumidores de alcohol se recoge en Ciscart Beà, N. El despido por embriaguez y toxicomanía, op. cit., p.24. Éste ocurrió en la empresa SEAT, en la que los servicios médicos, a fin de evitar la consecuencia negativa de la extinción contractual de los trabajadores, cuando éstos eran llevados al botiquín del taller en estado semiinconsciente los remitía a los servicios médicos centrales, y éstos los evacuaban en ambulancia a su domicilio, sin despertar ninguna sospecha pero ocultando la gravedad del problema, puesto que se producía de 6 a 8 veces mensuales.

acerca del mismo<sup>22</sup>-, se han traducido en una gran inseguridad aplicativa<sup>23</sup>. Por esta razón, se trata de un supuesto poco utilizado por las empresas<sup>24</sup>, que ven en él demasiada incertidumbre<sup>25</sup>, razón por la que, en situaciones de consumos problemáticos de alcohol o drogas en el ámbito del trabajo, optan por la aplicación prioritaria de las restantes causas de despido previstas en el art.54.2 ET. En este sentido, si se da el supuesto de base, el despido del trabajador consumidor de alcohol o drogas -en tal caso no se exigiría mayor grado de adicción, dado que el despido se basa en causa distinta- podría fundamentarse en cualquiera de las causas previstas en dicho precepto. No obstante, ciertas circunstancias favorecen de manera particular la aplicación de algunas de ellas. Es el caso de los trabajadores que, dentro de su jornada laboral o bien con el vehículo de la empresa<sup>26</sup>, conducen en situación de embriaguez, supuesto que es considerado infracción de la buena fe contractual por una muy consolidada doctrina judicial<sup>27</sup>, que aprecia particular gravedad si la conducción es esencial en la prestación de trabajo<sup>28</sup>.

Este uso de vías de sanción alternativas reafirma la nula utilidad del supuesto f), por cuanto, si no existe repercusión negativa en el trabajo, el consumo no puede castigarse, ni por esta ni por otra vía<sup>29</sup>, y si existe, hay otros cauces más garantistas para sancionar al trabajador con idéntico resultado.

22. Así, unos órganos judiciales entienden que la embriaguez y toxicomanía no deberían ser un supuesto sancionador –por todas, SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de abril de 2008 (nº1331/2008) y de País Vasco de 22 de septiembre de 2015 (nº1709/2015) , mientras que otros entienden que se trata de una conducta culpable, al menos inicialmente, por lo que es merecedora de sanción –por todas, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 2014 (nº1342/2014) y Madrid de 17 de marzo de 2015 (nº270/2015).

23. Por ello, se ha dicho que “puede tener efecto boomerang para el empresario que lo utilice”, vid. CEOE -autor: Fernández Domínguez, J.J.- “Informe ejecutivo sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral”, cit., p.60.

24. Y cuando se utiliza, frecuentemente se trata de respaldar con otra de las causas del art.54.2 ET, a fin de reforzar la fundamentación del despido, como en la STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2016 (nº1850/2016), en la que el despido de un conductor de tren AVE que da en varias ocasiones positivo en un control de alcohol se basa en la trasgresión de la buena fe contractual y la embriaguez habitual o toxicomanía (apdos.d y f, art.54.2 ET).

25. Como apunta Fernández Domínguez, J. J. en CEOE “Informe ejecutivo sobre consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral”, cit, p.59.

26. Vid. Miñarro Yanini, M. “Conducir en estado de embriaguez ¿causa justa de despido?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº400, 2016, p.

27. Entre otras, SSTTSSJ de Galicia de 28 de mayo de 2010 (nº2770/2010) y Baleares de 16 de noviembre de 2014 (nº380/2014).

28. Por todas, SSTSJ de Madrid de 27 de enero de 2012 (nº66/2012), de La Rioja de 13 de mayo de 2015 (nº107/2015), de Asturias de 26 de junio de 2015 (nº1240/2015) y de Cataluña de 15 de febrero de 2016 (nº 964/2016).

29. Así lo recuerda la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de mayo de 2012 (Rec.73/2012).

Por lo demás, este precepto tiene un efecto inspirador muy negativo en la negociación colectiva, pues marca una pauta represiva que se refleja en los convenios, determinando que el tratamiento que realizan de esta materia sea casi exclusivamente sancionador. Además, en ocasiones la negociación colectiva incluso amplía el supuesto legal<sup>30</sup>, incluyendo prohibiciones de consumo ocasionales e incluso extralaborales, siempre que pueda tener alguna incidencia negativa en la empresa por dañar su imagen, como es el caso del trabajador que porta el uniforme o distintivos de la empresa<sup>31</sup>.

Todas las razones apuntadas inciden en la necesidad de la derogación sin demora del art.54.2,f) ET, puesto que resulta anacrónico, inútil, injusto y contraproducente, además de provocar un perverso efecto amplificado -tanto cuantitativa como cualitativamente - por la vía de la negociación colectiva.

## **5. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA CONTEMPLADA DESDE LA ÓRBITA PROMOCIONAL**

### **5.1. Las drogas en los ambientes de trabajo en instrumentos promocionales**

Frente a esta dimensión represiva y sancionadora del consumo de alcohol y drogas, como ya se ha apuntado, lentamente se va abriendo otra muy diferente, más coherente con los principios preventivos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico y con el importante papel que puede y debe desarrollar la empresa en la solución de estas problemáticas sociales. Con todo, al menos en su base, con carácter general se trata de disposiciones de carácter promocional, es decir, de asunción voluntaria, por lo que su eficacia queda condicionada al compromiso voluntario del empresario, y en consecuencia, no son exigibles.

Así ha sido en los diferentes niveles de regulación sobre la materia:

#### *5.1.1. La OIT*

La OIT fue precursora en poner de relieve el efecto positivo que tiene una buena gestión de los consumos de riesgo tanto sobre los trabajadores como

30. El 94% de los convenios colectivos trata el consumo de alcohol y drogas desde la perspectiva exclusivamente sancionadora. Además, a veces incluso amplían el supuesto legal, vid. Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Álvarez Montero, A., García Cívico, J. y González Cobaleda, E. “Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas”, op.cit., p.61.

31. Como el art.41 C.C. Estatal Easyjet Handlyng Spain, citado.

sobre la empresa, al redundar en la mejora de su productividad. Así, ya en 1987, elaboró una Resolución sobre el uso indebido de alcohol y de drogas en la vida profesional y social, en la que invitaba a los gobiernos y a los agentes sociales a desarrollar programas para aplicar en las empresas en apoyo de quienes abusan de estas sustancias o están más expuestos a las mismas, con un claro cariz de protección al trabajador<sup>32</sup>. Esta idea, algo más desarrollada, es la que late en el “Repertorio de recomendaciones prácticas relacionadas con la incidencia del alcohol y las drogas en los lugares de trabajo”<sup>33</sup>, que ocho años más tarde publicaría. Partiendo de la eficacia de las políticas en el lugar de trabajo para prevenir y superar situaciones de consumos problemáticos, este instrumento establece un catálogo de orientaciones dirigidas a los sujetos concernidos en esta materia, a saber, autoridades, empleadores y trabajadores. De este modo, la OIT, consciente de las dificultades derivadas del poco consenso existente en relación al tratamiento de los consumos de riesgo en los ambientes laborales, debido a la diversidad de concepciones y percepciones del problema, planteaba un marco no vinculante, a fin de, como ha ocurrido con otras materias, ir logrando consensos en orden a una futura disposición vinculante. No obstante, esa consolidación no se ha producido, y transcurridos más de veinte años, el repertorio de recomendaciones sigue siendo la referencia central en este ámbito.

Con todo, es de destacar que el consumo abusivo de alcohol y drogas ha sido incluido en el programa SOLVE, para la integración de la promoción de la salud en las políticas de seguridad y salud en el trabajo desarrolladas en el lugar de trabajo, tanto en su versión inicial, de 2002, como en la revisada, de 2012<sup>34</sup>. La inclusión de los consumos de sustancias de riesgo en estas herramientas de gestión es importante por cuanto muestra el modo de llevar a efecto una plena integración de la promoción de la salud en relación a la gestión de los usos nocivos de alcohol y drogas, como riesgos psicosociales, en la política de seguridad y salud en el trabajo de las empresas<sup>35</sup>. De este modo, desde este sistema integral de gestión

32. OIT, “Conditions of Work Digest”, vol. 6, núm. 1, “Alcohol and drugs” (Ginebra, 1987). Sobre el particular, vid. Ciscart Beá, N. El despido por embriaguez y toxicomanía, op. cit., p.25.

33. “Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo”, Repertorio de Recomendaciones prácticas de la OIT, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_112634.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112634.pdf)

34. Programa SOLVE, 2ª Edición, 2012 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms\\_203378.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_203378.pdf).

35. Sobre el particular, extensamente, vid. Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Escarabajal Arrieta, M.D., Gimeno Navarro, M.A. y González Cobaleda, E. “Condiciones de trabajo y riesgos psicosociales relacionados con las adicciones: prevalencias de consumo y acciones preventivas en el entorno laboral”, op.cit., p.77.

de la seguridad y salud en el trabajo por el que aboga la OIT, y al igual que los restantes riesgos psicosociales, los consumos abusivos de alcohol y otras drogas habrían de incluirse en la evaluación y control de riesgos que se realice respecto de aquéllos. En consecuencia, pese a la falta de referencia específica, quedarían dentro de las previsiones relativas a la prevención de riesgos prevista en la normativa de seguridad y salud en el trabajo -Convenios nº155 OIT, nº187/2006 y Recomendación nº197-.

### 5.1.2. *La UE*

La Unión Europea ha tratado los consumos problemáticos de alcohol -con los que muestra mayor permisibilidad- y drogas, pero siempre desde la perspectiva del *soft law*. En este sentido, aunque no ha desarrollado ninguna acción específica referente a los consumos problemáticos de alcohol y drogas en el ámbito laboral, sí lo ha hecho desde una perspectiva general.

En este sentido, esta materia es una constante en los diferentes marcos de planificación institucional, así como en un plano general, en la Estrategia sobre drogas 2013-2020, que proporciona un marco político y señala las prioridades de actuación a realizar a través de dos planes de acción cuatrienales sucesivos (2013-2016 y 2017-2020). Las acciones relativas al ámbito laboral se incluyen dentro del eje estratégico referente a la “reducción de la demanda de drogas”, siendo su marco preferente de acción el de los programas de promoción de la salud pública.

En consecuencia, no hay en el ámbito de la UE realizaciones ambiciosas en materia de consumos problemáticos de alcohol y drogas, sino que, al contrario, el tratamiento comunitario, especialmente el preventivo, resulta muy pobre y decepcionante.

### 5.1.3. *Ámbito nacional*

En el ámbito nacional, el tradicional lugar central que en materia de consumos problemáticos de alcohol y drogas en el ámbito laboral tiene el art.54.2,f) ET, ha determinado que su tratamiento siga anclado en la lógica represivo-sancionadora, y que las intervenciones que superan esa perspectiva sancionadora se hayan encauzado a través de vías promocionales. Tales realizaciones se han venido desarrollando, por una parte, a través de instrumentos institucionales, y por otra, mediante un marco de compromisos adoptados entre los interlocutores sociales, que está dotado únicamente de valor obligacional.

Por lo que respecta a la primera vía, la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016<sup>36</sup>, desde una perspectiva amplia de tratamiento integral de los consumos problemáticos, dispone que “las actividades desarrolladas con población laboral han de regirse por el enfoque de salud integral (...) y deben contemplarse incardinadas como parte del desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El abordaje de la prevención del consumo de drogas en el ámbito laboral requiere de estrategias y actuaciones específicas en las que son necesarias la implicación tanto de las empresas como de los trabajadores y sus representantes (sindicatos), conjuntamente con los servicios de prevención de riesgos laborales”. Vincula, de este modo, las actuaciones en materia de consumos problemáticos a la normativa preventiva, implicando con ello a los sujetos con competencias en la materia -empresarios, trabajadores y servicios de prevención-. Los Planes autonómicos sobre drogas, en necesaria convergencia con la Estrategia nacional, han identificado el medio laboral como ámbito particularmente propicio para la implantación de medidas de intervención orientadas a la promoción de la salud<sup>37</sup>. Con todo, como es sabido, estos documentos establecen orientaciones y marcos de acción, pero no previsiones de carácter obligatorio, quedando confiada su observancia a la responsabilidad social de las empresas<sup>38</sup>.

36. Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016, <http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/docs/EstrategiaPNSD2009-2016.pdf>

37. De hecho, la totalidad de los planes autonómicos identifican el laboral como ámbito de intervención prioritario, si bien algunos, como el aragonés -que se reproduce en este punto por su gran interés- inciden de forma más directa en la relación entre consumos y trabajo y la consiguiente idoneidad de realizar actuaciones en el ámbito de la empresa y con implicación de ésta. Así, tras reconocer la idoneidad del medio laboral para la promoción de la salud, dado su carácter de elemento estructurador de la vida y su disposición de recursos preventivos, afirma “la pertinencia del abordaje de las drogodependencias en el ámbito laboral se justifica, además de por la importante incidencia de esta problemática sociosanitaria en las empresas, porque, en el contexto de la multicausalidad del fenómeno, diferentes factores laborales pueden estar implicados y, por otro lado, porque, además de repercutir en la salud y el bienestar de los trabajadores afectados, dichos problemas pueden originar otras consecuencias negativas en el lugar de trabajo como aumento del riesgo de lesiones por accidente, disminución de la productividad, alteración del clima laboral y las relaciones laborales. etc. Por ello, puede resultar conveniente que desde el ámbito laboral se asuma un mayor protagonismo, con el fin de evitar la repercusión de los riesgos derivados del consumo problemático de sustancias psicoactivas y patologías adictivas en los lugares de trabajo”. II Plan autonómico sobre Drogodependencias y otras Conductas Adictivas 2011-2016, del Gobierno de Aragón, p.38.

38. Como recuerda Fernández Domínguez, J.J. “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, op. cit., p.141.

En cuanto al marco de compromisos de los agentes sociales, el III Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva 2015-2017, de 8 de junio de 2015<sup>39</sup>, dentro de su punto 7, rubricado “Seguridad y Salud en el Trabajo”, y en el subapartado genérico referido a “otras materias”, considera que “igualmente, sería conveniente abordar la problemática que se deriva del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias y establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de accidentes de trabajo, identificar y buscar solución a las situaciones y riesgos derivados de dicho consumo”.

En suma, se trata de una previsión que, para tener valor vinculante, necesita de recepción por parte de la negociación colectiva, por lo que la eficacia y alcance que puede adquirir dependerá de los sujetos negociadores. Con todo, no parece que la posición de las asociaciones empresariales mayoritarias, CEOE y CEPYME, firmantes de dicho Acuerdo, apunte en esa dirección. Así en el reciente documento “15 reformas para consolidar la recuperación” elaborado por dichas organizaciones como declaración de posiciones ante las elecciones generales<sup>40</sup>, pero indicativo del posicionamiento institucional empresarial a efectos más amplios. En el último punto de su propuesta 8, relativa a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en orden a reducir las cotizaciones sociales de las empresas, se refiere a la necesidad de implantar un Sistema de Prevención de Riesgos Laborales que sea racional, coherente, eficaz y eficiente -partiendo, por tanto, de que el existente no lo es-. No obstante, a tal efecto responsabiliza a los trabajadores y a las Administraciones Públicas, de quienes reclama una actitud más activa, fundamentalmente en términos de responsabilidad en la gestión de los riesgos. En suma, están pidiendo que se refuercen los deberes de los trabajadores en materia preventiva y que los poderes públicos asuman los costes de los riesgos que no sea estrictamente laborales. Esta idea es clave en la interpretación de la propuesta relativa a los consumos de sustancias, consistente en “analizar la problemática que se deriva del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral. Se debe distinguir entre la prevención del consumo y los efectos y riesgos que de este se derivan, especialmente en el ámbito laboral. Las empresas carecen de herramientas para poder actuar en esta materia”. En consecuencia, muestran voluntad de que se analice el problema, pero el objetivo de ello no es sino diferenciar entre la faceta preventiva, que entienden que no les compete

39. Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, <https://www.boe.es/boe/dias/2015/06/20/pdfs/BOE-A-2015-6865.pdf>

40. CEOE “15 reformas para consolidar la recuperación: propuestas empresariales ante las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015”, [http://www.ceoe.es/es/informes/Actividad\\_Economica/15-reformas-para-consolidar-la-recuperacion-propuestas-empresariales-ante-las-elecciones-generales-del-20-de-diciembre-de-2015](http://www.ceoe.es/es/informes/Actividad_Economica/15-reformas-para-consolidar-la-recuperacion-propuestas-empresariales-ante-las-elecciones-generales-del-20-de-diciembre-de-2015)

por ser cuestión de índole social y voluntaria, y los efectos y riesgos derivados de los consumos, frente a los que entienden que no disponen de herramientas -más allá de las sancionadoras-<sup>41</sup>. En suma, tal postura muestra que, pese a los esfuerzos institucionales y los compromisos adquiridos por los agentes sociales, los empresarios no sólo no parecen sentirse concernidos por la prevención y atención de estos riesgos, sino que parecen desconocer el marco promocional existente y los acuerdos que ellos mismos han adoptado.

## **5.2. Las drogas en los ambientes laborales en leyes autonómicas**

Es de destacar que, junto con el marco estratégico, también las leyes autonómicas establecen medidas de índole preventiva y recuperadora de los consumos problemáticos de drogas en los lugares de trabajo en las que implican a empresarios, sindicatos y órganos de prevención. Si bien éstas no tienen carácter vinculante, dado que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado y por ello fuera del ámbito estatal sólo pueden establecerse medidas promocionales, no debe subvalorarse su importancia. Así, aunque formalmente puedan tener el mismo valor orientador y carácter facultativo que los marcos estratégicos, la inclusión de estas previsiones en una ley, que es expresión de un mandato general de optimización de un fin, les confiere valor informador e interpretativo del ordenamiento jurídico, intensificando así su significación.

Las normas autonómicas en las que se incluyen estas disposiciones pueden ser de sanidad -al integrarse la prevención y tratamiento de los consumos en sus competencias de salud-, o bien ser específicas sobre tratamientos de consumos y adicciones a drogas. Por lo que respecta a las primeras, la más reciente es la Ley 10/2014, de Salud de la Comunidad Valenciana<sup>42</sup>, que en su art.62.5 “insta” -término revelador del que se infiere que no es una mera orientación o sugerencia<sup>43</sup>- a la realización de programas de prevención de consumo de drogas y trastornos adictivos en el ámbito laboral, encomendando su diseño, ejecución y evaluación a las organizaciones empresariales, los sindicatos más representativos, los servicios de prevención y los comités de seguridad y salud de las empresas.

41. Sobre el particular puede verse Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Escarabajal Arrieta, M.D., Gimeno Navarro, M.A. y González Cobaleda, E. “Condiciones de trabajo y riesgos psicosociales relacionados con las adicciones: prevalencias de consumo y acciones preventivas en el entorno laboral”, op.cit., p.77

42. BOE de 10 de febrero de 2015.

43. Atendiendo a las definiciones 1 y 3 de la RAE -la 2 está en desuso-, que señala, respectivamente, que es “repetir la súplica o petición, insistir en ella con ahínco”, y “apretar o urgir la pronta ejecución de algo”. Diccionario Real Academia de la Lengua Española, 23ª edición, 2014.

En cuanto a las leyes autonómicas específicas sobre drogas, es de destacar que todas ellas identifican el ámbito laboral como propicio para la prevención y tratamiento de consumos problemáticos. Las más recientes son las Leyes 4/2015, de 6 de marzo, de Atención Integral en Materia de Drogas y Bebidas Alcohólicas del Principado de Asturias<sup>44</sup>, y 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias del País Vasco<sup>45</sup>. Por lo que respecta a la primera, en su art.18 prevé una activa e intensa colaboración de la Administración autonómica en aras a la implantación de programas de promoción de la salud en el trabajo y propiciatorios de entornos laborales libres de drogas y bebidas alcohólicas, medidas de atención e inserción laboral y a impulsar el desarrollo de esta materia en la negociación colectiva, particularmente de medidas dirigidas a conservar el empleo.

Mención destacada merecen los contenidos en esta materia previstos en la Ley Vasca 1/2016 que, con el límite que le impone la distribución competencial, introduce un generoso marco de medidas y acciones proyectadas sobre el medio laboral de carácter preventivo y de tratamiento frente a consumos problemáticos, siendo muy destacable que lo entronca directamente con la seguridad y salud en el trabajo. Así, por una parte, el art.19 prevé la implicación del departamento del Gobierno Vasco encargado de gestionar las políticas de seguridad, higiene, medio ambiente y salud laborales en la potenciación de acuerdos de asociaciones empresariales y sindicatos y adopción de medidas en las empresas, definiendo con precisión la orientación que habrá de darse a unos y otras. Así, los acuerdos que se alcancen han de incluir medidas de prevención, favoreciendo entornos laborales salubres, pero también de atención cuando el problema ya existe, detectando e interviniendo ante problemas de consumos problemáticos, utilizando el medio de trabajo como ámbito de deshabituación y tratamiento, y vigilando que las adicciones no constituyan factores de discriminación en la empresa y se guarde sobre ellas la debida confidencialidad. Por lo que respecta a las medidas a impulsar en las empresas, responden a la idea de que el “desarraigo laboral” puede ser contraproducente en situaciones de consumo problemático, por lo que tienen por objeto que las personas que los padecen permanezcan en el ámbito laboral. Con esta idea latente, la Ley incluye las medidas de modulación de potestades disciplinarias, la conservación del empleo y la reserva de puestos de trabajo de los trabajadores con problemas de adicciones durante su proceso de recuperación.

Por otra parte, en su art.20, prevé la promoción directa de acciones preventivas, en el marco de los servicios, actividades y participación previstos

44. BOE 2 de mayo de 2015.

45. BOE de 2 de mayo de 2016.

en la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, por parte de la Administración autónoma vasca a través del órgano encargado de gestionar las políticas en materia de seguridad, higiene, medio ambiente y salud laborales, en colaboración con los gestores de las empresas, asociaciones de empresarios, sindicatos y otros sujetos concernidos. Entre éstas hay medidas de carácter general -información, sensibilización y formación, elaboración de protocolos y guías de salud, limitación del acceso a sustancias adictivas, integración de factores de riesgo de adicciones en la evaluación de riesgos psicosociales- y otras dirigidas a grupos o personas en situación de riesgo -acciones de prevención del consumo de alcohol y tabaco en situaciones de particular riesgo, elaboración de un protocolo específico en caso de riesgo grave e inminente de adicciones, información de los programas de apoyo en supuestos de consumos de riesgo, acción coordinada del servicio de prevención y sistema sanitario en la detección de conductas de riesgo-.

En suma, la Ley Vasca 1/2016 expresa la firme voluntad de que se desarrollen actuaciones preventivas y de tratamiento de las adicciones en el ámbito del trabajo integradas en las acciones de prevención de riesgos laborales. Sus ideas referenciales básicas son la idoneidad del medio de trabajo en la prevención y tratamiento de adicciones y, consecuentemente, lo contraproducente que resulta la expulsión del medio laboral del trabajador afectado por estos problemas. De este modo, expresa un claro rechazo a la posición tradicional ante las situaciones problemáticas contenida en la normativa general -art.54.2,f) ET-, abogando por una respuesta colectiva, de índole preventiva y de atención al trabajador afectado, y en la que resultan implicados todos los sujetos concernidos. Supone, por tanto, una orientación renovada y de progreso, que expresa la firme voluntad e implicación de la Administración autonómica vasca de hacer frente al problema de las adicciones en el ámbito laboral de forma efectiva y no ocultándolo y/o “apartándolo”, y que tan deseable sería se extendiera y se utilizara como modelo en otros ámbitos.

## **6. PROPUESTAS DE CAMBIO**

Como ha quedado expuesto en las páginas anteriores, existe una radical diferencia de enfoques -y resultado de ello, en la concepción de las medidas a aplicar y sujetos implicados en las mismas- entre el que inspira el marco institucional y el que refleja la ley de alcance general, que además, dada su tradicional centralidad reforzada por su carácter imperativo, provoca un efecto amplificado a través de su desarrollo por la negociación colectiva. Así, frente a la consideración de enfermedad y consecuente desarrollo de acciones de prevención y tratamiento desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales que hace aquél, ésta parte de que se

trata de una “enfermedad voluntaria” y, con un claro cariz represivo, ofrece como respuesta exclusiva la sanción del despido. Hay, en consecuencia, una profunda y grave contradicción<sup>46</sup>, que tiene el perverso efecto práctico de dejar relegada a un plano secundario y además voluntario la prioridad expresada institucionalmente -prevención y tratamiento-<sup>47</sup>. Sin duda, esta disparidad de perspectivas y tratamientos fracciona y la hace poco coherente nuestro sistema en esta materia. No obstante, lo más grave de todo es que no ofrece soluciones generales que sean realmente efectivas ante el problema de los consumos problemáticos en los ambientes de trabajo. Así, no se establecen medidas preventivas con carácter general, que podrían evitar el problema de los consumos abusivos. Además, una vez ya materializado, sólo los trabajadores afectados que tengan la gran y aún muy infrecuente<sup>48</sup> fortuna de estar bajo la cobertura de un convenio colectivo que establezca medidas de tratamiento de deshabituación alternativas al despido tendrán una “segunda oportunidad” que les permita evitar la expulsión del ámbito laboral -de efectos absolutamente antiterapéuticos- y el mantenimiento del trabajo, con lo que supone en sí mismo de impulso a la recuperación y contando con el importante apoyo de las medidas de tratamiento que en él se establezcan.

Urge, por tanto, hacer que este panorama cambie, desterrando los elementos perturbadores existentes para configurar un tratamiento jurídico coherente y efectivo para la buena salud del trabajador y la sociedad y también para la productividad e interés de empresa. A tal efecto, varios son los cambios que deberían producirse:

- 1 Derogar del art.54.2,f) ET: Este es el cambio esencial y más apremiante que ha de acometerse, dado que su mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico imprime un marcado carácter represivo al tratamiento de esta materia, que choca frontalmente con el espíritu preventivo de una norma tan esencial como es la LPRL, marcando además una insidiosa pauta a la negociación colectiva. El precepto es, como ya se ha dicho, injusto, discriminatorio, disfuncional e innecesario, responde a una concepción caduca y representa

46. Así lo califica Álvarez Montero, A. “Tratamiento convencional de los consumos problemáticos de drogas en los ambientes de trabajo: entre tradición y renovación”, op.cit., p.118.

47. En referencia a dicho panorama, que califica de “ambiguo”, vid. Fernández Domínguez, J.J. “La embriaguez habitual como causa de despido y/o la asistencia al trabajador con problemas de alcohol y drogas”, op. cit., p.141.

48. Pues se ha de recordar que solamente el 6% de los convenios colectivos incorporan cláusulas preventivas (5%) o de acción social (1%) ante consumos problemáticos, vid. Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., Álvarez Montero, A., García Cívico, J. y González Cobaleda, E. “Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo: Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas”, op. cit., pp.59 y 60.

un elemento disturbador en nuestro ordenamiento jurídico. Es, en suma, una rémora para un tratamiento renovado de los consumos problemáticos de drogas y alcohol en los ambientes laborales que integre medidas realmente efectivas para hacer frente a este problema.

- 2 Dar un enfoque preventivo a los consumos problemáticos de alcohol y drogas: Superado el paradigma disciplinario, los consumos de riesgo han de contemplarse desde una óptica preventiva e integrarse en la prevención y protección frente a riesgos ex art.14 LPRL, primando su concepción como riesgo psicosocial. Ello supone, entre otras cosas, que ha de ser objeto de evaluación y que, en su caso, coherentemente, habrán de desarrollarse las actividades preventivas que proceda para eliminarlo o reducirlo. La prevalencia de estos consumos entre la población trabajadora y la evidencia de que existen sectores, actividades y condiciones de trabajo que elevan particularmente el riesgo avalan esta necesaria vinculación. Además, dar primacía al enfoque preventivo genera un elevado beneficio social y económico<sup>49</sup>, pues se reducen los costes directos e indirectos, también para la empresa, ya que se evita el problema o se trata desde sus estadios iniciales, evitando que agrave debido a su prolongación, y favoreciendo la recuperación.
- 3 Establecer un marco legal coherente con la dimensión preventiva: Dando un paso más, con objeto de afianzar esta visión preventiva de los consumos de riesgo eliminando reductos de respuesta disciplinaria, de generar un marco mínimo homogéneo y dar pautas claras a las empresas, sería conveniente normativizar esta materia a través de una regulación estatal de carácter imperativo. Además, ya existe modelo a seguir -pese a las limitaciones competenciales en las que se mueve, que no se producirían si tal regulación fuera acometida por el legislador del Estado- en la comentada Ley Vasca 1/2016. En esta órbita, las premisas fundamentales que habría de establecer esta regulación general imperativa deberían ir dirigidas a potenciar y desarrollar el enfoque preventivo, y particularmente, como ésta hace, habría de establecer la integración en la evaluación de riesgos psicosociales de los factores y condiciones de trabajo que favorecen los consumos de riesgo a fin de prevenir el problema, a detectar e intervenir precozmente los consumos de riesgo, a hacer del trabajo un ámbito de deshabituación y garantizar la conservación del puesto de trabajo durante el proceso de tratamiento.

49. Sobre los elevados costes del enfoque disciplinario, vid. Ribas, E., Portella, E., Ridao, M. Carrillo, E. y Camacho, C. “Los costes derivados del consumo de alcohol para el sistema productivo de España”, Revista Adicciones, volumen 11, nº1, 1999, p.33-36.

- 4 Promover la adopción por las empresas de medidas concretas adaptadas a cada ámbito específico: Dado que ni todas las empresas ni todos los trabajadores son iguales, en esta materia es particularmente necesario hacer efectivo el principio de adaptación propio del moderno sistema preventivo de prevención de riesgos laborales. A tal efecto, para la concreción de las oportunas medidas preventivas, las empresas habrían de atender a cuestiones como son el sector, la actividad, la organización del trabajo y el perfil de sus trabajadores. Para ello, cuenta con la valiosa información que la ECML-13 refleja, así como herramientas de gestión elaboradas por la OIT a lo largo de los años de estudio de este problema socio-laboral<sup>50</sup>. De este modo, se conjugaría la necesaria adopción de medidas preventivas y el cumplimiento de normas imperativas de protección del trabajo del trabajador, con la necesaria flexibilidad en orden a lograr la máxima adecuación preventiva y recuperadora de las medidas concretas aplicadas.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como conclusión a este estudio, es oportuno llamar la atención acerca del contraste que supone la enorme dinamicidad que ha mostrado el ordenamiento laboral en algunos aspectos, en comparación con la parálisis que mantiene en materia de tratamiento de las situaciones consumos problemáticos de alcohol u otras drogas en ambientes laborales. El hecho de que se siga manteniendo vigente una norma que hunde sus raíces en las primeras leyes franquistas y está imbuida de la moral propia de la época, es tan sorprendente como criticable, máxime si se tiene en cuenta que es una disposición que apenas se utiliza por las dificultades aplicativas que entraña. También revela la falta de interés de los sucesivos gobernantes por dar una respuesta efectiva al problema de los consumos de riesgo en el ámbito laboral, que necesariamente ha de ser coherente con las normas de prevención de riesgos laborales, para así evitar, con ello, contradicciones dentro del ordenamiento laboral.

Sin duda, tras este inmovilismo se esconde la falta de valoración real de la entidad del problema, pero también la voluntad de evitar fricciones con la patronal, reacia a implicarse en la solución de una cuestión que estima ajena al ámbito laboral. No obstante, yerran al percibirlo como “problema ajeno” pues, como se ha expuesto en las anteriores páginas, al margen de la relación que puede existir -y los datos así lo indican- entre consumos de riesgo por los trabajadores y ámbito laboral, las consecuencias derivadas de éstos acaban implicando a las empresas, ocasionándoles grandes problemas de seguridad y cuantiosos gastos.

50. Como el ya citado Programa SOLVE, 2ª Edición, 2012.

En suma, resulta también antieconómico para las empresas, si bien la visión cortoplacista imperante parece pasarlo por alto, o bien se aplica una “economía de esfuerzos”, con la convicción de que compensa asumir el gasto y deshacerse del problema antes que resolverlo. Sin embargo, este planteamiento empresarial no es acorde con el papel clave que las empresas quieren desarrollar, no sólo en la esfera económica del país, sino más ampliamente, en la sociedad actual<sup>51</sup>.

En suma, es imprescindible eliminar de nuestro ordenamiento jurídico el represivo e inútil art.54.2,f) ET para dejar entrar en materia de consumos de riesgos en el ámbito laboral el viento fresco que supone las soluciones basadas en una concepción preventiva y recuperadora. Éstas habrían de recogerse en normas generales e imperativas, a fin de asegurar su aplicación a todos los trabajadores, sin perjuicio de dejar margen de adaptaciones a las circunstancias concurrentes. Esta nueva orientación supone un gran cambio para la empresa, pues de expulsar el problema -despido-, pasa a ocupar un papel protagonista en su solución -prevención y recuperación-. No obstante, se trata de la solución más beneficiosa social y económicamente, y además está en perfecta sintonía con el relevante papel que quiere asumir la empresa en la sociedad actual.

51. En este sentido, J. Rosell afirmaba ante la asamblea de la CEOE que “la empresa es clave y hace sociedad”; esta intervención puede verse reproducida parcialmente en *El Imparcial*, 18 de junio de 2013, vid. <http://www.elimparcial.es/noticia/124586/economia/>

# EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO. SITUACIÓN ACTUAL Y NUEVAS PERSPECTIVAS

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Murcia

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Accidente laboral; teletrabajo; domicilio; intimidad; prevención de riesgos laborales**

Con el auge de las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación, nos encontramos que cada vez son más los trabajadores que desarrollan su prestación laboral de servicios desde su propio domicilio, sin necesidad de desplazarse físicamente a las instalaciones de la empresa. Este hecho, al margen de la flexibilidad que comporta, sin duda conlleva también la dificultad de aplicar el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en el que se establece que el empresario debe garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores. En el presente trabajo se analizan los problemas prácticos más habituales y las ventajas e inconvenientes de las posibles propuestas de regulación que pudieran ofrecerse al respecto.

## ABSTRACT

**Key words: Accident at work; telecommuting; home, privacy; prevention of occupational hazards**

With the rise of Information and Communication Technologies, every time we find that more and more workers who carry out their work to from their own home, without having to physically visit the company. This fact, apart the flexibility that entails, undoubtedly also involves the difficulty of applying article 14 of the Law on Prevention of Occupational Risks, which indicates that the employer must ensure the safety and health of its workers. This paper discussed the most common practical problems and practical benefits of possible regulatory proposals of teleworking, in particular, telework accidents.

## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: EL TRABAJO A DOMICILIO EN EL SIGLO XXI
2. LOS PROBLEMAS MÁS SIGNIFICATIVOS DEL TELETRABAJO
3. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS DEL EMPLEADOR ADAPTADAS A LOS PERFILES DEL TELETRABAJO
4. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO. CUESTIONES OBJETO DE DEBATE
  - 4.1. Accidente de trabajo y accidente doméstico. Los problemas de delimitación. Alcance de presunción de laboralidad de la contingencia sufrida en tiempo y lugar de trabajo
  - 4.2. ¿Qué valor tiene el consentimiento previamente manifestado por parte del teletrabajador permitiendo la entrada en su domicilio?
  - 4.3. ¿Existe posibilidad de liberar a la empresa de su responsabilidad en materia de salvaguarda de la seguridad e higiene en el lugar de trabajo?
  - 4.4. ¿Cabe el accidente in itinere respecto a los teletrabajadores?
  - 4.5. Nuevos contornos del accidente en misión: su extensión a los ocurridos dentro del propio domicilio del teletrabajador
  - 4.6. Las enfermedades vinculadas directamente al trabajo realizado como modalidad particular de accidentes de trabajo
  - 4.7. La apreciación jurisprudencial del accidente de trabajo en otras situaciones en las que coincide lugar trabajo y lugar de residencia del trabajador ¿paralelismo con el teletrabajo?
5. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN: EL TRABAJO A DOMICILIO EN EL SIGLO XXI

En una sociedad altamente especializada, en la que los avances informáticos llegan prácticamente a todos los ámbitos, las nuevas tecnologías empiezan a ocupar un lugar muy destacado en el desarrollo de la prestación laboral de servicios, facilitando incluso la deslocalización del trabajo<sup>1</sup>. Y es que las nuevas herramientas informáticas permiten al trabajador dependiente realizar su prestación laboral sin necesidad de ubicarse físicamente en la misma sede de la empresa. Se implantan así nuevas formas de flexibilización y modernización de la prestación de servicios en muchos ámbitos de actividad.

En el siglo XXI, gracias al fenómeno del teletrabajo se produce un enorme crecimiento del trabajo a domicilio<sup>2</sup>. La producción artesanal que motivó el nacimiento de esta especialidad del trabajo dependiente deja paso hoy a la prestación informática como nuevo ámbito material en el que el trabajo a

1. En la práctica, en muchas ocasiones la misma prestación se puede recibir tanto por medio de la presencia física del trabajador en su empresa como a través de la presencia virtual. Véase STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/ 3321).

2. Así lo expresa Durán López, F. advirtiendo que, junto a la externalización creciente de fases productivas se recurre a nuevos fenómenos de los que podría denominarse «descentralización interna» a través de la que resurge, de nuevo al trabajo a domicilio, (ahora, en su modalidad de teletrabajo), con lo que las normas de Derecho del Trabajo pensadas en función del lugar de trabajo se vacían de contenido. Cfr. “Globalización y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º. 92, 1998, pág. 871.

domicilio goza de gran aceptación<sup>3</sup>. Y será en este nuevo contexto, en el que empresario y trabajador dejan de estar presentes, física y simultáneamente, en el mismo lugar de trabajo, dónde las nuevas tecnologías adquieren una misión antes desconocida.

Gracias a las nuevas tecnologías, el «trabajo a domicilio» cuenta hoy con nuevos campos de actuación, muy distantes del ámbito material en el que se gestó<sup>4</sup>. Así, aunque en un primer momento el legislador, al regular esta figura, pensó en formas de producción artesanales y básicamente manuales, en la actualidad, el teletrabajo es la modalidad principal de fenómenos de trabajo a domicilio (o trabajos a distancia) que se están presentando en la práctica<sup>5</sup>, la mayoría de ellos encuadrados ya en el sector terciario. De hecho, son estos cambios sociales los que han motivado el cambio de denominación que la legislación laboral tradicionalmente ofrecía a esta figura, que ha pasado de identificarse como “trabajo a distancia” (cfr. nueva redacción del art. 13 ET).

La prestación de servicios deslocalizada deja de vincularse con aquellas actividades que por su contenido necesariamente deben realizarse fuera de la sede empresarial, para pasar a ser una característica factible de cualquier tipo de prestación de servicios que no necesite desarrollarse en la sede física de la empresa. De hecho, en los últimos años, también las Administraciones públicas

3. Al respecto, véase. Sellas i Benvingut, R., *El régimen jurídico del Teletrabajo en España*, Aranzadi editorial, Pamplona, 2001; Thibault Aranda, J., *El teletrabajo*, CES, Madrid, 2000; y Gallardo Moya, R., *El nuevo y el viejo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador*, Ibidem ediciones, Madrid, 1998.

4. “La empresa vive un “proceso de reestructuración a través de la creación de redes informáticas, que disgrega en una forma hasta ahora no conocida, la inserción del trabajo personal en la organización productiva”. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos; Madrid, 1999, pág. 105. “Razones varias, aunque básicamente económicas, pueden explicar que el trabajo a domicilio haya venido superando las sucesivas transformaciones del sistema productivo y pervivir pese a los augurios sobre su desaparición como forma de trabajo útil al efecto de incorporar el esfuerzo humano a los procesos de producción de bienes y servicios. Y justamente esta característica de adaptabilidad es la que parece descubrirse en su actual resurgimiento”, cfr. Luján Alcaraz, J., “El trabajo a domicilio”, en AAVV, *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, (Coordinadores, Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

5. El modo típico de realizar la prestación laboral ha experimentado una serie de transformaciones que, en la mayoría de los casos, únicamente constituyen simples variaciones de llevar a cabo un «trabajo a domicilio», en el que “la máquina de hilar” se ha sustituido por “el ordenador”, Gallardo Moya, R. *“El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador”*, Ed. Ibidem, Madrid, 1998.

comienzan a familiarizarse con el teletrabajo, poniendo en práctica las primeras experiencias de “trabajo a distancia” de los propios empleados públicos<sup>6</sup>.

Pero la deslocalización no es la única forma de flexibilidad que se ve coadyuvada por los avances tecnológicos. Es frecuente que las nuevas formas de trabajo a domicilio se compatibilicen además con manifestaciones atípicas de trabajo a tarea o incluso, con una distribución flexible de la jornada, intentando fomentar la implicación del trabajador con su empresa y de esta manera mejorar su eficacia individual y con ella, la calidad y la cantidad final de la producción.

Habida cuenta de esta realidad social, en el ámbito del Derecho del Trabajo, el legislador decidió ofrecer una protección adicional a este colectivo de trabajadores a los que, debido a las concretas características de su prestación de servicios, se les presupone mayor necesidad de protección: en concreto, sin llegar al extremo de atribuirles el carácter de relación laboral especial, sí establece determinadas especialidades o particularidades a través de las que se intenta asegurar el respeto de los derechos laborales de los trabajadores a distancia: en concreto, aunque con carácter general el contrato de trabajo, puede celebrarse por escrito o verbalmente (8.1 ET), la ley exige que el contrato de “trabajo a distancia” presente siempre forma escrita y el visado de la Oficina de Empleo, debiendo figurar además en el texto del contrato el lugar en el que se realizará el trabajo, para poder exigir así las necesarias medidas en materia de seguridad e higiene (13.2 ET, en relación con el art. 14.1 LPRL). No se trata obviamente de unas garantías infalibles que impidan cualquier forma de incumplimiento de los derechos laborales, pero sí se encuentran en un escalón superior de protección respecto al resto de trabajadores por cuenta ajena.

## 2. LOS PROBLEMAS MÁS SIGNIFICATIVOS DEL TELETRABAJO

Pero las ventajas inherentes a esta forma de organización del trabajo también vienen acompañadas de la presencia de otros factores que pueden convertir el teletrabajo en una forma de empleo precario<sup>7</sup>. En esta desprotección influye el escaso tratamiento normativo del que por el momento es objeto esta figura, lo que desencadena ciertos problemas interpretativos. Y es que muchas de las instituciones clásicas ideadas para proteger los derechos laborales durante el

6. Sobre este tema, *in extenso*, véase Belzunegui Eraso, A., “El teletrabajo en España, acuerdo marco y Administración pública”, en *Revista Internacional de Organizaciones*, nº. 1, 2008, pág. 145.

7. “O, cuanto menos, más arriesgado en su ejecución para el trabajador por la falta de cobertura de alguno de los aspectos esenciales del contrato de trabajo”, como ponen de manifiesto Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., en “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, nº. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 4.

desarrollo de la relación laboral, por sus características, en la práctica, no resultan plenamente útiles para satisfacer las necesidades de protección del teletrabajo.

Así pues, salvo las referencias genéricas al “trabajo a distancia” (art. 13 ET) a las que antes se ha hecho referencia, la legislación española no contempla de modo expreso el teletrabajo. Por ese motivo, en su configuración y regulación se utiliza como punto de referencia el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (vigente desde julio de 2002).

En concreto, dicho texto está destinado a conseguir que los teletrabajadores se beneficien de la misma protección que los asalariados que trabajan en las instalaciones de la empresa. En él se recogen entre otros aspectos, el carácter voluntario de esta forma de prestación de servicios, las condiciones de empleo, la protección de datos, la vida privada, los equipamientos, la salud y la seguridad, la organización del trabajo, la formación y los derechos colectivos, así como las formas de garantizar su cumplimiento. En esta línea, el art. 13 ET, ratificando con ello las medidas de actuación previamente incluidas en el citado Acuerdo Marco, sí que contempla la plena igualdad de derechos entre los “trabajadores a distancia” y los que no lo son<sup>8</sup>.

Ahora bien, a pesar de que el legislador insista en la plena y total igualdad de derechos de los trabajadores a distancia y los trabajadores “presenciales”, en el ámbito laboral, el problema más grave al que tienen que enfrentarse los teletrabajadores dependientes es el relacionado con las posibilidades de quedar atrapados en la economía sumergida. Y es que el contexto en que se desarrolla el teletrabajo constituye el campo idóneo para que prospere lo que se viene calificando de forma coloquial como “trabajo negro”. El hecho de que en la mayoría de los casos el servicio se lleve a cabo en el propio domicilio del trabajador, empleando muchas veces además sus propios instrumentos de trabajo (en este caso el equipo informático) permite hacer pasar desapercibida esta clase de colaboración productiva<sup>9</sup>.

Pero no sólo puede ocurrir que se aproveche la intimidad del domicilio familiar en el que se desarrolla la teleprestación para materializar una relación laboral no declarada con el fin de evitar el alta en la Seguridad Social, sino que

8. En concreto, hace referencia expresa a la igualdad de retribución, de horario, de medidas de seguridad y salud y de representación sindical.

9. Y es que en ocasiones, en el teletrabajo por cuenta ajena se flexibiliza la *ajenidad en los medios de producción*, puesto que puede ocurrir que parte del equipo informático que se utiliza en el desarrollo de la prestación, no sea propiedad de la empresa, sino del propio trabajador. Bastará entonces por ejemplo, con que sea la empresa la que facilite el programa informático que se utiliza o las bases de datos para reconocer su *integración productiva*. Cfr. Selma Penalva, A., “*Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 303.

existen otras muchas formas de fraude que se aprovechan de esta situación: así, el teletrabajo puede servir para llevar a cabo una colaboración retribuida mientras se percibe indebidamente la prestación por desempleo derivada de la extinción de una relación laboral anterior. Otras veces, el empleador se vale de la intimidad del domicilio en el que presta servicios un teletrabajador para contratar a extranjeros irregulares, o para establecer jornadas diarias de trabajo que superan claramente los máximos legales (y es que constatar en estos casos el tiempo de duración efectiva de los servicios es extremadamente difícil, pues no siempre aparece directamente vinculado al tiempo de conexión)<sup>10</sup>.

Habida cuenta de esta situación, no puede negarse que los teletrabajadores quedan afectados exactamente de la misma desprotección que sufren los empleados de hogar<sup>11</sup>. Y es que, por el momento, la mayor parte de los mecanismos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del domicilio del trabajador, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la “intimidad personal y familiar” (art. 18.1 CE) y a la “inviolabilidad del domicilio” (art. 18.2 CE).

Ahora bien, no son éstos los únicos inconvenientes a los que debe enfrentarse el teletrabajo. Así por ejemplo, uno de los aspectos que más dudas interpretativas suscita es el relacionado con la protección de la seguridad y salud de este tipo de trabajadores durante el periodo de tiempo en el que desarrollan las tareas que tienen encomendadas desde su domicilio. Y es que aunque, con el fin de evitar dudas interpretativas<sup>12</sup>, el art. 13.4 ET, de forma tajante, se ocupa de proclamar que “Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido

10. Literalmente, el art. 18.2 CE proclama que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Así, en ausencia de reconocimiento expreso por los contratantes, para declarar que existe una relación laboral no formalizada se necesitará que se demuestre ante la jurisdicción social. La intimidad del domicilio en el que se desarrolla la actividad pactada dificultan disponer de «hechos concluyentes» que se puedan aportar como prueba de la existencia de una relación laboral no formalizada (8.1 ET). El juzgador entonces se tendrá que apoyar en datos indirectos o lo que es lo mismo, en indicios que permitan deducir la existencia del hecho presunto (la existencia de una relación laboral, retribuciones periódicas, testimonios de vecinos del inmueble, etc. -con las dificultades probatorias que esto implica-) para poder formular un juicio de valor al respecto.

11. Y es que tanto los teletrabajadores como los empleados domésticos tienen en común que desempeñan su prestación laboral no en un centro de trabajo al uso, sino en el seno de un domicilio, y por lo tanto, su relación contractual queda impregnada y modalizada por el derecho a la intimidad que la CE reconoce al hogar familiar.

12. Habida cuenta de que la obligación empresarial de garantizar la seguridad e higiene en el trabajo queda proclamada sin reservas en el art. 19 del ET, independientemente de cuál haya sido la modalidad de organización de la prestación de servicios elegida.

en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”, en la práctica, el cumplimiento efectivo de este derecho se enfrenta a muchas limitaciones.

Por lo que atañe a las situaciones expuestas, se debe tener presente que por el momento no existe una respuesta legal destinada solventar los concretos problemas de desprotección que, sobre determinados aspectos pueden sufrir los teletrabajadores<sup>13</sup>, pues las medidas de protección y control establecidas para salvaguardar los derechos de otro tipo de trabajadores y empleados públicos, no siempre resultan útiles cuando han de aplicarse sobre fenómenos de teletrabajo.

Como punto de partida, debe advertirse que la Inspección de Trabajo es competente para controlar las condiciones de seguridad e higiene no sólo de los trabajadores de empresas privadas, sino también respecto a cualquier tipo de empleado público, sea o no funcionario. Pero esta genérica atribución de competencias, cuando ha de aplicarse a fenómenos de teletrabajo, no tiene en realidad la eficacia práctica que primera vista parece. A estos efectos, debe advertirse que la Inspección de Trabajo no tiene competencias en el interior del domicilio del trabajador (aunque en sentido estricto, dicho domicilio -al menos en lo que respecta al teletrabajo- desempeña al mismo tiempo el papel de lugar de trabajo), salvo en el hipotético caso de que la entrada se produjese previo consentimiento del titular de la vivienda o por orden judicial<sup>14</sup>.

13. No cabe duda de que el teletrabajo exige del Derecho del Trabajo una regulación concreta que atienda a sus diversas peculiaridades y que garantice el disfrute de sus derechos por el teletrabajador, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, Cruz Villalón (Coord.), Trabajo autónomo y trabajo subordinado en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 120), y “el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002 y su recepción en España como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 son prueba de ello”, cfr. Luján Alcaraz, J., “El trabajo a domicilio” en AAVV, “Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos”, (Coordinadores, Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

14. Acerca del valor del consentimiento del titular de la vivienda familiar, véase la STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 9 de noviembre de 2001 (RJCA 2002/172), en la que claramente se indica que “no resulta precisa la autorización judicial para entrar a un domicilio (...) si la declaración fue prestada por el interesado de forma voluntaria y sin coacción alguna, y sin que hubiese manifestado en ningún momento su oposición a la entrada en su domicilio privado”, de tal forma, el acta así levantada no estará afectada de vicio de nulidad. Por otra parte, la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 1999 (JUR 1999/111482) considera perfectamente justificada la negativa a franquear la entrada a un Controlador Laboral a un domicilio particular en el que se creía que existía un taller clandestino de costura.

### 3. LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS DEL EMPLEADOR ADAPTADAS A LOS PERFILES DEL TELETRABAJO

Como es sabido, se proclama el derecho de los trabajadores a la integridad física y moral (art. 15 CE y 4.1 d ET) y, como extensión del mismo, a la adecuada protección social frente a la incidencia de los accidentes y enfermedades de origen profesional<sup>15</sup>. Completando estas previsiones, el art. 40.2 CE proclama que, entre otros objetivos, los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. Por su parte, después de reconocer el derecho de todos los ciudadanos “a la protección de la salud”, el art. 43 CE concreta que “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Para dar respuesta a este mandato constitucional, es la Ley 31/1995 (en adelante LPRL) la que actualmente lleva a cabo el desarrollo concreto de las obligaciones de los diferentes sujetos en materia de prevención de riesgos laborales (art. 1 LPRL)<sup>16</sup>. En concreto, es el art. 14.1 LPRL el que en términos genéricos proclama que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (...)”. Por ese motivo, y en cumplimiento del deber de protección, el empresario “deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (...)” y “deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales” (apartados 2 y 3 del art. 14 LPRL). Debe resaltarse que estas obligaciones son exigibles no sólo sobre empresas privadas sino también respecto a las Administraciones Públicas, que deberán seguir las indicaciones marcadas por la LPRL tanto para los funcionarios como para el personal laboral que presten servicios en sus instalaciones.

15. Como recuerdan Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., en “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, n.º. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 4.

16. La LPRL tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo. A tales efectos, establece los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva, en los términos señalados en la presente disposición. Para el cumplimiento de dichos fines, la citada LPRL regula las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas (art. 2.1 LPRL).

Como se puede apreciar, las medidas actualmente vigentes en materia de Prevención de Riesgos Laborales intentan evitar, en la medida de lo posible, el acaecimiento tanto de accidentes de trabajo como el desarrollo de enfermedades profesionales. Ahora bien, en el modelo productivo del siglo XXI, se detectan varios retos en materia de salud y seguridad, derivados tanto de la evolución demográfica, de las nuevas características sociales del mercado de trabajo, así como de las nuevas necesidades productivas que por el momento no quedan suficientemente resueltos en la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral. Se tratan, entre otros, del envejecimiento de la población activa; del desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYME, de la incorporación al mercado de trabajo europeo de nuevos flujos migratorios, y por supuesto, la oportuna detección y prevención de los riesgos profesionales vinculados al teletrabajo.

Así por ejemplo, aunque en ningún momento se discute que el teletrabajador queda protegido por los mismos derechos y garantías en materia de PRL que cualquier otro tipo de trabajador (art. 8 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo), tampoco se puede negar que, dadas las características concretas en las que se desarrolla este tipo de prestación, existen importantes dificultades para garantizar la correcta aplicación y seguimiento de las medidas preventivas. Y es que si la prestación se realiza en un domicilio particular, las facultades empresariales de supervisión y control del grado de cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el lugar de trabajo, se encuentran limitadas por la intimidad del hogar familiar<sup>17</sup>.

Se trata de un aspecto que no está resuelto en nuestro derecho interno, y sobre el que por el momento, la única referencia existente es la genéricamente incluida en el art. 8 in fine del citado Acuerdo Marco, en el que se dispone que “Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento

17. Sobre estos concretos problemas, *in extenso*, véase Mella Méndez, L., “La seguridad y salud en el teletrabajo”, en AAVV, “*Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*” (coord. Villalba Sánchez y Mella Méndez), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 171 y ss. También sobre el mismo tema, Díaz Bernardo, L., “El teletrabajo y la seguridad y salud de los trabajadores: aplicación de la normativa específica en el domicilio del trabajador y la vigilancia y control de su cumplimiento”, en AAVV, “*Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*” (dir. Acedo Penco, Á.), Dykinson, Madrid, 2014, págs. 79 y ss.

previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección”. Como se puede apreciar, previsiones muy indeterminadas, plenamente respetuosas con el derecho a la intimidad, pero claramente insuficientes para garantizar el derecho a la seguridad y la salud de los trabajadores a distancia.

De esta forma, en la práctica, el cumplimiento de los deberes empresariales en materia de PRL en este ámbito, quedará limitado a la previa emisión de la formación e información oportuna sobre los riesgos vinculados a la actividad, a la actualización y renovación periódica de dicha información, así como, a modo de planificación de la actividad preventiva, a la entrega al trabajador de una lista detallada de las indicaciones concretas que debe cumplir en el lugar que elija para desarrollar su actividad<sup>18</sup>, realizando el mismo trabajador su propia autoevaluación de los riesgos profesionales a los que está expuesto, pues los controles presenciales en este ámbito, por las propias características de la actividad realizada, son poco más que excepcionales<sup>19</sup>.

Pero ¿cuáles son los riesgos específicos a los que están sujetos los teletrabajadores?

Aunque de la lista tasada de enfermedades profesionales prevista en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, se puede deducir que tanto los síndromes de túnel

18. Sobre estas indicaciones básicas en materia de salvaguarda de la seguridad y salud de los teletrabajadores, véase la Nota Técnica de Prevención número 412, «Teletrabajo: criterios para su implantación», publicada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la que se incluyen recomendaciones sobre las fases que deberían seguirse para garantizar que su implantación no perjudica la seguridad y salud laboral. La citada Nota se centra, de entre las distintas posibilidades de localización, en el teletrabajo realizado en el domicilio del trabajador y recomienda seguir seis fases para una eficaz implantación.

19. Así, muchas organizaciones “han ido implantando un sistema de evaluación de riesgos laborales basado en la propia identificación y valoración de riesgos por el propio teletrabajador. Ésta ha sido también la modalidad adoptada por la Administración pública para la implantación de programas de teletrabajo. La autoevaluación de riesgos comporta que el teletrabajador autocomprueba su puesto de trabajo con pantallas de visualización de datos y adopta las medidas preventivas adecuadas. Para evaluar el puesto de trabajo, la empresa facilita una lista de autocomprobación e informa al teletrabajador sobre los riesgos relacionados con el medio ambiente de trabajo, los equipos de trabajo y los métodos de trabajo. Generalmente, el proceso se acompaña de formación e incluso puede capacitarlos para que adopten las medidas preventivas necesarias con el fin de eliminar o reducir los riesgos detectados”, Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º 4, 2015 (ejemplar dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>.

metacarpiano<sup>20</sup> como los derivados de la utilización continuada de pantallas de visualización pueden provocar patologías profesionales en los teletrabajadores<sup>21</sup>, tampoco se puede negar que existen otra serie de padecimientos, directamente

20. Al respecto, Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., recuerdan que “El Grupo 2 de enfermedades profesionales engloba un total de trece agentes, de los cuales cinco (agentes C, D, E, F y G) se relacionan, en cuanto al elenco de actividades que son capaces de producirlas, con “enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo”. Dentro de estas enfermedades creemos interesante destacar una de ellas, el síndrome del túnel carpiano (agente F, subagente 02, actividad 01, código 2F0201) originada, según se señala, por “movimientos repetidos y mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca” e identificando como actividades posibles causantes de la misma, entre otras, la de los lavaderos, industria textil, mataderos (carniceros y matarifes), hostelería (camareros), pintores y soldadores. Por su parte, las Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos y con relación al Síndrome del túnel carpiano (DDC-TME-07), indica que el origen laboral de dicha dolencia se produce como consecuencia del desarrollo de tareas que requieren movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión o hiperflexión de la muñeca o de aprehensión de la mano; identificando como condiciones de riesgos, movimientos repetidos de muñeca y dedos, flexión y extensión de muñeca y apoyos prolongados sobre el talón de la mano. No puede negarse, a la vista de lo señalado, que la actividad continuada con teclado o ratón supone la realización de dichos movimiento, por lo que una jornada de trabajo prolongada y continuada con los elementos instrumentales propios del “teletrabajo”, puede llevar a dichas consecuencias”, en “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, n.º. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 27.

21. Como ponen de manifiesto Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “teniendo en cuenta la delimitación que del concepto de “teletrabajo” se ha realizado y partiendo de uno de los elementos configuradores del mismo, cual es el elemento instrumental, que supone la utilización de las nuevas tecnologías en toda su amplitud, así como considerando la determinación de los riesgos derivados de la utilización de pantallas de visualización como riesgos específicos, creemos que puede utilizarse como punto de partida lo establecido en el RD.488/1997, de 14 de abril sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Dicho RD define en su artículo 2 el “puesto de trabajo” como el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato. Entendiendo por “pantalla de visualización”, una pantalla alfanumérica o gráfica, independientemente del método de representación visual utilizado e identificando al “trabajador” como cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización. Como puede colegirse de lo expuesto, dichas definiciones son perfectamente trasladables al ámbito del teletrabajo en los términos referidos en nuestro estudio. Se hace así pues necesario establecer la relación entre dicha actividad y el grupo de enfermedades profesionales en el que pudieran encuadrarse las posibles dolencias originadas por dicha actividad. Grupo que sería el grupo 2 referente a las enfermedades causadas por agentes físicos. Para ello, como primer paso, debe concretarse qué dolencias pueden ser causadas por la realización de dichas actividades”, en “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, n.º. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 26.

vinculados a esta forma de trabajo, que por el momento no se encuentran tipificados como enfermedades laborales. Y es que no se puede dejar pasar desapercibido el hecho de que el aislamiento y la necesidad de constante dedicación que, en muchas ocasiones, implica el trabajo a distancia, no son beneficiosos para la correcta prevención de los riesgos psicosociales<sup>22</sup>. Así pues, ha de reconocerse que tanto la libertad de distribución de la jornada laboral como la ausencia de desplazamientos o distracciones que obstaculicen la prestación de servicios no sólo genera ventajas, no también nuevos riesgos para la salud de esta clase de trabajadores.

Reconociendo indirectamente estas patologías potenciales, el art. 9 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo dispone que: “En el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las reglas de empresa aplicables, el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo. La carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores comparables en los locales de la empresa. El empresario se asegurará que se toman medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con los otros trabajadores de la empresa, tales como darle ocasión de reencontrarse regularmente con sus compañeros y tener acceso a las informaciones de la empresa”.

Ahora bien, al no estar contempladas expresamente como “enfermedades profesionales”, para poder considerar estas contingencias como laborales, deberá utilizarse la ampliación del concepto de accidente de trabajo, a la que anteriormente se ha hecho referencia, esto es, una cláusula abierta a través de la cual recoger ciertos padecimientos, no tipificados en la lista oficial de enfermedades profesionales, pero que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda considerarse que se encuentran claramente relacionados con el trabajo realizado.

22. Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., reconocen que al teletrabajo “se le pueden asociar riesgos psicosociales relacionados con el uso de las tecnologías (como es el caso del technoestrés, la fatiga informativa y la tecnoadicción), pero también otros más específicos relacionados con la organización del tiempo, la confusión de rol, la disponibilidad permanente, la desvinculación de la organización, el aislamiento del trabajador y la pérdida de relación interpersonal”, en “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º. 4, 2015 (ejemplar dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>. Estos nuevos riesgos profesionales también se plantean como inconvenientes vinculados al teletrabajo la guía de buenas prácticas aprobada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo «NTP 412: Teletrabajo: criterios para su implantación», [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp\\_412.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_412.pdf) (página 6 soporte informático).

Ante esta situación se deduce que el control del tiempo de conexión del trabajador resulta un elemento muy útil en el teletrabajo, pero no ya para valorar ni el rendimiento ni la productividad individual del trabajador, sino para poder establecer las medidas oportunas de salvaguarda de la seguridad en el trabajo, evitando aquellos riesgos para la salud que estén directamente vinculados al teletrabajo y relacionados con prolongaciones excesivas de la jornada laboral<sup>23</sup>.

Eso sí, existe otra cuestión polémica que no se puede dejar pasar por alto: respecto a las patologías psicosociales derivadas de la utilización constante de las nuevas tecnologías, en los últimos años se empieza a poner de manifiesto que muchas de ellas están relacionadas con el empleo generalizado de las TICS en todas las facetas de la vida diaria (y no sólo durante el tiempo de trabajo), por lo que, en la sociedad actual, puede resultar particularmente complejo diferenciar el origen común o laboral de la contingencia sufrida<sup>24</sup>.

23. Sobre este tema, resulta interesante reproducir los argumentos que nuestros jueces y tribunales vienen sosteniendo al respecto: “a) *El tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo*; b) *El control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores)*; c) *El respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE), que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos*; d) *El derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador que mora en él y no de la empresa, por lo que no pueden ser invocados por ésta en contra del trabajador. En el caso del trabajo a domicilio, si la empresa establece normas sobre tiempo de trabajo e instrumentos de declaración y control, como es su obligación, será el trabajador el que pueda rechazar los mismos. Por otra parte en el caso del trabajo desarrollado con conexión a la internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral”* (como expone la STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2016, nº. rec. 2229/2015).

24. Según indican Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., “El hecho de utilizar una misma tecnología para relacionarnos en nuestra vida cotidiana y para trabajar está difuminando la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo de no trabajo, lo que añade un grado de complejidad a la hora de determinar el origen, común o profesional, del daño y la consecuente responsabilidad para hacerle frente. Además, los riesgos asociados al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (trastornos músculo-esqueléticos, trastornos visuales y oculares, seguridad estructural y tecnológica, adicción a las TIC, entre otros) no aparecen vinculados exclusivamente a las horas de trabajo, sino a la forma de vida de la sociedad actual, lo que incrementa su grado de incidentabilidad”, en “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, nº. 4, 2015 (ejemplar

#### **4. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO. CUESTIONES OBJETO DE DEBATE**

Ningún tipo de profesión o prestación de servicios está exenta de sufrir una contingencia profesional. Ahora bien, por la propia naturaleza del teletrabajo, resulta complejo dilucidar ciertos aspectos vinculados al accidente de trabajo cuando este tiene lugar en torno a la figura del teletrabajador. En concreto, los temas que pueden suscitar mayores polémicas y dudas de interpretación son los siguientes:

##### **4.1. Accidente de trabajo y accidente doméstico. Los problemas de delimitación. Alcance de presunción de laboralidad de la contingencia sufrida en tiempo y lugar de trabajo**

En particular, una de las cuestiones más controvertidas que surgen a la hora de valorar las contingencias profesionales de los teletrabajadores son las relacionadas con los accidentes acaecidos en el propio domicilio del trabajador. Y es que desde el momento en el que el citado lugar es por una parte, domicilio del sujeto, y por otra, lugar de trabajo ¿existen instrumentos útiles para diferenciar con claridad los accidentes domésticos de aquéllos que verdaderamente tienen la calificación de accidentes laborales?

A esos efectos, corresponde plantear si la presunción de accidente de trabajo de aquél ocurrido en tiempo y lugar de trabajo que contempla la legislación laboral, debe aplicarse siempre y sin excepción, cualesquiera que sean las características que rodeen la prestación de servicios, o si por el contrario, se admiten al respecto ciertas limitaciones o matizaciones lícitas, en función del tipo de actividad que en cada caso se desarrolle. Y es que, como es sabido, según indica el art. 156.3 del Texto Refundido de la LGSS, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo”.

Contestando esta pregunta, resulta fundamental admitir que la redacción de la ley es clara en este aspecto, pues establece una presunción con vocación de generalidad, sin condicionarla a excepciones o limitaciones de ninguna clase, salvo las expresamente previstas por el legislador. Así, independientemente de que la actividad laboral del sujeto se desarrolle en las

dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>.

instalaciones de la empresa, en centros de trabajo móviles o itinerantes, en un telecentro, o en el domicilio del propio trabajador, ese hecho, por sí solo no influye en la aplicación de la presunción citada, que surtirá todos sus efectos independientemente de cuál sea el lugar de prestación de servicios<sup>25</sup>. Ahora bien, no se puede olvidar que se trata de una presunción iuris tantum, y que por lo tanto, puede destruirse aportando prueba que justifique el carácter no laboral de la contingencia sufrida.

Será entonces la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, o incluso, la propia entidad empleadora, la que, en la práctica, deba ocuparse de romper la citada presunción, y con ella, la aparente conexión que existe entre lesión y trabajo, intentando demostrar el carácter común de las lesiones sufridas. Ahora bien, en los supuestos de teletrabajo, ¿qué medios de prueba se pueden encontrar el respecto? ¿Cómo se puede demostrar que determinada lesión verdaderamente se ha producido en tiempo y lugar de trabajo? ¿Basta la indicación del propio trabajador? ¿Se precisa que haya necesitado asistencia sanitaria en horario laboral? O por el contrario, ¿qué instrumentos existen para demostrar que la lesión sufrida no guarda relación alguna con el trabajo realizado?

Como se ha expuesto, a pesar de que el accidente acaezca durante su jornada laboral y en el lugar de prestación de servicios, para apreciar que se ha roto la conexión profesional del daño sufrido, no sólo cabría admitir las excepciones de fuerza mayor, dolo o culpa grave del trabajador lesionado, o intermediación de un tercero totalmente ajeno a la actividad desarrollada, sino también cualquier otro factor o circunstancia con valor probatorio suficiente como para demostrar que la lesión producida no guarda relación alguna con el trabajo realizado.

Obviamente, no se trata éste de un tema sencillo. Todo lo contrario, pues las distintas vías o estrategias imaginables desde un punto de vista teórico, con el fin de ayudar a demostrar el carácter laboral o común de la lesión sufrida, presentan importantes inconvenientes prácticos que dificultan su operatividad.

Así por ejemplo, una de las propuestas que se ha realizado al respecto es aquella en virtud de la cual se registra el tiempo de conexión del trabajador al sistema informático habilitado para llevar a cabo sus funciones. Se trataría de un registro virtual ideado no ya con fines de control de la productividad o dedicación

25. Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, nº. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 22.

del sujeto, sino cuya única utilidad estaría destinada a salvaguardar la seguridad y salud de los teletrabajadores, ayudando a demostrar el carácter profesional de las posibles incidencias sufridas. De esta forma, se presumiría que el accidente ha tenido lugar en tiempo y lugar de trabajo si acaece dentro del periodo que, para ese concreto día, aparece registrado como tiempo de conexión del trabajador. En cambio, se negaría el carácter profesional de las lesiones sufridas dentro del domicilio del trabajador (considerándoles únicamente accidentes domésticos) si tienen lugar antes del inicio o después del cierre de la citada conexión al sistema informático.

Ahora bien, ¿realmente existen instrumentos eficaces para controlar el momento exacto en el que se ha producido la lesión? ¿Cómo se puede acreditar que un accidente (sobre todo, aquél que no precise asistencia sanitaria inmediata) ha tenido lugar en un momento concreto, y no unos minutos antes o después?

En definitiva, a la vista de esta situación, se aprecia que, hoy en día, por la propia naturaleza de la actividad que desarrolla el teletrabajador, resulta muy difícil introducir elementos correctivos que permitan modular el alcance de la presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo, y que por lo tanto, en la práctica, el único instrumento de prueba en virtud del cual, razonablemente se podría demostrar el carácter no profesional de la lesión sufrida dentro del propio domicilio de un teletrabajador, es aquél que atiende a la propia tipología y naturaleza de la lesión sufrida, descartando como laborales aquéllas cuyas características permitan deducir que no guardan relación alguna con el trabajo realizado, y en cambio, resultan ser claramente acreditativas de otro tipo de accidentes domésticos o incluso, de manifestaciones concretas propias de una patología común de la que ya adolecía el trabajador en cuestión.

En caso contrario, cuando se haya producido durante el transcurso de su jornada laboral, pero el carácter común no sea apreciable a primera vista atendiendo al tipo de lesión o incidente sufrido, hay que reconocer que el trabajador en cuestión gozará a su favor de la presunción del carácter profesional de la contingencia sufrida, pues éste será muy difícil de romper.

Precisamente en torno a la presunción de laboralidad del accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo no se puede olvidar que, en el ámbito del teletrabajo, uno de los principales problemas que pueden surgir es el referido a la determinación exacta del lugar y momento en el que se estaba desarrollando la prestación de servicios.

En concreto, las mayores controversias de identificación se producen

respecto aquéllas teleprestaciones en las que se ha concedido al teletrabajador un amplio margen de flexibilidad: en muchos casos, no existe un horario de conexión determinado, sino que se ofrece libertad al trabajador para desarrollarlo en cualquier momento del día o de la noche, incluyendo los fines de semana, según sean sus preferencias personales. Otras veces, ni siquiera se ha pactado un lugar de conexión, sino que el trabajador goza de plena libertad para desarrollar su cometido desde la ubicación que estime en cada momento más conveniente (segundas residencias, lugares de veraneo, casas de familiares, etc.).

Así las cosas, habida cuenta del amplio margen de libertad de actuación que se concede en muchos supuestos de teletrabajo ¿cómo se puede aplicar la presunción de laboralidad? Y es que para poder hacerlo, primero habrá que demostrar que el accidente ha ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, pues sólo entonces se podrá presumir la conexión con el trabajo de la lesión sufrida.

Por lo que respecta a la flexibilidad horaria, resultaría entonces esencial que el propio programa informático que utilizase el trabajador dispusiese de un mecanismo de control del tiempo de conexión, mecanismo que en principio, sólo debería utilizarse como medida de salvaguarda de la seguridad y salud de los trabajadores (evitando jornadas que excedan los máximos legales) y como forma de coadyuvar a determinar el carácter laboral de la contingencia sufrida. Y es que si el accidente, aunque ocurra en el domicilio del trabajador, se produce durante el tiempo de conexión (independientemente de que dicha conexión se haya iniciado en horas del día poco habituales, o incluso, en fines de semana), debe entenderse que ya concurren los presupuestos necesarios para aplicar la presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo.

Más problemas de identificación sufrirían todavía los denominados teletrabajadores móviles, porque en ellos concurre no sólo la flexibilidad horaria, sino también la flexibilidad del lugar exacto de prestación de servicios. Tal es el margen de libertad que, salvo que se respeten determinadas indicaciones, aplicar sobre ellos la presunción de laboralidad del accidente sufrido será, en principio, muy difícil. Y es que para ello primero resulta esencial poder demostrar lo que en otro tipo de situaciones resultaría obvio, es decir: que el accidente en cuestión ha ocurrido en tiempo y lugar de trabajo.

Para poder lograrlo, nuestra doctrina propone que, sin limitar la libertad de movimientos de este tipo de teletrabajadores, al margen del registro de los periodos de conexión, con el fin de prevenir posibles situaciones de abuso o fraude, se les indique la necesidad de emitir partes semanales en los que concreten con anticipación, cuál va a ser el lugar previsto de desarrollo de su prestación laboral.

De esta forma, podrá aplicarse la presunción de laboralidad al accidente sufrido por el trabajador mientras se encontraba conectado a la plataforma informática en el lugar en el que previamente había indicado que desarrollaría su actividad laboral<sup>26</sup>.

#### **4.2. ¿Qué valor tiene el consentimiento previamente manifestado por parte del teletrabajador permitiendo la entrada en su domicilio?**

Como es sabido, aunque la prestación de servicios se desarrolle en el seno del propio domicilio del trabajador, el deber de garantizar la seguridad y salud en el trabajo sigue siendo en todo momento responsabilidad de la empresa, sin que esta obligación legal experimente atenuaciones o excepciones de ninguna clase sólo por este hecho. Pero al no ser el domicilio del trabajador un centro de trabajo habitual, el empresario no podrá ni ser él mismo el que organice las medidas preventivas que se hayan de implantar, ni tampoco, comprobar de forma presencial, cuáles son las condiciones de trabajo del lugar elegido por el trabajador para desarrollarlo.

Con el fin de cumplir sus obligaciones y respetar el mismo tiempo la intimidad del trabajador, en la práctica, la comprobación presencial de las condiciones de trabajo se está sustituyendo por la entrega de unas instrucciones de actuación que el trabajador necesariamente se compromete a cumplir en el momento en el que acepta adquirir total o parcialmente, la condición de teletrabajador. Se trata de una información que ha de estar redactada de forma clara y sencilla, fácilmente comprensible y que, independientemente de que se entregue en soporte en papel o por medio del correo electrónico, exige acuse de recibo por parte del trabajador afectado. Dichas indicaciones estarán relacionadas con ciertas pautas de orden e higiene que se han de cumplir en la dependencia o dependencias de la vivienda que se utilicen para desarrollar la actividad, así como ciertos hábitos posturales a través de los que se intentan minimizar los riesgos vinculados a una actividad sedentaria<sup>27</sup>.

26. Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, nº. 4, octubre-diciembre 2015, revista digital de acceso abierto, pág. 20.

27. En concreto, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo señala como principales riesgos para el usuario de pantalla de visualización: los problemas visuales, los problemas musculoesqueléticos y la fatiga mental. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en su *Instrucción básica para el trabajador usuario de pantallas de visualización de datos*: [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias\\_Ev\\_Riesgos/Instruccion\\_Pantallas/Instruccion\\_basica.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias_Ev_Riesgos/Instruccion_Pantallas/Instruccion_basica.pdf).

Desde otro punto de vista, cabe anticipar una cuestión que a continuación se analizará con más detalle: razones de operatividad aconsejan encomendar al trabajador que habilite un lugar específico y concreto de su propia vivienda para desarrollar su teleprestación de servicios, pues en caso contrario, serían todas las habitaciones de la vivienda las que deberían ajustarse a las indicaciones en materia de prevención de riesgos laborales dictadas por la empresa. Con la misma finalidad, parece oportuno identificar la vivienda exacta en la que el trabajador desarrollará su trabajo, con el fin de evitar que, una libertad total de desplazamiento (hoy en día muy fácil de alcanzar utilizando teléfonos móviles y ordenadores portátiles), impida aplicar correctamente las medidas preventivas adecuadas o genere, como se analiza con mayor detenimiento a continuación, a nuevos ejemplos de “accidentes in itinere”.

Además, debe tenerse presente además que el teletrabajador, en muchas ocasiones, desarrolla su prestación de servicios valiéndose de sus propias herramientas informáticas y no de instrumentos cedidos previamente por la empresa con esta finalidad, por lo que se trata de herramientas de trabajo sobre las que no se extiende la facultad empresarial de control, inherente al poder de dirección (20 ET). Por este motivo, no cabe emitir instrucciones relativas al no desplazamiento del material informático (con el fin de salvaguardar su integridad, minimizar riesgo de robo o extravío, etc.) muy habituales cuando se trabaja con material de la empresa, y que, aplicadas a los supuestos de teletrabajo servirían, indirectamente, para predeterminar con precisión el lugar exacto de prestación de servicios.

Dentro de este contexto, podría pensarse que una de las estrategias que se podrían llevar a cabo con el fin de reforzar las herramientas de control de las que dispone el empresario en este tipo de situaciones y mejorar así la protección que recibe el trabajador frente a las contingencias profesionales, podría consistir en la exigencia a todo sujeto que desee adquirir la condición de teletrabajador (recordemos que, en principio, esta decisión ha de ser siempre voluntaria) de una manifestación escrita de voluntad en la que deja constancia de que presta el consentimiento libre y no condicionado para que la empresa o la persona a la que ésta encomiende tales funciones, acceda a su domicilio en el momento en el que considere necesario (de forma previa a la prestación de servicios, a modo de controles repentinos de la actividad, o incluso con posterioridad, llegado el momento en el que se comunique que se ha sufrido una contingencia profesional) con el fin de comprobar si verdaderamente se han puesto en práctica las indicaciones e instrucciones previamente reflejadas en la citada hoja informativa.

Ahora bien, de exigirse este trámite ¿qué valor tendría? Obviamente, la

entrada a una vivienda con consentimiento del titular, es una conducta plenamente respetuosa con el derecho a la intimidad del trabajador. Pero ¿verdaderamente sirve un consentimiento prestado con anterioridad al momento en cuestión en el que se pretende llevar a cabo dicha entrada en la vivienda? Pues, incluso aunque existiera este consentimiento general y previo, si una vez intentado el acceso a una vivienda, éste se niega ¿puede atribuirse consecuencias jurídicas a este cambio de opinión por parte del titular del domicilio?

Es decir, una vez que se han prestado tales consentimientos previos y que éstos han quedado reflejados por escrito, ¿qué ocurriría si el trabajador niega el acceso a la vivienda precisamente en el momento en el que afirma que ha ocurrido una contingencia profesional? ¿Este simple hecho sería susceptible de generar sospechas de fraude?

Y es que, aunque se trata de una cuestión sin duda polémica, habida cuenta del carácter de derecho fundamental que presenta el derecho a la intimidad, no parece razonable que el propio trabajador pueda, con ocasión de su prestación laboral de servicios, disponer de él hasta el punto de llegar a prestar un consentimiento previo, general e irrevocable. De esta forma, los citados compromisos, de existir, tendrán únicamente un mero valor de desiderátum, o de declaración de intenciones, sin ningún tipo de trascendencia práctica, pues ni podrá su cumplimiento ser exigido en ningún momento por la parte empresarial, ni tampoco, el cambio de opinión podrá generar consecuencias negativas para el trabajador<sup>28</sup>, que simplemente ha actuado salvaguardando uno de los derechos fundamentales de los que es titular, y que como tal, merece una protección cualificada en nuestro ordenamiento jurídico (protección por otra parte que no se estaría ofreciendo adecuadamente si llegado el caso, se proclamase la irrevocabilidad posterior de este tipo de acuerdos).

### **4.3. ¿Existe posibilidad de liberar a la empresa de su responsabilidad en materia de salvaguarda de la seguridad e higiene en el lugar de trabajo?**

28. A pesar de que el citado consentimiento previo aparentemente se presente como una manifestación libre de voluntad del trabajador, muchas veces son las circunstancias que rodean la prestación de servicios en sí misma o el interés que personalmente tienen en adquirir la condición de teletrabajador, los factores que motivan un consentimiento irreflexivo. No se puede negar tampoco que el ambiente personal o familiar del sujeto puede haber cambiado a lo largo del tiempo, hasta el punto de justificar un cambio de opinión. Al respecto, Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., sostienen que “el consentimiento inicial, debe entenderse como esencialmente revocable al incidir sobre múltiples derechos fundamentales (singularmente, e derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio”, en “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º. 4, 2015 (ejemplar dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>.

Es el art. 14 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales el que contempla la prevención de los riesgos laborales no sólo como un derecho de los trabajadores, sino también como un deber de cumplimiento estricto por parte del empresario contratante. El citado precepto, en torno al Derecho a la protección frente a los riesgos laborales, dispone que “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, concretando además que “El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio”.

A su vez, para evitar dudas interpretativas, detalla que “Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud, en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” (apartado 1).

Por su parte, el mismo precepto, en su apartado 2 in fine especifica que “El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo”.

Pero, ¿cómo se puede llevar a cabo el seguimiento de la correcta instalación, aplicación y utilización de las medidas preventivas en los supuestos de teletrabajo? ¿Cómo puede el empresario cumplir esta obligación legal que se proclama sin restricciones ni reservas en el art. 14 LPRL?

Habida cuenta de las características intrínsecas del teletrabajo, parece lógico entender que en este tipo de ocasiones, bastaría con una actualización y renovación periódica de la información preventiva, a través de la que se recuerden y actualicen las indicaciones que ha de seguir el trabajador durante la prestación de servicios. Ahora bien: ¿qué ocurriría si el trabajador, pese a existir constancia escrita de que ha recibido las citadas instrucciones preventivas, nunca las aplica y, a raíz de ello, sufre una contingencia? ¿Desvirtúa esta circunstancia el carácter profesional de la lesión? ¿Puede decirse que también en esos casos el empresario

ha incumplido sus obligaciones preventivas? O por el contrario ¿la mera formación e información que recibe el trabajador sirve para liberar al empresario de la responsabilidad que derivaría de un incumplimiento de las medidas básicas de prevención de riesgos en el trabajo?

Y es que aunque como regla general, los empleadores tienen obligación no sólo de ofrecer información e instrucciones adecuadas en materia de prevención de riesgos laborales, sino también de comprobar en todo momento que tales indicaciones se cumplen, habida cuenta de las dificultades inherentes a dicho control y seguimiento en los fenómenos de teletrabajo ¿podría considerarse que el trabajador que no aplica las indicaciones recibidas ha incurrido en una negligencia temeraria susceptible de romper la vinculación causal entre la actividad realizada y la lesión sufrida?<sup>29</sup> ¿La información que recibió era verdaderamente la adecuada? ¿Era lo suficientemente clara y concreta? ¿El trabajador estaba correctamente formado para poder entenderla? ¿Verdaderamente se prestó en unas condiciones que garantizaban la fácil comprensión por parte de sus destinatarios?<sup>30</sup> Se trata

29. Debe recordarse que, en materia de prevención de riesgos laborales, también los propios trabajadores asumen obligaciones específicas (29 LPRL, 19.2 y 19.4 *in fine* ET), quedando obligados a cumplir las instrucciones preventivas y a cooperar con el empresario.

30. En otras palabras, las medidas preventivas que el trabajador debe respetar, ¿son lo suficientemente fáciles de aplicar como para serle exigibles? Y si esto es así, pero pese a todo no se aplican ¿puede afirmarse que el trabajador ha tomado esta decisión consciente y voluntariamente? En torno a esta duda, un sector doctrinal viene poniendo de manifiesto que, tanto la correcta realización del autoinforme de evaluación de los riesgos profesionales que en la práctica se está exigiendo a los teletrabajadores, como la puesta en práctica de las medidas preventivas que resulten aplicables, exige un grado de especialidad técnica del que difícilmente dispondrá el teletrabajador en cuestión, por lo que no se trata de una estrategia útil para lograr el efecto deseado, y por lo tanto, la falta de adecuación del domicilio del trabajador a las indicaciones ofrecidas en materia de prevención de las contingencias profesionales, por sí sola, nunca tendrá valor suficiente como para liberar al empresario del cumplimiento efectivo de sus obligaciones preventivas. Al respecto, como indican Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., “podría argüirse que con la formación de nivel básico del anexo IV del Real Decreto 39/1997, el teletrabajador podría estar en disposición de evaluar su propio puesto de trabajo. Sin embargo, no parece que pueda asociarse tal evaluación al nivel básico de funciones preventivas. Aunque *prima facie* pueda aparentar ser sencillo evaluar un puesto de teletrabajo, no cabe considerarla una evaluación elemental, si tenemos en cuenta, por poner un ejemplo, que las condiciones ambientales y lumínicas del teletrabajo deberían ser objeto de evaluación. Cuando la evaluación de riesgos exige el establecimiento de una estrategia de medición o una interpretación o aplicación no mecánica de los criterios de evaluación, constituye una actividad preventiva calificada de nivel superior. Por ello, nos inclinamos a pensar que la evaluación corresponde a una función de nivel superior o, al menos, debe desarrollarse con el apoyo externo, real y efectivo, de un técnico capacitado para el desempeño de estas funciones”, en “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º. 4, 2015 (ejemplar dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>.

ésta de una cuestión sin duda polémica que, de llegar a plantearse en la práctica, suscitaría un interesante debate.

#### **4.4. ¿Cabe el accidente in itinere respecto a los teletrabajadores?**

La siniestralidad en el ámbito de los trabajos administrativos, se presten para entidades públicas o privadas, es reducida por esencia; de hecho, la mayor parte de las contingencias profesionales que se producen a lo largo del año en este ámbito, están motivadas por los accidente sufridos al ir o volver de su lugar de trabajo. Por ese motivo, parece lógico concluir que, si se elimina la necesidad diaria de desplazamiento del trabajador, las posibilidades prácticas de accidente de trabajo, se reducen todavía más.

Ahora bien ¿puede decirse que la posibilidad de accidente desaparece totalmente en el momento en el que se accede al teletrabajo? En otras palabras: las medidas de flexibilización de la presencialidad tienen a su favor una reducción de los riesgos profesionales vinculados a este tipo de actividades al reducirse los desplazamientos necesarios para realizar la actividad profesional? O incluso, ¿el teletrabajo elimina totalmente el riesgo de sufrir un accidente in itinere?

Como se ha adelantado, el “accidente in itinere” es una de las modalidades de accidentes de trabajo contempladas tradicionalmente en el art. 115 LGSS y hoy incluidas en el art. 156 del nuevo Texto Refundido de la LGSS. Se trata ésta de una noción que ha sido concretada y perfilada a lo largo de los años por nuestros jueces y tribunales. Noción que si bien tradicionalmente bastante restrictiva, muy recientemente ha sido objeto de una importante flexibilización interpretativa, en la que se comienza a aplicar un concepto amplio de “accidente in itinere”. En concreto, cobra una importancia fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 26 diciembre 2013 (Recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 2315/2012), pues a partir de ella, el TS cambia el criterio interpretativo que mantenía hasta entonces, optando ahora por otro mucho más amplio y flexible, en beneficio del trabajador implicado.

Como es sabido, al enumerar las distintas situaciones que se pueden considerar constitutivas de un “accidente de trabajo”, el art. 156.2 TRLGSS incluye también a los accidentes sufridos “al ir o volver del lugar de trabajo”. Se intenta reflejar a través de esta denominación una modalidad de percance sufrida fuera del lugar y tiempo de trabajo pero realizando una actividad que, si bien estrictamente no constituye parte de la prestación laboral, sí resulta imprescindible para que ésta pueda tener lugar.

Esta genérica referencia legal ha sido desarrollada por medio de la interpretación jurisprudencial. Así pues, es jurisprudencialmente donde se atribuye a este tipo de accidente de trabajo la denominación de accidente in itinere. Es también gracias a la respuesta jurisprudencial por la que se definen y clarifican los distintos aspectos prácticos que rodean la calificación de un accidente como in itinere, exigiendo la concurrencia de cuatro elementos: 1º. El teleológico o finalista, 2º. El geográfico, 3º. El cronológico y 4º. El mecánico. A través de los presupuestos citados, se comprueba si la finalidad del viaje en el que acaeció el accidente cuya calificación como “accidente de trabajo” se solicita era realmente la de recorrer la distancia que separa el lugar de trabajo del domicilio del trabajador, en el trayecto que razonablemente se hubiese debido seguir para alcanzar el destino citado, en un tiempo inmediatamente posterior o anterior al inicio o finalización de la jornada laboral y utilizando el medio de transporte apropiado para recorrer tal distancia.

Como se puede fácilmente comprobar, la interpretación jurisprudencial que tradicionalmente se venía realizando era ya de por sí, bastante amplia, pues se calificaban como accidentes in itinere aquellos realizados desde un domicilio no habitual, circunstancial o esporádico y también las situaciones en las que el trabajador interrumpe o modifica el desplazamiento por motivos personales (eso sí, siempre que tal interrupción hubiese sido de escasa duración o cuando la alteración de la ruta seguida fuese mínima). De no serlo, se venía entendiendo que la finalidad del viaje realizado era personal y no profesional, y por tanto, la contingencia sufrida revestía el carácter de “accidente común”. Ahora bien, continuando esta línea interpretativa, y siguiendo un objetivo aplicativo claramente pro operario, en los últimos tiempos se ha dado un paso más en esta tendencia flexibilizadora de esta modalidad de accidente de trabajo denominada “accidente in itinere”.

Ahora bien, en el supuesto de hecho que da origen a la Sentencia que se comenta en esta ocasión se lleva a cabo una importante extensión del concepto de accidente in itinere, dando acogida a situaciones en las que la finalidad profesional del desplazamiento es sólo indirecta. Así, mientras hasta ahora se exigía, para poder calificarlo como laboral, que el accidente se produjese en las inmediaciones del horario de entrada o salida al lugar de trabajo y dentro del margen temporal razonablemente apropiado para permitirle cubrir el desplazamiento entre su lugar de residencia y su lugar de trabajo atendiendo en todo momento al horario de trabajo, el nuevo criterio jurisprudencial utiliza una interpretación mucho más orientada a salvaguardar los intereses de los trabajadores y amplía de forma sustancial la configuración del tiempo de desplazamiento en cuyo trayecto el accidente producido puede calificarse también como profesional.

Nuestra jurisprudencia ha establecido con reiteración que la noción de accidente “in itinere” se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto y es cierto que se viene aplicando un criterio flexible en orden a la consideración de lo que a estos efectos debe entenderse por domicilio. Ahora bien, para poder aplicar esta flexibilización, hay que entender que el trayecto en el que se ha producido el accidente no queda fuera del art. 156.2.a) de la LGSS. Y es precisamente en este aspecto en el que se centra la nueva interpretación realizada ahora por el Tribunal Supremo, llevando a cabo un cambio radical de la línea interpretativa seguida hasta ahora. Y lo hace utilizando dos nuevos argumentos:

En primer lugar, el Tribunal diferencia entre “domicilio del trabajador” y “lugar de residencia por razones laborales” (lugar donde vive el trabajador únicamente durante los días laborables de la semana), lo que permite concluir que aunque sólo resida en él los fines de semana, éste sigue siendo el domicilio del trabajador propiamente dicho, situación que persiste (como “sede jurídica de la persona” según indica el art. 40 del Código Civil), aunque por razones de trabajo se traslade temporalmente a otro lugar. De tal forma, es el elemento intencional (el *animus manendi*) de querer continuar residiendo en ese lugar el que hace seguir considerando como “domicilio del trabajador” aquel en el que reside los fines de semana con su familia. Y es que el hecho de que el trabajador identifica aquél lugar como su propio domicilio, se expresa objetivamente mediante una conducta significativa: la vuelta periódica al mismo cuando las obligaciones de trabajo lo permiten.

En segundo lugar, porque la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el art. 3 del Código Civil. Así, no se puede negar que la crisis económica y la carencia de puestos de trabajo que ésta lleva aparejada, unidas a las nuevas formas de organización del trabajo, están imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento. En opinión del juzgador, todo ello determina que, si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo.

La suma de los dos criterios expuestos es la que conduce al Tribunal a estimar que en el caso decidido concurren los elementos que definen el accidente in itinere.

En concreto, se aprecia el elemento teleológico, porque la finalidad principal del viaje sigue estando determinada por el trabajo, puesto que éste fija el punto de regreso y se parte del domicilio del trabajador en los términos ya precisados. Está presente también el elemento cronológico, pues aunque el accidente tiene lugar a las 21,15 horas del domingo cuando el trabajo comenzaba a las 8 horas de lunes, lo cierto es que se viajaba desde un punto que ha sido definido como el domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual y el hacerlo a aquella hora, para después de un descanso, poder incorporarse al día siguiente al trabajo ha de considerarse como una opción adecuada.

En síntesis, utilizando estos argumentos, nuestro Tribunal Supremo cambia el criterio utilizado hasta ahora, entendiendo que, este tipo de desplazamientos, también persiguen una finalidad laboral, mientras que antes venían considerándose accidentes estrictamente personales, y por tanto, no gozaban de la protección cualificada que sí recibirán al considerarse “accidentes de trabajo”. De esta manera, pasan a incluirse dentro del grupo de accidentes calificables como “accidentes de trabajo” aquellos sufridos por el trabajador durante el transcurso de un desplazamiento cuya realización obedece tan sólo a un motivo profesional indirecto: esto es, en lugar de incluir únicamente aquellos viajes que resulten imprescindibles para atravesar la distancia que separa el lugar de trabajo y la residencia del trabajador, pasarían a considerarse incluidos también dentro de la noción de accidentes in itinere los destinados a cubrir la distancia que separa dos residencias del trabajador: una de ellas utilizada durante los fines de semana y periodos vacacionales y otra, también de titularidad de trabajador afectado, pero en la que sólo pernocta los días laborables.

Aplicando este criterio extensivo a los fenómenos de teletrabajo, se puede apreciar que, si en un momento anterior, el mero hecho de acceder a la condición de teletrabajador, eliminaba por su propia naturaleza el riesgo de sufrir un accidente in itinere (dado que se eliminaban los desplazamientos diarios entre domicilio y lugar de trabajo), gracias a estos nuevos criterios interpretativos, puede decirse que hoy en día, dicho riesgo no se elimina totalmente (aunque obviamente, sí se reducirá de forma sustancial). Y es que la interpretación cada vez más extensiva que realiza nuestra jurisprudencia del tipo de desplazamiento que guarda relación directa con el inicio de la actividad profesional, resulta plenamente extensible a las situaciones de “trabajo a distancia”, de forma que también merecería la consideración de accidente de trabajo aquél acaecido en el trayecto que separa el domicilio de un familiar o allegado en el que se ha pernoctado o una segunda residencia distinta a la habitual, del lugar habilitado por el trabajador para desarrollar su teleprestación.

Ahora bien, tampoco se puede obviar que posiblemente, con el paso del tiempo, la práctica irá ofreciendo nuevos problemas difíciles de resolver. Así por ejemplo podría pensarse en un teletrabajador móvil (es decir, aquél que, por naturaleza, tiene atribuida la libertad de realizar su prestación de servicios en el lugar que él mismo determine valiéndose de un sistema de conexión remota), que sufra una contingencia al regresar a su domicilio habitual después de pasar el fin de semana en una segunda residencia. En ese caso ¿también puede calificarse la contingencia sufrida accidente in itinere y por tanto, como accidente de trabajo? ¿Verdaderamente existía una necesidad laboral que le obligase a regresar a su domicilio habitual? Pues si esto no es así y el sujeto en cuestión gozaba de plena libertad de movimientos ¿con qué finalidad cambia de domicilio durante la semana? ¿Se puede sostener que el accidente en cuestión conserva la conexión con el trabajo realizado que exige actualmente el art. 156 del nuevo texto refundido de la LGSS para considerar determinada situación como constitutiva de un accidente laboral?

Incluso, por lo que respecta al teletrabajo móvil, podría llegar a plantearse una controversia totalmente opuesta: si el teletrabajador tiene libertad total de movimientos durante su prestación de servicios, todos los posibles accidentes que pueda sufrir recorriendo diversos trayectos durante la jornada laboral, ¿podrían considerarse accidentes in itinere? ¿Se habría dado lugar a una nueva vertiente de los accidentes in itinere, hasta ahora desconocida? Y es que podría ocurrir que una persona, probablemente motivada por razones de conciliación de la vida personal y laboral, pueda estar interesada en mantener su conexión virtual con la empresa desde distintos lugares a lo largo del día, según sus preferencias personales.

Razones de lógica obligan a entender que el trabajador deberá dedicar a su actividad un lugar específico de una vivienda concreta, pero ¿qué ocurre en el caso de que, aprovechando la comodidad que reportan muchos medios informáticos portátiles, decida desplazar el medio informático a través de diferentes estancias de la casa, o incluso, entre diversos domicilios? (casas de familiares, segundas residencias, etc.). Como se puede apreciar, no se trata tampoco de desplazamientos en interés de la empresa susceptibles de dar lugar a la aplicación del concepto de accidente en misión, ya consolidado por nuestra doctrina y jurisprudencia, sino de desplazamientos realizados en exclusivo interés del trabajador, pero que no interfieren en su prestación de servicios, ni perjudican su productividad y rendimiento.

No se trata éste de un objetivo particularmente difícil de conseguir, habida cuenta de la libertad de movimientos que permiten muchos instrumentos de carácter informático, de escaso peso y fácilmente desplazables, a través de los

que en muchos casos, se puede desarrollar la prestación de servicios. De la misma forma, en muchas ocasiones, las formas de conectar con el servidor o programa informático de la empresa son virtuales, y por tanto, el teletrabajador en cuestión no requiere ningún tipo de conexión física concreta para desarrollar su trabajo que deba estar vinculada a un lugar concreto. En virtud de estos desplazamientos ¿podrían surgir nuevas formas de accidentes in itinere el seno del teletrabajo?

Ahora bien, por muchas que sean las utilidades de estas formas de desarrollar la prestación, y por mucho que los avances de la técnica permitan mantener un nivel de productividad incluso mayor que si se concreta la actividad en un espacio físico predeterminado, ¿puede decirse que cuando la legislación laboral hace referencia al lugar libremente elegido por el trabajador para desarrollar su prestación laboral a la hora de definir el denominado “trabajo a distancia” (art. 13 ET) ¿indirectamente se está haciendo referencia a la posibilidad de optar por una pluralidad cambiante de lugares de trabajo? De ser así ¿cabe admitir esta plena libertad de movimientos en los fenómenos de teletrabajo? En otras palabras: ¿existen mecanismos útiles para salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores implicados en estas nuevas formas de organización del trabajo?

Parece que las reglas de lógica, con el fin de ofrecer cierta seguridad jurídica en la configuración de eventuales accidentes de trabajo, obligaría al trabajador que acceda al teletrabajo a concretar por escrito y con carácter previo al inicio de la teleprestación cuál será el lugar exacto desde el que desarrollará sus funciones (como se desprende del art. 13 ET, este lugar no ha de ser su domicilio habitual –aunque en la práctica sea ésta la elección más frecuente- sino que puede ser cualquier lugar elegido por él, específicamente definido). Y es que una excesiva flexibilización en la admisión del lugar de prestación de servicios, podría dar lugar a situaciones de fraude, a través de las cuales se intente fingir el carácter profesional de una contingencia que en realidad ha sufrido el trabajador en un contexto totalmente alejado de sus obligaciones laborales.

Pese a todo, no se puede negar que se trata ésta de una cuestión sin duda polémica, puesto que, aunque el hecho de reconocer plena libertad de lugar de prestación de servicios al teletrabajador puede generar nuevas modalidades de accidentes in itinere, y también, otro tipo de lesiones motivadas por no disponer de mobiliario e instalaciones adecuadas en todos los lugares en los que, a lo largo del día, la semana o el año, pretenda desarrollar su actividad, también evita los riesgos del aislamiento que sufren muchos teletrabajadores, resultado nada desdeñable que habría que valorar detenidamente.

Por último, en torno al tema del accidente in itinere de los teletrabajadores, aunque parezca una obviedad, no está de más destacar que, en los casos en los que únicamente se recurra de forma parcial al trabajo a distancia de forma que el trabajador sólo pueda trabajar desde su domicilio durante determinadas franjas horarias dentro de su jornada laboral, se mantendrá intacta la posibilidad de sufrir un accidente in itinere, pues esta modalidad de organización del trabajo no evita en modo alguno que sean constantes los desplazamientos realizados por el trabajador entre su propio domicilio y la sede física de la empresa<sup>31</sup>.

#### **4.5. Nuevos contornos del accidente en misión: su extensión a los ocurridos dentro del propio domicilio del teletrabajador**

Pero parte de los problemas que en los últimos tiempos se están suscitando en torno a la figura del teletrabajo en España, vienen ya planteándose desde hace años en otros países del mundo, en el que, dadas las grandes distancias, los accidentes geográficos del terreno, la escasez de medios de transporte, etc., el “trabajo a distancia” (se manifieste o no a través de la fórmula del teletrabajo) era ya una forma habitual de prestación de servicios<sup>32</sup>.

En concreto, uno de los problemas a los que se han tenido que enfrentar otros jueces y tribunales están relacionados con la posible extensión del concepto de accidente en misión a la hora de atender cierto tipo de incidencias surgidas en el trabajo a domicilio.

Como se ha expuesto, es ya una práctica generalizada, aquella que consiste en entregar al sujeto que va a adquirir la condición de teletrabajador, información detallada exponiendo cuáles son los riesgos laborales a los que se enfrenta a lo largo de su prestación de servicios, e indicaciones específicas sobre cómo evitarlos. En esa línea, expresamente se advierte al trabajador que debe habilitar un lugar determinado dentro de su vivienda para poder desarrollar su prestación de servicios, lugar que a su vez debe reunir en todo momento las características previamente exigidas con el fin de salvaguardar su salud.

31. Acercad el teletrabajo parcial (aunque referida a reclamación de cantidad) véase la STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2016 (nº. rec. 2229/2015).

32. En particular, resulta una modalidad de prestación de servicios muy habitual en ciertos países latinoamericanos en los que, por las largas distancias geográficas, los accidentes del terreno, la falta de infraestructuras o la escasez de medios de transporte los desplazamientos son particularmente largos, costosos o peligrosos. A modo de ejemplo, véase Monsalve Cuéllar, M.E., “La transformación del teletrabajo. El teletrabajo en Colombia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, nº. 1, 2016, págs. 232 y ss.

Ahora bien ¿qué ocurre cuando, también por motivos directa o indirectamente vinculados a su prestación de servicios, el trabajador se desplaza a otras dependencias de la vivienda o instalaciones anejas y en ese trayecto se lesiona?

Piénsese por ejemplo en los supuestos en los que se hayan habilitado lugares de almacenaje de expedientes o documentación relevante para el trabajo en altillos, bohardillas o garajes (u otros de difícil acceso), y el trabajador sufra un accidente al utilizarlos. Similar situación podría plantearse cuando el trabajador necesita salir de su vivienda con el fin de adquirir con urgencia un material que necesita para desarrollar su trabajo (papel o tinta de impresora, por ejemplo), y es en ese trayecto en el que sufre la contingencia.

Al respecto, se ha de poner de manifiesto que aunque la práctica de otros países de nuestro entorno se muestra muy propicia a considerar este tipo de situaciones como constitutivas también de un accidente de trabajo, recurriendo a la extensión del concepto de accidente en misión, existirían serios obstáculos a la hora de aplicar este criterio a la realidad española.

Y es que hoy en día, la mayor parte de los fenómenos de teletrabajo se desarrollan exclusivamente a través de medios informáticos, contando con toda la información y documentación que el trabajador necesita para desarrollar sus funciones en carpetas virtuales, y habiendo habilitado también un sistema informático de recepción de archivos<sup>33</sup>. De esta forma, si se ha eliminado en la teleprestación el soporte en papel, también se elimina con ello el riesgo potencial que implicaba manejar documentación antigua almacenada. Así pues, el accidente que pueda ocurrir en otras dependencias de la vivienda diferentes a las preparadas para desarrollar la prestación de servicios, deberán calificarse como doméstico, al no existir ya ningún tipo de justificación laboral que pudiera explicar la necesidad de realizar el cambio de estancia.

Pese a estas reflexiones, tampoco puede entenderse que la posibilidad de sufrir un “accidente en misión” sea totalmente incompatible con los fenómenos de teletrabajo. Y es que en muchas ocasiones, este tipo de prestación de servicios exige con cierta periodicidad (semanal, mensual o incluso anual) ciertas reuniones de equipo, tutorías con el jefe de servicio, asistencia a cursos de» formación,

33. Como pone de manifiesto la guía de buenas prácticas aprobada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo «NTP 412: Teletrabajo: criterios para su implantación», “*El trabajo apenas debe requerir espacio para almacenamiento de materiales, equipos*”, [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp\\_412.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_412.pdf) (página 4 soporte informático).

visitas a clientes especiales, y en definitiva, cierto tipo de actividades presenciales, para cuya asistencia resulta obligado un desplazamiento<sup>34</sup>.

De la misma forma, el trabajador, pese a ser “trabajador a distancia” está obligado a acudir a las revisiones médicas periódicas que se establezcan con finalidad de controlar su salud y, si es elegido representante legal de los trabajadores, también quedará obligado, por este tipo de cometidos a realizar los desplazamientos necesarios que requieran sus labores de representación. Situaciones en las que, no se discute, que cabrá sufrir un accidente en misión, al desplazarse el sujeto desde su lugar habitual de trabajo (su propio domicilio) al que le requieran las circunstancias expuestas que, como se puede apreciar, no dejan de tener una finalidad laboral.

#### **4.6. Las enfermedades vinculadas directamente al trabajo realizado como modalidad particular de accidentes de trabajo**

Tal y como se ha adelantado, dentro del concepto de accidente de trabajo no sólo se incluyen lesiones del trabajador acaecidas de forma súbita, sino también las enfermedades que, sin formar parte de la lista de enfermedades profesionales, se pueda demostrar que guardan relación directa con el trabajo realizado. En cualquier caso, resulta muy interesante destacar que, según nuestra jurisprudencia más reciente, la presunción de accidente laboral alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades cuyas crisis se manifiestan también durante el tiempo y lugar de trabajo (infartos, anginas de pecho, trombosis...). Y es que no se puede olvidar que dado el perfil que en la práctica presentan la mayor parte de las situaciones actuales de teletrabajo (predominantemente implantadas con el fin de desarrollar trabajos de tipo administrativo), están expuestas a un riesgo potencial de contingencias profesionales muy bajo.

Precisamente sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta que, por el momento, en la práctica jurisprudencial española, el mayor número de situaciones calificadas como accidentes de trabajo en el ámbito del trabajo a distancia, están relacionadas no ya con accidentes in itinere (a pesar de que, como se ha indicado, se trata de una modalidad de contingencia profesional que no queda excluida de los fenómenos de teletrabajo) sino con desenlaces o manifestaciones súbitas de ciertas enfermedades por parte del trabajador ocurridos en tiempo y lugar de

34. Aunque no se discuta en esta ocasión la calificación de un accidente como laboral, sino la concreta clasificación profesional que debe reconocerse a un trabajador, resultan interesantes las reflexiones al respecto que, de forma indirecta, incluye la STSJ de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2016 (nº. rec. 2229/2015).

trabajo<sup>35</sup>. Y es que sobre ellas, siempre y cuando, atendiendo al historial médico del sujeto en cuestión, no se pueda acreditar el carácter común y preexistente de la enfermedad sufrida, también resultará aplicable la presunción de laboralidad que actualmente incluye el art. 156.3 del nuevo Texto Refundido de la LGSS.

En particular, el grupo más amplio de supuestos de asimilación, lo constituyen las patologías cardíacas que se manifiestan de forma repentina y con consecuencias graves mientras el teletrabajador está desarrollando su jornada de trabajo, cuando el sujeto en cuestión no tiene antecedentes acreditados de esta enfermedad. Hoy en día, son ya numerosas las sentencias en las que se califica como constitutivas de un accidente de trabajo este tipo de situaciones, pues al manifestarse en tiempo y lugar de trabajo, se consideran producidas con ocasión o por consecuencia del trabajo realizado.

De hecho, se encuentran situaciones en las que este tipo de contingencia laboral se aprecia no supuestos de teletrabajo total (o aquel en el que el trabajador presta servicios durante la totalidad de su jornada de trabajo fuera de la sede física de la empresa) sino en el teletrabajo parcial, esto es, aquéllas situaciones en las que un sujeto, sólo trabaja desde su domicilio de forma ocasional<sup>36</sup>. Y es que es muchas veces su categoría profesional o el hecho de desempeñar funciones de representación sindical, la que le concede cierto margen de decisión a la hora de decidir el lugar desde el que prestará su actividad, permitiéndole, siempre conforme a las reglas de la razonabilidad, por necesidad, enfermedad, conveniencia personal o familiar, comodidad, etc., realizar su actividad desde su propio domicilio<sup>37</sup>. De hecho, en este último grupo de supuestos, quedarían comprendidos aquéllos en los que no existe un pacto expreso de teletrabajo (ni siquiera parcial) entre la empresa y el trabajador que aportar como prueba, sino simplemente una mera tolerancia de inasistencia al lugar de trabajo cuando concurren circunstancias excepcionales, mantenida a lo largo del tiempo.

35. Sobre este tema, véase Toscani Jiménez, D., “La presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo”, *Revista Capital Humano*, nº. 228, enero 2009, pág. 112 y ss.

36. Y lo que es más llamativo, para nuestros jueces y tribunales no obsta el carácter laboral de la contingencia el hecho de que esta flexibilidad en la elección del lugar de trabajo unas veces haya sido concretada con antelación entre la empresa y el concreto trabajador (materializándose en unos días de la semana u franjas horarias diarias determinadas), y otras no, produciéndose de forma particular o aislada cuando concurren determinadas condiciones (normalmente situaciones personales particulares del trabajador).

37. A esta conclusión llega el Auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 1 octubre 2009 (JUR\2009\458912) en relación a un infarto sufrido por un liberado sindical en su domicilio, durante el horario de trabajo. Al respecto, es precisamente el hecho de precisar asistencia sanitaria inmediata, el que en la práctica facilita la prueba de que, pese a ocurrir en el propio domicilio del trabajador, el incidente tuvo lugar en tiempo y lugar de trabajo.

En relación con este tema, resulta muy importante diferenciar situaciones de “trabajo a distancia” de otras que no lo son. Así pues, nuestros jueces y tribunales vienen negando esta condición (y por lo tanto, con ello también la posibilidad de aplicar la presunción de laboralidad de los accidentes ocurridos en tiempo y lugar de trabajo, mientras el trabajador en cuestión se encontraba en su propio domicilio) a los supuestos de guardia o constante disponibilidad en los que el trabajador simplemente se compromete a estar localizable durante determinada franja temporal con el fin de atender situaciones urgentes que se pudieran manifestar en la empresa durante ese periodo (empleados de mantenimiento de edificios y locales, atención de clientes o pacientes, etc.)<sup>38</sup>.

#### **4.7. La apreciación jurisprudencial del accidente de trabajo en otras situaciones en las que coincide lugar trabajo y lugar de residencia del trabajador ¿paralelismo con el teletrabajo?**

Pero no se puede finalizar el análisis de los accidentes de trabajo sufridos por los teletrabajadores sin prestar atención al tratamiento de las contingencias profesionales en otras situaciones en las que, al igual que ocurre con los supuestos de trabajo a domicilio, también concurren lugar de prestación de servicios y lugar de residencia del trabajador. Y es que existen ciertos ámbitos materiales que comparten la misma dificultad que se presenta ante los fenómenos de teletrabajo a la hora de deslindar los accidentes domésticos de los accidentes de trabajo.

En concreto, cierta identidad de razón se aprecia con aquéllas actividades productivas que exigen pernoctación habitual en el mismo lugar de trabajo al prestarse en especiales condiciones de aislamiento o lejanía. En esta situación se encuentran, entre otros colectivos, empleados de hostelería que presten servicios en lugares particularmente alejados y mal comunicados, empleados de plataformas petrolíferas, buques, guardeses de fincas, empleados de mantenimiento de grandes instalaciones, etc.<sup>39</sup>. Y es que aunque a efectos administrativos el trabajador no

38. Precisamente en este sentido se pronuncia, entre otras, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n.º. 6843/2015, de 19 noviembre de 2015 (JUR\2015\303430) respecto a una patología cardíaca manifestada en el propio domicilio del trabajador mientras éste se encontraba cumpliendo una guardia en virtud de la cual se comprometía a estar localizable y en condiciones de atender con rapidez las posibles urgencias que se pudieran presentar en la empresa, de llegar a ser requerido para ello.

39. Estas situaciones no se pueden confundir con otras en las que simplemente se exige una pernoctación ocasional en el lugar de trabajo o en las instalaciones de la empresa (normalmente con el fin de estar en condiciones de atender necesidades urgentes de forma inmediata). Aunque a una y otra se les esté ofreciendo la misma consideración a efectos de la consideración como laboral de la contingencia sufrida, no se trata de supuestos idénticos, y por lo tanto, se utilizan diferentes argumentos para alcanzar el mismo resultado. Y es que por lo que respecta a los

haya cambiado de domicilio habitual, atendiendo a la duración y continuidad de este alojamiento, sí se puede hablar de una nueva “residencia temporal durante ciertos periodos del año.

En estos casos en los que el trabajador, por exigencias vinculadas a la naturaleza de su propia actividad laboral, pernocte con habitualidad en el mismo lugar en el que desarrolla su prestación de servicios, nuestra jurisprudencia viene otorgando la calificación de accidente de trabajo a prácticamente cualquier incidencia que el trabajador pueda sufrir a lo largo de su estancia en las instalaciones empresariales, aunque éstas, de forma clara, no guarden relación alguna con la actividad profesional desempeñada sino con el transcurso de la vida diaria<sup>40</sup>. A la vista de esta posición jurisprudencial,

periodos de “guardia”, este tiempo, tanto si a efectos laborales es considerado “tiempo de trabajo” como “tiempo de presencia” (según el tipo de actividad que desarrolle el trabajador durante este periodo) e independientemente de la retribución que convencional o contractualmente se acuerde, a efectos de la calificación de la naturaleza jurídica de la contingencia sufrida, se viene equiparando equiparado a *tiempo de trabajo efectivo*, y por lo tanto, permite la aplicación de la presunción de accidente laboral. Habida cuenta de que únicamente implican una pernoctación puntual (personal sanitario, empleados de remolcadores durante sus días de guardia, trabajadores dedicados al sector del transporte cuyos vehículos permitan pernoctación, etc.), en ningún momento se pueden confundir ni con un lugar de “residencia” (ni siquiera temporal) del trabajador, ni mucho menos con prestaciones de servicios que se desarrollen con carácter habitual, en el domicilio del propio trabajador a efectos de poder calificarlos como ejemplos de “trabajo a distancia”, y por lo tanto, tampoco se presenta en ellas la necesidad de diferenciar los accidentes meramente domésticos de los laborales, pues durante todo el tiempo de presencia en las instalaciones empresariales en virtud de estas guardias ocasionales quedarían beneficiados por la presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo.

40. En virtud de estos argumentos, pese a producirse en tiempo de descanso, no deja de ser una contingencia profesional la lesión del nervio tibial producida al levantarse de la cama mientras el trabajador en cuestión se encontraba prestando servicios a bordo de un buque, tal y como reconoce la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 6 julio 2015 (RJ\2015\4682). La misma interpretación extensiva se aprecia en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 24 febrero 2014 (RJ\2014\2771) en la que se califica como laboral el accidente sufrido por el cocinero de buque que fallece al caer al mar, cuando intentaba acceder a su barco, que estaba atracado, desde otro barco que se encontraba abarloado. En similares términos la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº. 1370/2015 de 21 mayo (AS\2015\2047) considera aplicable al presunción de laboralidad del accidente de trabajo sufrido en tiempo y lugar de trabajo respecto a un infarto de miocardio sufrido por conductor mientras descansaba en la cabina del camión durante el viaje en un área de servicio. El mismo argumento emplea, entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 4 mayo 2015 (JUR\2015\215431), aplicando la presunción de laboralidad respecto al infarto de miocardio sufrido por un trabajador embarcado en un buque, incluso aunque éste se haya producido durante la noche. Por su parte, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 febrero 2015 (RJ\2015\1380) considera aplicable a la presunción de laboralidad respecto al fallecimiento de un trabajador producido por edema agudo de pulmón mientras se encontraba embarcado prestando servicios como patrón de pesca. Sobre este tema, véase Toscani Jiménez,

¿puede decirse que la misma interpretación extensiva sería aplicable a los supuestos de teletrabajo?

La concurrencia de diversos factores es la que determina que, en la práctica, la respuesta a esta pregunta, al menos por el momento, esté siendo contundentemente negativa. Adviértase que entre una y otra situación existen diferencias importantes que justifican la no aplicación de la misma configuración amplia del concepto de accidente de trabajo: por una parte, mientras estos trabajadores obligados a prestar servicios en especiales condiciones de aislamiento o lejanía se instalan en dependencias empresariales, el teletrabajador desarrollará su actividad desde su propio domicilio (u otro lugar, previamente identificado por él mismo). Al mismo tiempo, y vinculada de forma directa a la cuestión anterior, en el grupo de supuestos que ahora se analiza, se entiende que el motivo exclusivo de la pernoctación es precisamente la realización de la actividad laboral, cosa que no ocurre en los casos de teletrabajo, en los que no cambiaría el lugar de residencia del trabajador independientemente de que su actividad laboral se desarrollara o no en régimen de trabajo presencial.

## 5. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, respecto a la protección de las contingencias laborales del teletrabajador todavía existen muchos aspectos pendientes de respuesta<sup>41</sup>. Y es que posiblemente el legislador no considera la regulación de los fenómenos de teletrabajo como una cuestión prioritaria, puesto que no todas las actividades productivas pueden prestarse por medio del trabajo a distancia. Por ejemplo, como resulta evidente, será imposible a la hora de realizar aquellas funciones que implican un trato directo con clientes, pacientes o usuarios y que no admitan atención telefónica<sup>42</sup>, que deben desarrollarse en una concreta ubicación geográfica<sup>43</sup> o que, por esencia, impliquen movilidad

D., “Los accidentes sufridos fuera del lugar de trabajo habitual o en misión”, *Revista de Gestión práctica de Riesgos Laborales*, n.º. 28, 2006, pág. 28.

41. En este sentido, Sabadell i Bosch y García González-Castro, G., sostienen que “tras la reforma laboral (de 2012), las dificultades de aplicación al teletrabajo de la normativa de protección en materia de seguridad y salud laboral siguen sin quedar resueltas y se mantiene la inseguridad jurídica en una cuestión demasiado trascendente”, en “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º. 4, 2015 (ejemplar dedicado a «Prevención de riesgos laborales: tendencias en tiempos de crisis», págs. 38 y ss. Versión digital. <http://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero04/dossier/msabadell.html>.

42. Como pueden ser, entre otras muchas profesiones, las labores de peluquería, clínicas dentales, etc.

43. Personal de limpieza, personal de mantenimiento de maquinaria o edificios, etc.

constante<sup>44</sup> y también, entre otros ejemplos, respecto, las actividades que precisen un trabajo en equipo<sup>45</sup>. Así pues, en la economía española, sustentada claramente sobre actividades propias del sector agrícola y del turístico, se pueden encontrar innumerables ejemplos en los que la teleprestación de servicios resulta totalmente incompatible con las características básicas de la actividad laboral encomendada.

Ahora bien, esta situación en realidad no es una excusa válida para obviar la realidad productiva actual, en la que irrumpen cada vez con más fuerza y en ámbitos de actividad más variados, las nuevas formas de presencialidad flexible a las que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo. Lo que no se puede negar es que, carencia o insuficiencia de regulación equivale a desprotección y precariedad de los sujetos que desarrollan esta actividad, situación que, en pleno siglo XXI, resulta totalmente injustificada y no se debería desconocer. Y es que el teletrabajo es ya una realidad que incide sobre múltiples actividades profesionales, tanto en el ámbito de la empresa privada como, incluso, en el de las administraciones públicas, y sobre el que ya resulta imprescindible concretar todos sus contornos.

Obviamente, el teletrabajo puede utilizarse como una vía de reducción de los accidentes de trabajo (sobre todo, en aquéllos ámbitos en los que, atendiendo a la naturaleza de las funciones realizadas, el accidente in itinere resulta ser el más frecuente), pero el legislador no debería desconocer que esta forma de organización del trabajo no excluye totalmente la posibilidad del trabajador de sufrir contingencias profesionales, por lo que, habida cuenta de los problemas interpretativos que esta situación puede plantear en la práctica, se deberían establecer medidas específicas de definición, prevención y actuación frente a las contingencias profesionales del teletrabajador al mismo tiempo que se perfilan los contornos del concepto de accidente de trabajo, así como también, la lista de enfermedades profesionales actualmente vigente, con el fin de dar respuesta a los problemas específicos de este colectivo.

Sin duda ha llegado el momento no sólo de delimitar con precisión los accidentes domésticos de los accidentes laborales en el ámbito del trabajo a distancia, sino también de actualizar la lista tasada de enfermedades profesionales, con el fin de introducir claridad y sencillez en el sistema, evitando tener que probar en cada caso concreto, la conexión directa que existe entre el tipo de enfermedad sufrido por el trabajador y sus condiciones laborales. Y es que sólo de esta manera se evitará que cualquier accidente laboral que comunique un teletrabajador quede manchado, sean cuales sean las circunstancias que concurran en el caso, por una

44. Como pueden ser los servicios logísticos.

45. Entre otros, el ejemplo más representativo lo constituyen los trabajos en cadena.

inmediata sospecha de fraude, muy perjudicial a la hora de garantizar la correcta protección de este tipo de trabajador frente a las contingencias profesionales.

Mientras tanto no se puede olvidar el importantísimo papel que representa la negociación colectiva pues, es esta vía la que, ante el escaso tratamiento que esta forma de organización del trabajo recibe en la legislación vigente, por el momento resulta ser más adecuada para establecer ciertos límites al teletrabajo, destinados a evitar, en la medida de lo posible, la exposición del trabajador a nuevos riesgos profesionales derivados del estrés o el aislamiento que esta forma de trabajo puede producir<sup>46</sup>. De la misma forma, aunque el carácter común o profesional de la lesión sufrida sea una cuestión que no está sujeta a la capacidad de decisión de los contratantes, parece que la negociación colectiva también podría ayudar a establecer criterios (al menos, criterios orientativos) que, atendiendo al tipo de funciones encomendadas al trabajador, faciliten diferenciar el accidente doméstico del laboral, simplificando y agilizando así la labor de calificación.

46. Así pues, la negociación colectiva no se puede descuidar en el ámbito del teletrabajo, fomentando la participación y representación sindical de este tipo de trabajadores que, pese a su distinta ubicación, disfrutan de exactamente los mismos derechos laborales que los trabajadores presenciales. Y es que, parece ser el instrumento idóneo para limitar en el tiempo el periodo anual de teletrabajo (a por ejemplo, seis meses al año), o bien, para concretar un máximo de horas diarias de trabajo efectivo que pueden prestarse a distancia (por ejemplo, un 50%). Se trata de estrategias a través de las cuales se intenta compatibilizar por una parte, el interés del trabajador a disfrutar de una prestación de servicios flexible con el fin de poder compaginar con facilidad sus obligaciones familiares con las laborales, y por otra, el cumplimiento adecuado del deber empresarial de tutelar la seguridad y salud de sus trabajadores previendo nuevos riesgos profesionales inherentes a esta forma de prestación de servicios antes de que dejen sentir sus efectos. Por ejemplo, con finalidad protectora, el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el teletrabajo en la Administración General del Estado, con fecha 21 de marzo de 2007, todavía inconcluso recogía que la parte de la jornada laboral que se realizara bajo forma de teletrabajo no podría exceder el 40%. Pero adviértase que no todas las empresas permiten compaginar trabajo presencial y trabajo a distancia. Hoy en día son cada vez más aquéllas que, con ánimo de ahorro, optan por suprimir su sede física y desarrollar íntegramente su actividad productiva “a distancia”. Debe resaltarse que, atendiendo a la configuración actual de las causas que justifican un contrato de trabajo temporal, la necesidad de limitar el periodo anual durante el cual el trabajador presta sus servicios en régimen de teletrabajo, aunque se quiera establecer con la finalidad de evitar su exposición de ciertos riesgos laborales estrechamente vinculados al teletrabajo, por el momento no puede ubicarse en ninguna de las modalidades de contratación laboral temporal previstas en nuestro ordenamiento jurídico.



# CLAVES JUDICIALES DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

MAGDALENA LLOMPART BENNÀSSAR

*Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universitat de les Illes Balears

## EXTRACTO

**Palabras Clave: indemnización por despido improcedente, salario, opciones sobre acciones, bonus, unidad del vínculo**

El presente estudio pretende clarificar controversias referentes a la cuantificación de la indemnización por despido improcedente. Su objeto es despejar los interrogantes que suscita la regulación legal, a la luz de la jurisprudencia que la aplica, en diversas cuestiones como conceptos incluidos y excluidos del salario regulador, cuantificación de partidas salariales cuyo devengo es superior al año o cómputo del tiempo de servicios.

## ABSTRACT

**Key words: compensation for unfair dismissal, salary, stock options, bonus, unit of the link**

This study aims to clarify controversies concerning the quantification of compensation for unfair dismissal. Its purpose is to clear the questions that raises the legal regulation, in the light of the jurisprudence that applies, on various issues like concepts included / excluded from regulating wages, quantification of wage items whose accrual is greater than the year or computation of the length of service.

## ÍNDICE

1. SOBRE EL CARÁCTER TASADO DE LA INDEMNIZACIÓN
2. SALARIO REGULADOR DE LA INDEMNIZACIÓN
  - 2.1. Actualidad del salario regulador como garantía del lucro cesante del trabajador
  - 2.2. Prorrateo de los conceptos cuyo devengo es superior al mes o de carácter irregular
  - 2.3. Influencia de la jornada del salario regulador
  - 2.4. Modificación del salario previa al despido
  - 2.5. Fórmula de cálculo
3. TIEMPO DE SERVICIOS: UNIDAD DEL VÍNCULO
  - 3.1. Años de servicio versus antigüedad del trabajador
  - 3.2. Prorrateo por meses
4. TOPE INDEMNIZATORIO MÁXIMO

## 1. SOBRE EL CARÁCTER TASADO DE LA INDEMNIZACIÓN

A la hora de considerar una decisión extintiva, la empresa valora muchas cuestiones, pero principalmente el coste económico. La reforma laboral de 2012 rebajó de forma considerable este coste, al pasar de contemplar una indemnización por la pérdida de empleo calculada a razón de 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades a otra calculada a razón de *“treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”* (art. 56 ET). Se generaliza, de esta suerte, la indemnización prevista para las extinciones objetivas declaradas improcedentes en caso de contratos de fomento de la contratación indefinida. Según el primer apartado de la DT 11ª del TRET, esta indemnización es de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. En el caso de relaciones laborales nacidas con anterioridad se prevé un régimen transitorio<sup>1</sup>. En síntesis este régimen, regulado también en la DT 11ª del ET, establece dos fórmulas de cálculo para la indemnización por despido improcedente en caso de contratos comunes –no de fomento de la contratación indefinida- concertados antes del día 12 de febrero de 2012, pero cuya finalización por despido improcedente acontezca con posterioridad a esta fecha. Para el primer tramo temporal, hasta el día 11 de febrero de 2012 incluido, a efectos de preservar los derechos adquiridos, mantiene la fórmula precedente de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses enteros los periodos de tiempo inferiores a un año. Para el segundo tramo, a partir del 12 de febrero de 2012,

1. Respecto del mismo, vid. Goerlich Peset, J.M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnización y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A., *La Reforma Laboral de 2012*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, págs. 526 y ss. y Llopart Bennàssar, M., “Comentario a la DT undécima del ET”, en Goerlich Peset, J.M., *et altri, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Homenaje al prof. Tomás Sala Franco*, en prensa. Asimismo, tanto la importante STS de 18 de febrero de 2016 (rcud. 3257/2014), como la STS de 18 de abril de 2016 (rcud. 1921/2014).

establece la de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses también los periodos de tiempo que no superen el año. Además se añaden dos topes máximos, uno de carácter relativo y otro de índole absoluta –que a su vez está limitado–, de forma que el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el despido anterior al 12 de febrero de 2012 resulte un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicha cifra en ningún caso pueda ser superior a 42 mensualidades. Así pues, con la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, los trabajadores que hubiesen alcanzado una indemnización equivalente a 720 días de salario o una cifra superior, siempre que no exceda de las 42 mensualidades han visto congelada su indemnización, de modo que aunque sigan prestando servicios en la empresa su indemnización ya no aumentará.

Ahora bien, tanto antes como ahora, existen cuestiones problemáticas que se reproducen y que merecen ser abordadas de forma sistemática. En primer término, cabe resaltar que la indemnización por despido improcedente es tasada, cuantificable en atención a dos criterios -salario y tiempo de prestación de servicios-. Al hilo de la última reforma laboral, esta fórmula de cálculo ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional por entender que las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dolo o culpa han de considerar todos los criterios que conduzcan al establecimiento de una justa compensación –edad, sexo, víctima de violencia, formación, discapacidad, etc.–, resultando arbitrario que se indemnice sólo en atención a esos dos factores<sup>2</sup>. Asimismo, se ha aducido que la reducción de una indemnización por daños y perjuicios derivada de responsabilidad dolosa o culposa contradice el carácter esencialmente “*causídico*” de este tipo de resarcimientos por no responder, en un contexto con una elevada tasa de desempleo, a una disminución de los daños y perjuicios a compensar.

Con anterioridad a la reforma laboral, el TS había reconocido que la indemnización por despido improcedente es tasada por ley y que, si bien responde a la pérdida del empleo, carece de valor restitutorio en su integridad. Según el Alto Tribunal no le resultan de aplicación los criterios civiles de cuantificación del daño, como tampoco se exige al trabajador la prueba de los daños y perjuicios<sup>3</sup>. Este razonamiento ha sido adoptado por el TC, que además incide en que el contrato de trabajo se rige por reglas y principios propios -distintos de los aplicados a los contratos civiles- pudiendo tener por tanto un régimen jurídico propio en materia de resarcimiento de daños. El TC aborda esta cuestión desde la perspectiva

2. Cfr. AATC 33/2015 y 35/2015, ambos de 17 de febrero.

3. STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 520/90).

del derecho constitucional al trabajo. En la medida en que el art. 35.2 de la CE remite a la ley la regulación de un estatuto de los trabajadores, el legislador es el encargado de determinar el contenido y alcance del citado derecho, pudiendo regular según considere en cada momento la indemnización del despido declarado improcedente con elementos de cálculo tasados, la determinación de los factores a considerar y su valor numérico. A cuanto se ha razonado, el TC añade las virtudes de nuestro sistema legal de indemnización objetiva en caso de despido, como son la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, la unificación de criterios que debe aplicar el juez, la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica. Todo lo cual le permite afirmar que es razonable atender al salario y al tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación y también que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, resulta superior en los despidos improcedentes -45 ó 33 días- que en los despidos colectivos u objetivos procedentes -20 días-.

Ciertamente el legislador, a la hora de cuantificar las indemnizaciones por despido improcedente, podría haber adoptado criterios civiles, tomando en consideración elementos como la edad del trabajador, cargas familiares, sexo, formación etc.; circunstancias que, en efecto, pueden estar relacionadas con el tiempo que le costará al despido encontrar un nuevo trabajo con condiciones similares al que ha perdido. Sin embargo, es razonable que las mismas no se tengan en cuenta en nuestro ordenamiento -como tampoco acontece en los de nuestro entorno- porque eso sería tanto como hacer recaer en las empresas el peso de circunstancias que van más allá de la propia relación laboral. En cambio, los módulos de salario y tiempo de prestación de servicios son conceptos que han condicionado la propia dinámica laboral entre empresa y trabajador. De ahí, en mi opinión, que sean muy adecuados para calcular estas indemnizaciones por despido. De algún modo ambos elementos constituyen un reflejo de lo que ha sido la relación laboral y, por tanto, de lo que se debe compensar cuando ésta finaliza, al tiempo que ofrecen seguridad jurídica. En concreto, el salario que ha venido percibiendo el trabajador va a condicionar el lucro cesante que va a padecer. Cuestión diversa, y que excede del presente análisis, es que se considere que la cuantía final que resulta de la nueva fórmula de cálculo pueda ser insuficiente a la vista de la situación actual del mercado de trabajo y de los mecanismos de protección social existentes.

El carácter decididamente objetivo de esta indemnización, en fin, explica que cuando un trabajador despedido fallece antes de que el juez declare la improcedencia del despido la indemnización correspondiente pueda ser

transmitida a los herederos. Y ello a pesar de que la compensación del daño por la pérdida del empleo ha perdido su justificación<sup>4</sup>.

En definitiva, sin haber alterado su carácter tasado ni la referencia salarial, la actual regulación ha reducido tanto el canon de cuantificación de la indemnización, que de 45 días por año ha pasado a 33 días por año, como su límite máximo, que de 42 mensualidades ha pasado a 24. Por tanto, al analizar las indemnizaciones por despido improcedente deben barajarse necesariamente los elementos referidos al salario regulador, al tiempo de prestación servicios y al tope indemnizatorio.

## 2. SALARIO REGULADOR DE LA INDEMNIZACIÓN

Cuantificar correctamente el salario es crucial para que la empresa valore el coste del despido. Cuando la prestación de servicios se ha encauzado de forma civil o mercantil, antes de cuantificar el módulo salarial es necesario concretar la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, a efectos de comprobar si los importes devengados por el trabajador son un precio por sus servicios o un salario por su trabajo. Si la prestación de servicio se declara finalmente laboral y la empresa venía abonando al falso autónomo cuantías destinadas a compensar el IVA correspondiente, éstas -en la medida en que no retribuyen la prestación de servicios, van destinadas a la Hacienda tributaria y no ingresan en el patrimonio del trabajador- no engrosan la cifra del salario regulador<sup>5</sup>. Este razonamiento, por lo demás, no pone en tela de juicio el hecho de que el importe del salario,

4. En efecto, en caso de fallecimiento del trabajador despedido antes de la sentencia que declara la improcedencia de la extinción, la STS de 13 de mayo de 2003 (rcud. 813/2002) entiende que procede el pago de la indemnización a los herederos por la plena operatividad de los arts. 1112, 1132, 1134 y 1136 del Cc, de forma que los derechos nacidos en virtud de la obligación establecida por el art. 56 del ET, y adquiridos desde la fecha del despido, son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiese pacto lo contrario, perdiendo el derecho de elección entre las dos prestaciones a las que alternativamente viene obligado el empresario si sólo una fuera realizable. El deudor, esto es el empresario, ya no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles y siéndolo una de ellas en tanto obligación de hacer, la elección del acreedor recaerá sobre el precio. Sin embargo, esta STS cuenta con un importante voto particular que niega el derecho de los herederos a cobrar la indemnización, pues la misma compensa el daño producido por la pérdida futura del empleo y este daño no se ha producido porque el trabajador ha muerto, de modo que no hay obligación de resarcir. Según el voto particular, el daño se actualiza cuando no se readmite; no en el momento del despido. En fin, en términos de empleo, el único daño que se ha producido como consecuencia del despido cuando el trabajador fallece antes de la sentencia es el que corresponde a los salarios de tramitación dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la del fallecimiento y a la condena al abono de esta cantidad debe limitarse el fallo en estos casos.

5. SSTS de 20 de octubre de 1989 (rec. 6008/1988) y de 24 de septiembre de 2014 (rcud. 1522/2013).

como elemento regulador de la indemnización por despido improcedente, deba ser bruto<sup>6</sup>.

En todo caso, discernir qué es y qué no es salario no siempre es cuestión sencilla porque, de una parte, se entremezclan diversas regulaciones, como la laboral, la de Seguridad Social y la tributaria con finalidades no siempre equivalentes<sup>7</sup> y, de otra, acontecen cambios de criterio por parte de los tribunales. Buen ejemplo de ello es el abono de ciertas primas por parte de la empresa a compañías aseguradoras, en concepto de seguro de accidente de vida y accidente de los trabajadores. Originariamente, no se consideró como salario las cuantías abonadas por las empresas a entidades de previsión, compañías aseguradoras, servicios médicos o análogos<sup>8</sup>. Sin embargo, aun cuando son pagos del empresario que se dirigen a una entidad aseguradora y no entran a formar parte del patrimonio del trabajador, estando la aportación, por ende, sometida al régimen específico del seguro contratado, el TS, en sus resoluciones más recientes, entiende que tales primas constituyen parte del salario. En concreto, ha distinguido entre el abono de la prima al seguro, concepto que considera salarial, y las ulteriores prestaciones o indemnizaciones -derivadas del pago de primas- que constituyen un concepto claramente extrasalarial por ser equivalente a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social<sup>9</sup>. Parece, en fin, que en la calificación jurídica de esta ventaja ha prevalecido el carácter totalizador del salario.

La *vis atractiva* del salario explica también por qué el TS incorpora en el módulo salarial las cantidades abonadas por la empresa en concepto de dietas por alojamiento y manutención, cuando el trabajador presta sus servicios en diferentes obras ejecutadas en localidades distintas a las de su domicilio habitual, si los sucesivos contratos de obra o servicio determinado han sido firmados precisamente en el emplazamiento donde radica la obra o donde el servicio se presta y no en el lugar de residencia del trabajador<sup>10</sup>. En tal hipótesis, el Alto Tribunal prescinde del dato relativo al domicilio habitual del trabajador y se centra en dónde se ha firmado el contrato. Si ya desde el inicio de la relación

6. STS de 1 de octubre de 2007 (rcud. 3794/2006).

7. Cfr. Llopart Bennàssar, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, págs. 177 y ss.

8. Vid., entre otras, STS de 13 de julio de 1998 (rcud. 3883/1997) y STSJ, todas de Madrid, de 30 de mayo de 2005 (rec. 438), 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008) y 16 de enero de 2012 (rec. 4513/2011).

9. SSTS de 27 de junio de 2007 (rcud. 1008/2006), 2 de octubre de 2013 (rcud. 1297/2012) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

10. SSTS de 16 de febrero de 2015 (rcud. 3056/2013), 7 de abril de 2015 (rcud. 1187/2014) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014). Respecto de unas cantidades que se añadían a unas dietas reales, vid. STS de 3 de febrero de 2016 (rec. 143/2015).

laboral, ésta supone un cambio de residencia porque la prestación de servicios se desarrolla en lugar diferente al del domicilio habitual, se considera que no hay desplazamiento y que el citado cambio resulta irrelevante a efectos de devengar indemnización alguna. Tanto la manutención como el alojamiento del trabajador se consideran, en estos casos, una contraprestación más de los servicios que presta el trabajador. Sobre la base de la normativa en materia de cotización [art. 23.2 A) RGCL] y tributaria [arts. 17 d) LIRPF y 9 RIRPF], el TS entiende que, para que se devenguen dietas, el desplazamiento del trabajador no sólo debe alejarle de su residencia sino también del centro de trabajo habitual. Por tanto, si es contratado para prestar servicios en un concreto lugar, aunque dicha contratación suponga cambiar temporalmente de domicilio, no cumple con el segundo de los requisitos, esto es, desplazarse fuera de su centro de trabajo y, por consiguiente, la manutención y el alojamiento quedan incorporados al salario regulador de la indemnización.

Sentado lo anterior, procede valorar ciertas exclusiones del módulo salarial que se han planteado ante el Alto Tribunal y que éste ha confirmado<sup>11</sup>. Tal es el caso de la enseñanza que, gratuitamente, pueden recibir los hijos de trabajadores. Respecto de esta prestación, el TS ha estimado que, pese a suponer una ventaja económica, no constituye retribución del trabajo efectivo o de los periodos de tiempo de descanso computables como trabajo<sup>12</sup>.

Más controvertida resulta la puesta a disposición de un automóvil por parte de la empresa al trabajador. Sobre todo cuando dicha ventaja, a pesar de resultar necesaria para el buen desempeño del cometido del trabajo, es susceptible de ser disfrutada fuera del horario de su trabajo<sup>13</sup>. Pues bien, a pesar de esta última circunstancia, el Alto Tribunal entiende que la intención de la empresa no es proporcionar una retribución por la labor del trabajador, sino hacer frente a la necesidad de la utilización del vehículo para el buen desempeño de la misma, y que la utilización de éste fuera del horario de trabajo puede obedecer a la mera tolerancia por parte de la empresa. Una solución intermedia podría haber sido considerar la naturaleza mixta de la citada percepción<sup>14</sup>. La propia Administración

11. Vid., también, STSJ Cataluña de 2013 (rec. 4721/2013), sobre la naturaleza extrasalarial de los estudios costeados por la empresa.

12. STS de 23 de mayo de 1988.

13. STS de 21 de diciembre de 2005 (rcud. 104/2005).

14. A favor de la posibilidad de percepciones de naturaleza mixta, Matorras Díaz-Caneja, A., *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable)*, Madrid, 1999, págs. 81 y 82.

Tributaria<sup>15</sup> y algunas resoluciones judiciales<sup>16</sup> han aplicado dicho criterio para cuantificar ciertas percepciones en especie. Sin embargo, a mi juicio, este tipo de percepciones no pueden tener una naturaleza mixta por la propia *vis atractiva* del salario. De ahí que, cuando el uso de un bien es tanto para fines laborales como particulares, la discrepancia sobre su naturaleza pueda resolverse atendiendo a su uso prevalente.

## 2.1. Actualidad del salario regulador como garantía del lucro cesante del trabajador

Si con la indemnización por despido improcedente se pretende compensar al trabajador por el daño que le ocasiona quedarse sin empleo con la consiguiente pérdida de rentas salariales y verse en la necesidad de reincorporarse al mercado de trabajo, el referente debe ser el salario percibido en la fecha del despido<sup>17</sup>. No ha querido el legislador, ni ello sería lógico, modular el salario regulador en atención a cada uno de los años de servicio. La razón está en que la compensación viene referida a la formación de un capital que tenga en cuenta el nivel de precios vigentes en el momento del despido. Por tanto, las percepciones percibidas en su momento y cuya concausa específica haya desaparecido al tiempo del despido, no podrán ser computadas para integrar el salario regulador<sup>18</sup>. La actualidad, por

15. En el caso de utilización mixta, para fines de la empresa y para fines particulares del empleado, la DGT en varias consultas, por ejemplo la V-1469, o el Tribunal Económico-Administrativo, en junio de 2006, entienden que sólo procederá imputar al contribuyente una retribución en especie en la medida en que éste tenga la facultad de disponer del vehículo para fines particulares, con independencia de que exista o no una utilización efectiva para dichos fines. De este modo, el parámetro determinante de la valoración de la retribución en especie debe ser la disponibilidad del vehículo para fines particulares.

16. Vid., por ejemplo, STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2002 (rec. 1197/2002). También, SJTS de Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), que cuantifica el vehículo imputando a dicha retribución los días de descanso (2/7), pues en el caso analizado el disfrute del mismo no estaba limitado a la realización de funciones propias de su actividad, siendo utilizado los fines de semana con carácter exclusivamente privado.

17. Vid. por todas, STS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

18. Cfr. en relación con una “*compensación desplazamiento*”, la STS de 27 de septiembre de 2004 (rcud. 4911/2003), que analiza un supuesto en el que el trabajador estuvo desplazado cobrando la citada percepción. Según dicha resolución, si cuando el trabajador fue despedido ya trabajaba en España, es evidente que no puede computarse a efectos de salario regulador el concepto reclamado, ya que en el momento del despido y cese, no percibía tal complemento. El Alto Tribunal prosigue que no puede prorratearse lo percibido en los doce últimos meses para incluir la cantidad percibida por el referido complemento; el mismo tenía una finalidad concreta, compensar el traslado al extranjero, es decir, tenía carácter puntual, si cuando fue despedido ya no trabajaba fuera de España y no percibía el complemento, no puede incluirse en lo percibido en el momento del cese; no estamos ante un ingreso irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes,

lo demás, también supone que cuando el cobro del salario se efectúa en moneda extranjera, el tipo de cambio debe ser el de la propia fecha del despido<sup>19</sup>. Sin embargo, si en el momento del despido el trabajador se halla en situación de incapacidad temporal, el salario regulador es el percibido en el último mes efectivamente trabajado, no la cuantía de la prestación correspondiente<sup>20</sup>.

Habida cuenta que el salario regulador de la indemnización es aquél que corresponde al trabajador al tiempo del despido, no puede ser el que arbitrariamente abona la empresa<sup>21</sup>. Salario que obviamente no puede ser inferior al establecido en convenio aplicable, que tiene carácter de norma mínima. Ante supuestos de encuadramiento en grupos o categorías profesionales inferiores, la indemnización debe calcularse adecuando el salario a las funciones de categoría superior efectivamente realizadas en el momento del despido<sup>22</sup>.

Otro elemento que hay que considerar para valorar correctamente el coste de un despido concierne a la dinámica de las actualizaciones salariales. Dado que la indemnización viene determinada por el lucro cesante, el salario regulador debe ser el percibido en el momento del despido. Ello explica que sí computen a estos efectos eventuales incrementos salariales más o menos coetáneos al momento del despido<sup>23</sup>. Por el contrario, cuando la actualización salarial acontece producido el despido, durante el proceso judicial, la misma puede no afectar a la determinación de la indemnización, pues ésta, como compensación tasada que es y no “*restitutio*

ni ante un supuesto de fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular. Vid., también, STS 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014), sobre un trabajador que prestaba servicios fuera de España, cobrando un salario superior al que se hizo regresar cuando la decisión extintiva ya estaba tomada. En este caso, el TS confirma que el salario regulador debe ser el percibido en el exterior como expatriado antes de ser repatriado a España, pues dicha repatriación tuvo un carácter eminentemente formal.

19. STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001 (rec. 1463/2001).

20. Cfr. SSTSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2007 (rec. 167/2007) y Cataluña de 22 de septiembre de 2008 (rec. 3985).

21. SSTS de 3 de enero de 1991 (rec. 633/1990) y 27 de diciembre de 2010 (rcud. 1751/2010). Este mismo criterio ha de aplicarse para la resolución del contrato de trabajo en virtud de la remisión del art. 50.2 ET, sobre todo cuando es la propia actuación empresarial, que se considera como un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, la que ha determinado una reducción ilícita del salario que como tal (art. 6.3 Cc) no puede tener eficacia para educir la base de cálculo de la indemnización procedente. Vid., en este sentido, las SSTS de 25 de febrero de 1993 (rcud. 1404/1992) y 30 de junio de 2011 (rcud. 3756/2010), que reconoce como salario regulador el que percibía el trabajador un mes antes de ser despedido, ya que se produjo una reducción ilícita de su retribución.

22. STS 12 de julio de 2006 (rcud 2048/2005).

23. STSJ Cataluña de 10 de marzo de 2005 (rec. 2149/2005).

*in integrum*”, debe permanecer inalterable<sup>24</sup>. Problemática específica se plantea cuando no hay salario actual porque el trabajador se halla en una situación de excedencia. En tal supuesto, si el trabajador quiere regresar y a pesar de darse las condiciones para ello la empresa se opone, el TS estima que la relación laboral –que estaba latente- cobra nueva vitalidad. De esta suerte, la retribución a considerar a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente es la que debía percibir en el momento del eventual reingreso, -pues tal es la fecha en la que se produce el daño- no la que rigiera en el pasado -cuando la relación laboral entró en fase de latencia-<sup>25</sup>.

## **2.2. Prorrateo de los conceptos cuyo devengo es superior al mes o de carácter irregular: relevancia de la anualización del salario**

Las retribuciones de devengo superior al mes, ya sean de cuantía fija o de cuantía variable, o de carácter irregular deben computar en la proporción que les corresponda. De ahí que, cuando este tipo de percepciones concurren, haya que tener en cuenta todas las cantidades percibidas en el año en curso o, si ello no es posible, en el año inmediatamente anterior al despido, para luego prorratearlas por meses. Así, al salario del último mes se le suma el importe anual de las pagas extra prorrateado por meses<sup>26</sup>. Esta operación, obviamente, resulta innecesaria cuando las pagas extra ya están prorrateadas. Con todo, se ha planteado qué sucede cuando dicho concepto se cobra mes a mes desoyendo lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, que prohíbe expresamente tal posibilidad<sup>27</sup>. En este supuesto, el TS, sobre la base del art. 31 del ET, que prevé que sólo el convenio colectivo -sin hacer alusión alguna a la autonomía individual- puede contemplar el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias, concluye que el acuerdo entre empresario y trabajador sobre este particular no cuenta con autorización legal para legitimarlo. Es más, en el supuesto analizado judicialmente, el convenio veta expresamente el prorrateo, por lo que el TS concluye que, a efectos de cuantificar el módulo indemnizatorio, al salario mensual -que incluye indebidamente la prorrata de las gratificaciones extraordinarias- se le debe añadir de nuevo la parte proporcional de las pagas extra.

24. STS de 7 de diciembre de 1990 (rec. 520/1990). Con todo esta STS cuenta con un voto particular que entiende injusto que el trabajador ilegalmente despedido y sin ocupación compensatoria durante todo el procedimiento, haya de sufrir, sin embargo, el perjuicio de la no obtención de las mejoras salariales devengadas por los demás trabajadores.

25. SSTS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002) y 30 de mayo de 2003 (rcud. 2754/2002).

26. Vid., entre otras muchas, SSTS 17 de julio de 1990, de 30 de junio de 2011 (rec. 3756/2010) y 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014).

27. STS de 25 de enero de 2012 (rcud. 4329/2010).

Además de las gratificaciones extraordinarias, los trabajadores pueden percibir otros conceptos cuyo devengo es superior al mes -incentivos, comisiones, bonus, etc.- o, incluso, partidas con un devengo que excede el año, como es el caso de las opciones sobre acciones. El problema que acarrearán todos estos emolumentos viene referido precisamente al requisito de actualidad.

En relación con los conceptos que tienen una periodicidad superior al mes con un devengo que se produce por anualidades vencidas de acuerdo con el rendimiento de los trabajadores, como el caso de los bonus, estos forman parte del salario regulador. La cuestión es cómo deben hacerlo cuando el trabajador es despedido antes de que la anualidad venza, sin poder concretar por tanto la retribución total del año en que la relación laboral se extingue. Y, en este sentido, no cabe obviar que el salario que se toma en cuenta para fijar la indemnización es el que viniera percibiendo el trabajador en el momento del cese, no el salario al que pudiera tener derecho en un futuro. De este modo, si el trabajador despedido tiene derecho a cobrar conceptos en función de su rendimiento con devengos por anualidades vencidas –no con devengos mensuales de percepción anual-, los tribunales atienden al último bonus percibido para fijar el salario regulador anual<sup>28</sup>, para luego prorratearlo por meses.

Cuando lo que se reconoce al trabajador es un bonus que requiere de la empresa la fijación anual del rendimiento exigido, si ésta omite tal actuación, en defecto de previsión alguna sobre este particular, los tribunales aceptan la posibilidad de que dicho concepto forme parte del módulo salarial anual. Y ello sobre la base de que dicho pacto queda sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo dispuesto en el art. 1256 del Cc. En concreto, también se recurre a la cuantía del incentivo abonado al trabajador el año anterior<sup>29</sup>, para que integre el módulo salarial anual.

Las dudas se acentúan cuando la ventaja que tiene reconocida el trabajador es un plan de opciones sobre acciones, pues constituye una retribución a medio o largo plazo, superando por tanto el devengo anual. El contrato de opción se perfecciona en el momento en que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben. Salvo otras particularidades posibles, una vez perfeccionado dicho contrato la empresa se compromete a ofrecer a sus empleados la opción de hacerse

28. Vid., entre otras, SSTS de 13 de mayo de 1999 (rec. 977/1990), 24 de octubre de 2006 (rcud. 1524/2005) y 25 de septiembre de 2008 (rcud. 4387/2007). También, SSTSJ, ambas de Madrid, de 30 de mayo de 2005 (rec. 438/2005) y 14 de febrero de 2007 (rec. 5447/2006).

29. SSTS de 19 de noviembre de 2001 (rcud. 3083/2000), 9 de julio de 2013 (rcud. 1219/2012) y 15 de julio de 2013 (rcud. 2926/2012). Vid., más ampliamente sobre esta cuestión, Llompart Benàssar, *El salario: concepto...*, cit., págs. 451 a 458.

con un paquete de acciones, bien de forma gratuita, bien a un precio determinado –normalmente inferior al del mercado, denominado “*precio del ejercicio*”-. El ejercicio de la opción cuenta con un periodo de carencia o maduración, que es el que transcurre entre la concesión de la opción hasta que el trabajador puede ejercitarla. Agotado dicho periodo, el ejercicio puede acontecer en un término concreto –acciones europeas- o en un lapso temporal –acciones americanas-. En todo caso, los planes sobre acciones suponen un beneficio que ha sido calificado como salarial<sup>30</sup> y, por tanto, debe influir en el módulo indemnizatorio. Específicamente, el concepto salarial viene constituido por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado bursátil en el momento de la adquisición y el “*precio de ejercicio*” pactado que debe abonar el trabajador, esto es, el ahorro del que se ha beneficiado el trabajador para acceder a las acciones. Caso de no existir precio alguno, la ventaja vendría referida al valor de la acción en Bolsa cuando el trabajador la adquiere.

Sentado que el beneficio derivado de las stock options debe incrementar la indemnización por despido improcedente, aspecto diferente es cuantificarlo. Al tener un devengo superior al mes, se deben tomar en cuenta las cantidades percibidas en el año inmediatamente anterior al despido. Ahora bien, existen discrepancias a la hora de decidir cómo y en qué cuantía deben computar, íntegramente o prorrateadas. Descartado por el TS que deba incluirse la totalidad del beneficio obtenido por el ejercicio del plan<sup>31</sup>, cabe plantearse cómo debe distribuirse dicho beneficio.

Existen resoluciones judiciales que, para incluir el beneficio asociado al ejercicio de opciones sobre acciones en el cómputo de la base salarial, exigen dos condiciones: 1ª) que el tramo de las stock options haya madurado en el año inmediatamente anterior al despido; y 2ª) que el trabajador haya ejercitado el derecho a la opción el año inmediatamente anterior al despido. Según este parecer, las opciones sobre acciones retribuyen exclusivamente el trabajo del empleado durante el periodo de maduración. En consecuencia, sólo cabe incluir en el salario regulador el beneficio derivado de un plan de opciones sobre acciones que se ha consolidado y ejercitado dentro del año previo al cese<sup>32</sup>. Si el ejercicio

30. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud. 3295/2000 y 4851/2000), 1 de octubre de 2002 (rcud. 1309/2001) y 26 de enero de 2006 (rec. 3813/2004).

31. Vid., por todas, STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006). Incluyendo todo el beneficio conseguido en los últimos doce meses, vid. STSJ de Madrid de 23 de junio de 2008 (rec. 383/2008).

32. SSTSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2004 (rec. 3916/2004), Madrid de 20 de diciembre de 2005 (rec. 3839/2005), Cataluña de 15 de mayo de 2006 (rec. 1466/2006), Madrid de 14 de febrero de 2007 (rec. 5447/2006), Madrid de 12 de marzo de 2008 (rec. 5331/2007), Madrid de 30

del derecho de opción se efectúa en el año previo al despido respecto de opciones maduras con anterioridad, no procederá computar cantidad alguna en concepto de opciones sobre acciones para calcular la indemnización por despido. Si, por el contrario, el ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido afecta a opciones maduras en ese periodo, sí procede computar la plusvalía obtenida por el derecho de opción dado que el beneficio se ha generado durante el periodo de carencia. Dicho beneficio debe ser prorrateado de conformidad a dicho periodo e incluirse únicamente la parte correspondiente al periodo de carencia que coincida con los doce meses anteriores al despido, obviando el hecho de que el ejercicio del plan puede haber acaecido unos meses más tarde, como en el caso de los planes americanos<sup>33</sup>.

Otra corriente judicial, por el contrario, interpreta que lo que se retribuye son los servicios prestados desde la fecha en que se otorga la opción sobre acciones hasta que se ejecuta, considerando irrelevante que en la anualidad anterior al cese haya acontecido la maduración de la opción. Si la partida salarial en que consiste la opción sobre acción se cuantifica según la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición de las acciones y el precio de ejercicio del derecho pactado, lo que retribuye en la práctica es el periodo desde su concesión a su realización por parte del trabajador y, por tanto, debe distribuirse proporcionalmente a dicho periodo si es superior a un año, pues tal es el lapso temporal que se retribuye. Sólo es necesario, por tanto, que el plan se haya ejecutado dentro de la anualidad anterior al despido. En tal caso, cabe prorratear este concepto desde la fecha de su concesión hasta la fecha de su ejercicio, incluyéndose en el salario regulador anual la parte que corresponde a los doce meses previos al despido. Pues bien, ésta es la opción por la que parece se ha decantado el TS, cuando en su sentencia de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), afirma que este tipo de beneficio retribuye el trabajo desempeñado por el trabajador durante el periodo que comprende desde su concesión hasta su realización<sup>34</sup>. De ahí, a mi juicio, que si desde la concesión hasta el ejercicio de la opción han transcurrido 4 años y el ejercicio acontece, por ejemplo, 3 meses antes del despido, en el salario anual regulador debe incluirse la parte proporcional a

de septiembre de 2008 (rec. 2671/2008), Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), Madrid de 16 de enero de 2012 (rec. 4513/2011), Madrid de 13 de junio de 2014 (rec. 289/2014). Vid., también, De La Puebla Pinilla, A., "Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales", T.L. núm. 101/2009, pág. 57;

33. A pesar de que cite a la STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), tal parece ser la consideración de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2009 (rec. 8446/2009).

34. Vid. STSJ de Navarra de 20 de marzo de 2009 (rec. 74/2008), Cataluña de 9 de febrero de 2012 (rec. 5708/2011). También, Todolí Signes, A., *Salario y productividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 375.

los 9 últimos meses de vigencia del plan, pues éste es el periodo que se estaba retribuyendo.

En todo caso, resulta manifiesto que para el cómputo de este beneficio en la indemnización se requiere que la opción se haya materializado y, por tanto, ingresado en el patrimonio del trabajador<sup>35</sup>. Ello no obstante, si efectuado el despido, el plan de opciones sobre acciones permite al trabajador ejercerlo tras un breve periodo de tiempo<sup>36</sup>, el importe total del beneficio se debe prorratear desde la fecha de la concesión de la opción hasta que el trabajador la materializa, pues se entiende que éste es el periodo que retribuye, de suerte que el salario anual debe incluirse la parte proporcional correspondiente a los doce últimos meses de prestación de servicios, para luego hallar la retribución mensual.

Y si, en fin, si se acredita que la empresa actuó de mala fe, ejecutando el despido con la finalidad que el trabajador no pueda ejercitar la referida opción, dicho beneficio debe incluirse en el módulo regulador<sup>37</sup>.

En cuanto a los conceptos irregulares, que o bien no se perciben todos los meses o bien no se perciben en la misma cuantía, como las horas extraordinarias, la doctrina judicial incluye dicho concepto en el módulo indemnizatorio sólo cuando su percepción es permanente y habitual<sup>38</sup>, en cuyo caso hay que atender al promedio recibido a lo largo del año. Por el contrario, si se da la circunstancia de que cobra esporádicamente y en el salario del último mes trabajado no se incluye esta percepción, la misma no influirá en el salario regulador.

35. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud 3295/2000 y 4851/2000); STSJ de Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2002 (rec. 536/2002), Madrid de 17 de septiembre de 2002 (rec. 3321/2002), Madrid de 11 de marzo de 2003 (rec. 3044/2002), Canarias de 18 de julio de 2003 (rec. 927/2002), Madrid de 30 de mayo de 2005 (rec. 438/2005), Madrid de 28 de junio de 2005 (rec. 1989/2005), Madrid de 30 de septiembre de 2008 (rec. 2671/2008), Castilla y León de 22 de abril de 2010 (rec. 182/2010) y sentencia del Juzgado de lo Social de 12 de noviembre de 2001 (procd. 663/2001)

36. STS de 3 de junio de 2008 (rcud. 2532/2006), supuesto en el que quedó acreditado que se estableció un plazo de 90 días para el ejercicio de acciones una vez extinguido el contrato, exceptuándose los supuestos de despido procedente y cese voluntario del trabajador. También, STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2012 (rec. 5708/2011).

37. Cfr. SSTS de 24 de octubre de 2001 (rcud. 3295/2000 y 4851/2000); SSTSJ de Castilla y León de 12 de marzo de 2001 (rec. 216/2001), Canarias de 18 de julio de 2003 (rec. 927/2002), Cataluña de 16 de febrero de 2006 (rec. 8108/2005), Madrid de 4 de mayo de 2007 (rec. 1787/2007).

38. SSTSJ de Galicia de 9 de marzo de 2007 (rec. 5411/2006) y Cataluña de 22 de septiembre de 2008 (rec. 3985/2008).

### 2.3. Influencia de la jornada en el salario regulador

En materia salarial rige el principio de proporcionalidad entre la duración de la jornada ordinaria y la retribución<sup>39</sup>. Una disminución de la jornada, por ejemplo por una jubilación a tiempo parcial, genera una disminución del salario y, por ende, del salario regulador de la indemnización<sup>40</sup>. Este principio de proporcionalidad no rige sin embargo cuando la reducción del tiempo de trabajo obedece al disfrute de ciertos permisos por razones familiares (art. 37.4 y .5 ET), al disfrute de permisos en materia preventiva (art. 19.4 ET y 19 LPRL) o cuando la prestación de servicios no es posible por razones imputables a la empresa (art. 30 ET). En tales supuestos, a pesar de que el trabajador no realice íntegramente su jornada, mantiene su salario y, por tanto, no se ve afectada la eventual indemnización por despido improcedente.

Con carácter particular, en materia de conciliación de la vida familiar con la laboral, el legislador ha previsto reducciones de jornada que conllevan una reducción proporcional de salario. Pues bien, en estos casos, el módulo salarial también queda intacto<sup>41</sup>. La DA 19ª del ET, en cumplimiento de la Ley de Igualdad, prevé que en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido, será el que *“hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción*. En una línea similar, finalmente, nuestros tribunales se pronuncian cuando la jornada se reduce a iniciativa del empresario por las causas contempladas en el art. 47.2 del ET. En tal caso no se produce novación contractual alguna y el salario regulador de la indemnización por despido improcedente debe ser el percibido por el trabajador antes de la reducción<sup>42</sup>.

### 2.4. Modificación del salario previa al despido

Para esclarecer cuál es el salario a computar cuando se ha producido una alteración del mismo, cabe distinguir, en mi opinión, en función de si la modificación es permanente o es transitoria.

39. Cfr. Llopart Bennàssar, M. *El salario: concepto...*, cit., págs. 326 y 327.

40. Cfr. Meana Cubero, M.T., “Base salarial de cálculo de la indemnización por despido en casos de jubilación parcial”, A.S., núm. 16, 2012, BIB 2012\649.

41. Inicialmente, el TS, en diversos pronunciamientos, entendió que tales reducciones no debían afectar a la cuantía de la indemnización. Tal es el caso de las SSTS de 15 de octubre de 1999 (rec. 409/2001) y 11 de diciembre de 2001 (rcud. 1817/2001).

42. SSTSJ Aragón de 15 de julio de 2010 (rec. 525/2010), Extremadura de 12 de julio de 2012 (rec. 259/2012) y Cantabria de 24 de junio de 2014 (rec. 319/2014).

En el primer supuesto, caso de una modificación del salario por la vía del art. 41 del ET, el salario regulador a efectos de la indemnización debe calcularse sobre el que legalmente corresponde al trabajador en el momento del despido. La rebaja o supresión de una mejora salarial constituye una novación del contrato y, en consecuencia, el salario regulador debe ser el resultante de dicha novación. Cuando la modificación salarial es fraudulenta (art. 6.4 Cc) o se ha llevado a cabo de forma irregular, el módulo para calcular la indemnización por despido tiene que venir representado por el salario percibido antes de la modificación<sup>43</sup>. Cuando, por el contrario, la reducción salarial se ha efectuado lícitamente sin que se aprecie intención fraudulenta alguna por parte de la empresa, el salario regulador a efectos de la indemnización viene conformado por el correspondiente al mes anterior al despido<sup>44</sup>.

En el segundo supuesto, cuando la disminución salarial es temporal, por ejemplo en caso de un descuelgue salarial, entiendo que el salario regulador de la indemnización debe ser el anterior a la reducción<sup>45</sup>. La disminución salarial es transitoria (art. 82.3 párr. 6º ET) y, por tanto, no se produce novación contractual alguna<sup>46</sup>.

A mi modo de ver, la laguna legal existente sobre este particular aconseja adoptar mecanismos tendentes a evitar discrepancias cuando haya que cuantificar las correspondientes indemnizaciones. Lo más adecuado sería obtener pactos de empresa en las preceptivas negociaciones entre ésta y los representantes de los trabajadores, en los expedientes de modificación sustancial del “*sistema de remuneración y cuantía salarial*”, de índole colectiva, o en los de descuelgue del salario convencional. En ambos casos habría que especificar claramente el salario regulador de las indemnizaciones que percibirán los trabajadores que previamente hubiesen padecido una rebaja salarial. En concreto, caso de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que constituye una

43. Vid., en relación con la modificación fraudulenta, STS de 30 de junio de 2011 (rcud. 3756/2010) y SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2002 (rec. 2059/2002) y Andalucía de 5 de diciembre de 2012 (rec. 1495/2012). Asimismo, Navarro Amaro, “Sobre el salario a efectos del despido en caso de reducción previa”, A.S., núm. 28, 2013, BIB 2013/1441. Y, en referencia a la efectuada de forma irregular, SSTSJ, ambas de Cataluña, de 26 de septiembre de 2002 (rec. 4258/2002) y 13 de abril de 2004 (rec. 6299/2003).

44. STSJ de Madrid de 22 de junio de 2011 (rec. 12/2011).

45. Vid. Llopart Bennàssar, M., “Alcance de la reforma laboral en materia de salario”, T.L., núm. 122, 2013.

46. Vid. STS de 15 de octubre de 1999 (rec. 409/1990) que, en referencia a la cuantificación de una indemnización por despido improcedente de una trabajadora con reducción de jornada por razón de guarda legal, incide en que dicha reducción es una alteración transitoria de la relación, de modo que el cálculo de la indemnización debe hacerse de conformidad con la jornada completa.

novación contractual, el módulo salarial debería acomodarse a la nueva cuantía salarial reducida de forma progresiva. En el supuesto de que la empresa hubiera procedido a la inaplicación del salario convencional, al ser una medida transitoria, se podría corroborar que el salario regulador de la indemnización es el anterior al ajuste remuneratorio hasta la expiración de la vigencia del acuerdo de inaplicación o, al menos, pactar que el módulo salarial a efectos de indemnización se vaya adaptando gradualmente a las nuevas condiciones remuneratorias.

## 2.5. Fórmula de cálculo

Una vez calculado el salario mensual correspondiente al tiempo de producirse el despido, éste debe ser cuantificado en su base diaria, dado que la indemnización por despido improcedente se calcula en función del salario diario. El salario regulador se obtiene multiplicando por 12 el salario mensual prorrateado con las pagas extraordinarias –a lo que cabe añadir, como se ha visto, toda percepción cuyo devengo sea superior al mes, como incentivos, comisiones, etc., o irregular- y después dividiendo el salario anual entre 365 días, o 366 si el año es bisiesto<sup>47</sup>. En caso de un trabajador fijo discontinuo, debe atenderse al tiempo de prestación de servicios del despido<sup>48</sup>.

Llama la atención que, según el Alto Tribunal, no cabe dividir el salario global anual entre 360 días (resultado de multiplicar 30 días por 12 meses), porque esta operación responde al erróneo criterio de omitir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días (365/12) y atiende a los artificiales 30 días, a menudo utilizados por la práctica forense<sup>49</sup>. A mi juicio, este razonamiento es del

47. SSTS de 27 de octubre de 2005 (rcud. 2513/04) y 30 de junio de 2008 (rec. 2638/07), 24 de enero de 2011 (rcud. 2018/2010), 9 de mayo de 2011 (rcud. 2374/2010) y 17 de diciembre de 2013 (rcud. 521/2013) y, entre otras muchas, SSTSJ Andalucía –todas de Málaga- de 20 de junio de 2013 (rec. 573/2013), 16 de enero de 2014 (rec. 1615/2013) y 20 de marzo de 2014 (rec. 211/2014), Castilla y León –todas de Valladolid- de 26 de diciembre de 2013 (rec. 1917/2013) y 29 de enero de 2014 (rec. 2047/2013) y ambas de Madrid de 3 de noviembre de 2014 (rec. 563/2014) y 22 de mayo de 2015 (rec. 31/2015).

Criticando este proceder judicial, vid. J.A. Folguera Crespo, “¿Ha cambiado el Supremo las indemnizaciones de la reforma laboral? Comentario a la STS, Sala 4ª, de 29 de septiembre de 2014, rec. 3065/2013, *Diario la Ley*, núm. 8522, de 20 de abril de 2015, La Ley 2773/2015.

48. Como sostienen la SSTSJ Andalucía –Sevilla- de 16 de abril de 2015 (rec. 882/2014) y País Vasco de 30 de junio de 2015 (rec. 1139/2015).

49. Con inequívoco apoyo en la redacción originaria –vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo- del art. 7 del Cc (“*si en las leyes se habla de meses... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan*”) y que en ocasiones maneja también el legislador, como acontece en el caso de la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT conforme al art. 13 del Decreto 1646/72.

todo pertinente en caso de los jornales, que son propios de trabajadores manuales y que se calculan recurriendo a los módulos temporales de hora o día, aunque la retribución acumulada se pague por días, semanas o quincenas. Sin embargo, la aplicación de este criterio genera dudas en el supuesto de salarios o sueldos cuya cuantificación es mensual o anual, abonándose por meses. Estos, a diferencia de los jornales, se cuantifican del mismo modo todos los meses, con independencia de los días que tengan. De ahí, como a continuación se va a comprobar, la divergencia entre el cálculo judicial del salario día por los tribunales y el que efectúa el legislador.

La normativa legal en materia retributiva considera la ficción de que cada mes tiene 30 días. Para 2016, el RD 1171/2015, de 29 de diciembre, en su art. 1, dispone que el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 21,84 euros/día o 655,20 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses. Pues bien, el SMI diario de 21,84 € multiplicado por 30 arroja la cifra del SMI mensual, esto es, de 655,20 €. De hecho, aquel importe multiplicado por 420 días (360 más 60 en concepto de pagas extraordinarias) da como resultado el SMI anual, 9.172,80 €. Repárese por tanto que para calcular el SMI –cifra a partir de la cual se fijan los salarios convencionales-, el legislador no maneja la cifra de 365 días sino la de 360.

Esta discordancia entre el proceder judicial y el del legislador se reproduce en materia de cotización. La Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, tras disponer que la base de cotización se compone de la remuneración devengada en el mes correspondiente a la que se le debe añadir la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias establecidas y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico del año 2015, distingue en función de si la retribución del trabajador es diaria o mensual (art. 1). Sólo en el primer caso prevé que *“el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos se dividirá por 365, y el cociente que resulte se multiplicará por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes”*; en el caso de que la remuneración que corresponda al trabajador tenga carácter mensual, *“el indicado importe anual se dividirá por 12”*; instrucción que supone considerar todos los meses de 30 días. Esta conclusión se ratifica si se analiza la dinámica de la propia base de cotización. Ésta, cuando es por

contingencias comunes, está sujeta a unas bases mínimas y máximas, según el grupo de cotización en el que se halle el trabajador (arts. 110 LGSS y 3 OESS). La base máxima de los grupos comprendidos entre el 1 y el 7 está fijada de forma mensual, mientras que los incluidos entre el 8 y el 11 de forma diaria. En todo caso las cifras son equivalentes, dado que el importe de la base máxima diaria –para 2016, 121,40 €- es el resultado de dividir la mensual –para 2016, 3.642 €- entre 30 días, no multiplicando la base mensual por doce para dividir el resultado entre 365.

### **3. TIEMPO DE SERVICIOS: LA UNIDAD DEL VÍNCULO**

El cálculo de la indemnización considera también los años de servicio del trabajador en la empresa. Dicha circunstancia, a diferencia del salario regulador, no condiciona el lucro cesante que origina el despido, pues no atiende al futuro del trabajador sino a su pasado en la empresa. Puede considerarse, por tanto, como una forma de compensación por parte de la empresa en atención a la aportación que ha hecho el trabajador en la misma, mayor como regla general cuanto más tiempo haya permanecido en la misma.

#### **3.1. Años de servicio versus antigüedad del trabajador**

El art. 56.1 del ET cuantifica la indemnización por despido en función de los años de servicio. Este concepto, si bien puede resultar similar al de antigüedad, no resulta necesariamente equivalente. A los efectos que ahora interesan, el término antigüedad, además de tener una acepción restringida –referida a la causa de un específico complemento salarial-<sup>50</sup>, tiene una acepción amplia o genérica, equivalente a tiempo de servicios, esto es, desde que se inicia la relación laboral hasta la fecha del despido. Pues bien, precisamente la noción relativa a los años de servicios es la que en estos momentos interesa.

Si con carácter previo a la relación laboral existió entre las mismas partes una relación por cuenta propia, el lapso temporal que la comprende no se incluye en el tiempo de prestación de servicios<sup>51</sup>. Con todo, la expresión años de servicio (art. 56.1 ET) no puede interpretarse de manera restrictiva como tiempo de trabajo efectivo, pues tal entendimiento choca con la finalidad de la norma, que consiste en fijar la indemnización teniendo en cuenta el periodo total de vigencia

50. Cfr. STS de 15 de febrero de 1990.

51. SSTS 20 de febrero de 1990.

de la relación laboral extinguida<sup>52</sup>. Por lo demás, en la práctica es usual pactar, ya sea en convenio colectivo o en contrato de trabajo, el reconocimiento de cierta antigüedad “*a todos los efectos*”, expresión que los tribunales han considerado que incluye el cómputo de la indemnización<sup>53</sup>.

El cómputo del tiempo de servicio cuando se ha producido una interrupción en la vida del contrato de trabajo es cuestión problemática<sup>54</sup>. El TS ha subrayado que no cabe equiparar la noción de antigüedad con efectos retributivos que pueda reconocerse por convenio<sup>55</sup> o por pacto individual<sup>56</sup> al tiempo de prestación de trabajo. De ahí que existan lapsos temporales que no deben ser computados como tiempo de prestación de servicios por propia voluntad del legislador, como sería el caso de suspensiones temporales de empleo con ocasión de un ERE temporal (art. 47 ET)<sup>57</sup>. Un supuesto particular, por lo demás, lo plantea el cálculo de la indemnización cuando el trabajador despedido ostenta la condición de alto cargo en la empresa tras un periodo previo, más o menos extenso de prestación de servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo común. El art. 9.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, prevé que, en tal caso, debe especificarse si la nueva relación sustituye a la anterior o si esta última se suspende. Caso de que no se especifique nada sobre este particular, la citada disposición opta por la suspensión de la relación ordinaria. Así pues, en tal hipótesis, cuando el trabajador cesa como alto cargo, la relación común –que había quedado en fase de letargo- vuelve a cobrar vida. A efectos de fijar la indemnización por despido en la relación laboral ordinaria, los años en que el trabajador desempeñó la actividad de alta dirección no son computables a la hora de concretar los años de servicio, dado que los daños y perjuicios que el cese de alto cargo le pudo causar debieron ser indemnizados por la aplicación de la normativa sobre esta relación laboral especial<sup>58</sup>.

Otros supuestos son los de excedencia. Dentro de la situación de excedencia cabe distinguir la voluntaria (art. 46.2 EET), que no computa como tiempo de

52. STS de 21 de diciembre de 2001 (rcud. 4189/2000), 17 de enero de 2002 (rcud. 4759/2000) y 22 de noviembre de 2005 (rcud. 4485/2004).

53. STS de 15 de febrero de 1990, que aplica el art. 1281 del Cc. Vid., también, SSTS de 8 de marzo de 1993 (rcud. 29/1993), 5 de febrero de 2001 (rcud. 2450/2000), 21 de marzo de 2000 (rcud. 1042/2000), 21 de diciembre de 2001 (rcud. 4189/2000) y 13 de noviembre de 2006 (rcud. 3110/2005).

54. Determinados supuestos de suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo, como los previstos en el art. 48.6 y 7 párr. 4º del ET, sí deben ser tenidos en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización por despido (DA 19ª ET).

55. SSTS de 16 de enero de 1984 y 25 de febrero de 1986.

56. STS de 15 de febrero de 1990.

57. STSJ de Extremadura de 26 julio de 2012 (rec. 321/2012).

58. SSTS de 28 de junio de 2002 (rcud. 2460/2001) y 18 de febrero de 2003 (rcud. 597/2002).

servicios<sup>59</sup>, de la forzosa. Respecto de esta última, la misma puede obedecer al desempeño de un cargo público o al cuidado de familiares. En cuanto a la primera posibilidad, el supuesto típico de excedencia forzosa es la designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (art. 46.1 ET)<sup>60</sup>. Pero existen otros, como el de quienes ostenten cargos electivos en el ámbito provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos [art. 9.1 b) LOLS] y el de los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo (art. 46.4 y 7 ET), que pueden equipararse a la excedencia forzosa, a pesar de que no lo haga expresamente el ET, puesto que en todos estos casos el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo en el plazo de un mes a partir de la cesación de las funciones sindicales (art. 48.3 ET). Por lo que respecta a la excedencia forzosa por cuidado de familiares, deben distinguirse dos casos (art. 46.3 ET): el de duración no superior a 3 años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente; y el de duración no superior a 2 años, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Pues bien, respecto de la excedencia forzosa, tanto por desempeño de cargo público como por cuidado de familiares, el art. 46 del ET apunta a que el periodo en que el trabajador se halle en tal situación será computable “*a efectos de antigüedad*”. Ahora bien, en esta disposición, el concepto de antigüedad en la empresa no es equivalente al de años de servicio del art. 56.1 a) del ET, sino que se trata de la acepción restringida del mismo. Ello resulta patente en los supuestos de excedencia forzosa para el desempeño de cargo público (art. 46 ET), en los que el trabajador precisamente ha estado prestando sus servicios en otra esfera<sup>61</sup>.

Sin embargo, en caso de excedencia por cuidados de hijos, en la medida en que prima un valor superior, cual es, la conciliación de la vida laboral y familiar, parece que sí debe tenerse en cuenta los plazos indicados en la ley. En ausencia

59. STS de 12 de marzo de 2003 (rcud. 2757/2002).

60. El art. 37.3 d) del ET dispone que si el incumplimiento de un deber público supone la imposibilidad de la prestación de trabajo en más de un 20% de las horas laborales en un periodo de tres meses, la empresa puede pasar al afectado a la situación de excedencia forzosa del art. 46.1 ET.

61. SSTS de 30 de junio de 1997 (rcud. 2698/1996), 21 de diciembre de 2000 (rcud. 4188/2000) y 26 de septiembre de 2001 (rcud. 4414/2000). Asimismo, SSTSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (rec. 7277/2002), Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (rec. 1037/2004), Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007 (rec. 179/2007) y Andalucía de 20 de julio de 2011 (rec. 1590/2011).

de doctrina unificada, varias son las resoluciones de TTSSJ que han considerado que, dada su finalidad y especial protección que le brinda la ley, la excedencia por cuidado de hijos sí debe ser tenida en cuenta a efectos indemnizatorios<sup>62</sup>.

Asimismo, durante la vigencia de la relación laboral pueden concurrir otra serie de circunstancias que obligan a cuestionarse cómo afectan al cómputo del tiempo de servicios. De una parte, la existencia de un grupo de empresas. Pues bien, sólo en el caso de que se considere al grupo como tal a efectos laborales y el trabajador haya prestado servicios en dos o más empresas del grupo, se computará su antigüedad en el grupo. En caso contrario, el tiempo de servicios a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización sólo comprenderá el prestado por cuenta de la última empresa<sup>63</sup>. De otra parte, si se ha producido una subrogación legal o convencional de empresas, el tiempo de prestación de servicios incluye no sólo la fase en la que el trabajador ha trabajado para la empresa que ha dado por finalizada la relación laboral, sino también la anterior o anteriores en las que trabajó para la empresa/s precedente/s, sin que la eventual firma de un finiquito desvirtúe la unidad del vínculo en los supuestos de subrogación<sup>64</sup>.

En fin, uno de los conflictos más recurrentes que se dirimen judicialmente a la hora de calcular el tiempo de prestación de servicios a efectos de determinar el importe indemnizatorio acontece con la existencia de contratos temporales previos a la relación que finalmente se extingue. Y es que por tiempo de servicio no cabe entender exclusivamente el transcurrido entre la fecha inicial del contrato y la final. Al contrario, en caso de sucesivos contratos, si se trata de una contratación temporal fraudulenta *ab initio*, existe una única relación laboral, dado que expresamente el art. 15.3 del ET prevé que se presumirá por tiempo indefinido, por lo que el tiempo de prestación de servicios se iniciará en la fecha de suscripción del primer contrato, no desde que se reconozca la naturaleza indefinida del contrato. Si se está ante un supuesto de sucesiva contratación temporal legal que después de un acuerdo novatorio se transforma sin solución de continuidad ni liquidación alguna de haberes en indefinida, es claro que la naturaleza temporal de la relación no afectará a la indemnización. Se aplica pues, la teoría de la unidad del vínculo.

En ocasiones, no obstante, entre las sucesivas contrataciones transcurre

62. STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (rec. 7277/2002), Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004 (rec. 1037/2004), Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2007 (rec. 179/2007), Madrid de 28 de abril de 2011 (rec. 5271/2010) y Andalucía de 20 de julio de 2011 (rec. 1590/2011).

63. STS de 3 de noviembre de 2005 (rcud. 3400/2004).

64. STS de 16 de marzo de 1999 (rcud. 2850/1998).

cierto lapso temporal. Originariamente, para aplicar la doctrina de la unidad del vínculo se requería que entre las dos contrataciones transcurriera un periodo inferior a 20 días, término que coincide el plazo de la acción de caducidad por despido. Ello, no obstante, rápidamente, los tribunales corrigieron este requerimiento, permitiendo el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita la unidad esencial del vínculo contractual, circunstancia que en principio estaba estrechamente relacionada con una actuación empresarial en fraude de ley<sup>65</sup>. A día de hoy, sin embargo, la inexistencia de irregularidades en la contratación temporal no obsta a que terminado injustamente el último de los contratos, juegue todo el tiempo de servicio, con inclusión del que se prestó al amparo de precedentes contratos temporales, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma<sup>66</sup>. Así pues la doctrina jurisprudencial, tras la pertinente valoración de todas las circunstancias –categoría del trabajador, empresa para la que presta servicios...- del caso concreto –y no sólo de las declaraciones de la partes-, reconoce la posible unidad esencial de contratación cuando no se han producido interrupciones importantes. Sólo una ruptura verdaderamente elocuente permite acortar el tiempo de prestación de servicios a que se refiere el art. 56.1 del ET<sup>67</sup>, salvo que concurra

65. SSTS de 29 de mayo de 1997 (rec. 4149/1996).

66. SSTS de 16 de abril de 1999 (rcud. 2779/1998), 4 de julio de 2006 (rcud. 1077/2005), 8 de marzo de 2007 (rcud. 175/2006), 15 de noviembre de 2007 (rcud. 3344/2006), 17 de diciembre de 2007 (199/2006), 17 de enero de 2008 (rcud. 1176/2007), 26 de septiembre de 2008 (rcud. 4975/2006), 3 de noviembre de 2008 (rcud. 3883/2007), 18 de febrero de 2009 (rcud. 3256/2007), 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007), 17 de marzo de 2011 (rcud. 2732/2010), 12 de julio de 2010 (rcud. 76/2010), 14 de octubre de 2014 (rcud. 467/2014), 15 octubre de 2014 (rcud. 164/2014 y 492/2014) y 20 de noviembre de 2014 (rcud. 1300/2013). De especial interés resultan, tanto la STS de 15 de mayo de 2015 (rcud. 878/2014), que mantiene la unidad del vínculo con una interrupción de 45 días, en la que el trabajador percibió prestaciones de desempleo; como la STS de 23 de febrero de 2016 (rcud. 1433/2014), que aboga también por la unidad del vínculo pese a la existencia de rupturas contractuales, siendo una de ellas de 2 meses y 8 días naturales, en el que el trabajador cobró asimismo prestaciones de desempleo.

67. SSTS de 30 de marzo de 1999 (rcud. 2594/1998), 18 de septiembre de 2001 (rcud. 4007/2000) y 4 de julio de 2006 (rcud. 1077/2005).

Tal sería el caso analizado en la STS de 12 de julio de 2010 (rcud. 76/2010), en el que los periodos de inactividad entre contrato y contrato alcanzaron más de tres meses e incluso cinco y seis meses y en el que la trabajadora percibió prestaciones de desempleo. En dicha resolución, se afirma que mantener que -en estos supuestos como el analizado intercalados por prestaciones de desempleo- debe presumirse la existencia de unidad de contrato implicaría la imposición de una carga injustificada al empleador por utilizar reiteradas veces los servicios del mismo trabajador. Por su parte, la STS de 14 de abril de 2016 (rcud. 3403/2014) también aprecia la ruptura del vínculo, pues entre la finalización del penúltimo de los contratos de trabajo suscritos y la celebración del último transcurrieron más de 7 meses.

fraude en la contratación temporal, en cuyo caso un lapso temporal significativo entre contratos no afectará a la unidad del vínculo<sup>68</sup>.

La apreciación de la unidad del vínculo no se ve obstaculizada por las correspondientes liquidaciones de sucesivos contratos cuando finalmente la relación laboral deviene indefinida, ya sea porque se estima que ha existido fraude, por la aplicación de la regla sobre concatenación de contratos del art. 15.5 del ET o en aplicación de un criterio realista conforme al cual la relación laboral sigue siendo la misma<sup>69</sup>. Así pues, cuando la ulterior relación laboral indefinida finaliza generando a favor del trabajador una indemnización por despido improcedente, la doctrina judicial ha entendido que, además de considerar todos los periodos de servicio, se ha de incluir la totalidad del tiempo transcurrido desde el primer contrato, considerando que existe una unidad del vínculo que determina una única relación laboral ininterrumpida. La diversidad de contratos y las oportunas indemnizaciones legales abonadas no provocan, por consiguiente, la existencia de relaciones laborales diferentes<sup>70</sup>. A mayor abundamiento, se razona que en muchos casos la declaración del trabajador manifestada en el finiquito sobre la extinción de la relación contractual puede estar viciada por la oferta empresarial de celebrar un nuevo contrato en próximas fechas.

La unidad del vínculo tampoco quiebra en aquellos casos en los que el trabajador presta su servicios en la misma empresa usuaria, a través de sucesivos contratos temporales realizado por una ETT<sup>71</sup>; o cuando algunos se formalizan con sustento en un contrato de puesta a disposición a través de una ETT y otros directamente con la empresa usuaria<sup>72</sup>.

68. Cfr. STS de 3 de abril de 2012 (rcud. 956/2011), que alude a un periodo de inactividad de 45 días.

69. Vid. STS de 29 de septiembre de 1999 (rcud. 4936/1998), que analiza un supuesto en el que tras un contrato en prácticas se firma un finiquito y al cabo de 14 días se vuelve a contratar al mismo trabajador.

70. SSTS de 20 de febrero de 1997 (rec. 2580/1996), 29 de septiembre de 1999 (rcud. 4936/1998), 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001), 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004), 15 de noviembre de 2007 (rcud. 3344/2006), 17 de enero de 2008 (rcud. 1176/2007), 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007), 17 de marzo de 2011 (rcud. 2732/2010) y 23 de febrero de 2016 (rcud. 1423/2014).

71. SSTS de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), 17 de octubre de 2006 (rcud. 2426/2005) y STS de 16 de abril de 2012 (rcud. 558/2011). Vid. también, STS de 19 de febrero de 2009 (rcud. 2748/2007), para la que resulta irrelevante a efectos de la ruptura de la unidad laboral el dato de que entre el segundo y tercer contrato hubiesen mediado 27 días, durante los cuales se percibieron prestaciones por desempleo.

72. SSTS de 17 de diciembre de 2007 (rcud. 199/2004), 8 de marzo de 2007 (rcud. 176/2007) y 11 de mayo de 2009 (rcud. 3632/2007).

En aquellos casos en los que los tribunales aprecian la unidad del vínculo, a pesar de que los trabajadores hayan cobrado en concepto de finalización de contrato las pertinentes cantidades, interesa plantear si deberían descontarse de la indemnización por despido improcedente los antes citados importes, por existir cierta duplicidad de abono por un mismo concepto -la pérdida del empleo-. Pues bien, el TS, en los casos en los que ha apreciado concurrencia de fraude de ley, aplicando la lógica del enriquecimiento injusto, considera que las deudas no pueden compensarse. Para que dos deudas sean compensables es preciso, de conformidad con el art. 1196 Cc, que las dos estén vencidas, sean líquidas y exigibles. En la medida en que las cantidades fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de ley, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna<sup>73</sup>.

Debido al carácter constitutivo del despido<sup>74</sup>, la impugnación judicial del despido no obsta para que la indemnización se calcule abarcando hasta la fecha del despido, no hasta la de la sentencia<sup>75</sup>. Ahora bien, si un despido es declarado nulo y con posterioridad a la reincorporación del trabajador, éste ve extinguido su contrato de forma improcedente, el tiempo que transcurre entre el primer despido y la readmisión sí debe computar como tiempo de servicio<sup>76</sup>. Dicho cómputo, en definitiva, es consecuencia natural de la reparación que se deriva de la anulación del acto extintivo. En fin, cuando la readmisión del trabajador despedido no sea posible porque la empresa cese en su actividad o cierre o porque concurre cualquier otra causa legal o material, en virtud del art. 286 LRJS, la cuantificación de la indemnización por despido improcedente se prolongará hasta la fecha en la que el Juez dicte auto en el que declare la relación laboral extinguida<sup>77</sup>.

### 3.2. Prorrateo por meses

Por lo demás, en cuanto a los periodos trabajados inferiores a un año, el art. 53 del ET alude al prorrateo por meses. Pues bien, la jurisprudencia ha considerado, sobre la base de una interpretación literal del citado precepto, que el prorrateo por meses supone que cualquier periodo inferior al año debe computarse como

73. SSTS de 31 de mayo de 2006 (rcud. 1802/2005) y 9 de octubre de 2006 (rcud. 1803/2005).

74. SSTS de 21 de diciembre de 1990 (rec. 2397/1989), 21 de octubre de 2004 (rec. 4966/2002), 18 de mayo de 2016 (rcud. 3483/2014) y 6 de julio de 2016 (rcud. 313/2015).

75. SSTS de 10 de junio de 2009 (rcud. 3098/2007), 18 de mayo de 2016 (rcud. 3483/2014) y 6 de julio de 2016 (rcud. 313/2015).

76. STS de 17 de enero de 2002 (rcud. 4759/2000).

77. Cfr. STS de 6 de octubre de 2009 (rcud. 2832/2008).

un mes entero<sup>78</sup>. En ningún caso, por tanto, por días. Sea cuál sea el número de días de servicio a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse por meses, como si se hubiese trabajado la totalidad del último mes.

#### 4. TOPE INDEMNIZATORIO MÁXIMO

La indemnización por despido improcedente tiene un tope máximo cuya justificación es evitar que los costes para la empresa sean excesivos cuando la relación laboral se ha prolongado durante un largo periodo de tiempo. Hay quien opina que la razón de dicho tope es que el daño marginal que supone el despido a partir de cierto tiempo de servicio es mínimo<sup>79</sup>. Sin embargo, no comparto esta opinión. A pesar de que la indemnización por despido sea tasada por ley y, por tanto carezca de valor restitutorio en su integridad, lo cierto es que en el marco de la última reforma laboral el tope máximo de la indemnización por despido improcedente se ha reducido por cuestiones de índole económica, esto es, neutralizar la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido así como garantizar la competitividad de las empresas<sup>80</sup>. No se ha tomado, por tanto, en consideración la eventual reducción del daño marginal por pérdida del empleo de los trabajadores más antiguos, como lo demuestra que dicha medida se ha adoptado en el marco de un mercado de trabajo con una excesiva tasa de desempleo.

En fin, a día de hoy, el límite máximo de la indemnización por despido improcedente en caso de un contrato suscrito a partir del 12 de febrero de 2012 es de 24 mensualidades, de suerte que para que un trabajador pueda llegar a percibir esta cifra deberá acreditar 21 años y 9 meses de servicio (21,818 años de servicios), cuando con anterioridad a la reforma de 2012 se requería un plazo de 28 años para alcanzar el tope máximo si bien éste era de 42 mensualidades. Así pues, en la actualidad, a partir de los 21 años y 9 meses de servicio la indemnización por despido improcedente queda congelada.

78. SSTS de 31 de octubre de 2007 (rec. 4181/2006), 12 de noviembre de 2007 (rcud. 3906/2006), 11 de febrero de 2009 (rcud. 450/2008), 20 de julio de 2009 (rcud. 2398/2008), 20 de junio de 2012 (rec. 2931/2011) y 6 de mayo de 2014 (rcud. 562/2013).

79. Gimeno Díaz De Atauri, P., *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Ed. Thomson Reuters-Lex Nova, Pamplona, 2014, pág. 335.

80. Vid. Preámbulo Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

---

# Mercado de Trabajo



# LA RECIENTE TRANSFORMACIÓN DE LAS TAREAS LABORALES EN RELACIÓN CON EL NIVEL EDUCATIVO\*

JOAQUÍN VERA GRIJALBA

*Profesor Titular. Universidad Autónoma de Madrid*

FRANCISCA CEA D'ANCONA

*Profesor Titular. Universidad Autónoma de Madrid*

y RAQUEL LLORENTE HERAS

*Profesor Contratado Doctor e Investigador.*

*Universidad Autónoma de Madrid e Instituto de Análisis Económico y Social*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: empleo; ocupaciones laborales; educación; crisis.**

Durante los últimos años se ha producido una importante destrucción de empleo en el mercado de trabajo español. La pérdida de puestos de trabajo ha sido muy acusada entre las ocupaciones manuales de baja cualificación. En el presente trabajo analizamos cómo la destrucción del empleo en las tareas manuales ha presentado un carácter asimétrico siendo más acusada entre los trabajadores con un menor nivel de formación o educación. Para demostrar la existencia de esta tendencia se desarrollan diversos análisis de carácter complementario (aproximación a los años de estudio, shift-share, logit y perspectiva dinámica sobre flujos laborales) en base a los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA).

## ABSTRACT

**Key words: employment; labour occupation; education; crisis**

During the last years there has been significant job losses in the Spanish labour market. The loss of jobs has been very dramatic among low-skilled manual occupations. In this paper we analyse how the destruction of jobs in manual labour has presented an asymmetric trend being more pronounced among workers with lower levels of training or education. To demonstrate the existence of this trend several analysis are developed (an approach to years of education, shift-share, logit and dynamic perspective over labour flows) based on data from the Spanish Labour Force Survey (Encuesta de Población Activa, EPA).

\* Los autores agradecen los comentarios recibidos en las XI Jornadas de Economía Laboral celebradas en Barcelona los cuales han servido para mejorar el trabajo realizado.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS TAREAS LABORALES Y LAS CUALIFICACIONES EDUCATIVAS EN EL EMPLEO: ESTADO DE LA CUESTIÓN.
3. COMPRENDIENDO LOS CAMBIOS INTERNOS Y EXTERNOS: ANÁLISIS DE DESCOMPOSICIÓN.
4. EL CAMBIO OCUPACIONAL EN RELACIÓN CON LA EDUCACIÓN DE LOS TRABAJADORES: MODELOS DE PROBABILIDAD.
5. EL AJUSTE DINÁMICO ENTRE OCUPACIÓN Y EDUCACIÓN.
6. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica ha provocado una importante destrucción del empleo dentro de las ocupaciones manuales de cualificación media-baja. Este proceso se ha atribuido, durante los primeros años de la crisis, al declive de los sectores de la construcción y la industria. Sin embargo, la destrucción de este tipo de empleo se ha seguido produciendo durante la segunda recesión, a partir del año 2012. En los últimos años, el empleo en las ocupaciones elementales ha caído un 7,3%<sup>1</sup>. Concretamente, desde el segundo trimestre de 2011 al segundo trimestre 2015 se ha pasado de 2.459 a 2.280 mil trabajadores, lo que supone una pérdida de 178,4 mil puestos de trabajo entre las ocupaciones elementales. Paralelamente, durante este periodo de tiempo los trabajadores con menos cualificación han sido expulsados del empleo. En la actualidad, en el año 2015 tan solo un 7% del empleo presenta cualificaciones por debajo del nivel de Secundaria.

Todos estos cambios se enmarcan en un proceso de transformación social de nuestro mercado de trabajo donde destacan dos importantes pautas: la polarización ocupacional junto con la constante formación y mejora del nivel educativo de los trabajadores. La polarización ocupacional se refiere a la concentración del empleo entre las ocupaciones laborales más técnicas y cualificadas frente a las tareas laborales menos cualificadas generalmente de carácter manual y rutinario. En otras palabras, la polarización supondría un aumento del empleo en ambos extremos de la estructura ocupacional. De otro lado, la mejora de las cualificaciones educativas de los participantes en el mercado de trabajo es un proceso que se produce desde hace décadas debido al aumento generalizado de la formación y la educación entre los trabajadores.

En el presente trabajo intentaremos demostrar que la destrucción de empleo entre las ocupaciones manuales menos cualificadas ha presentado un carácter asimétrico concentrándose preferentemente entre aquellos trabajadores con un

1. Asociados al dígito 9 del a CNO-11

menor nivel educativo. De modo que, en la actualidad, se observa un aumento del nivel de cualificación entre aquellos trabajadores que desarrollan tareas manuales. Nuestro artículo intenta considerar simultáneamente el análisis del cambio ocupacional y del cambio educativo ya que creemos que los recientes cambios de las tareas laborales se relacionan directamente con un cierto ajuste educativo. En consecuencia, la estructura de nuestro trabajo se desarrolla como sigue. En la sección segunda se revisa la literatura existente en relación a la evolución de las ocupaciones y los niveles educativos en España, se presentan cuáles serán los datos utilizados y se establece la metodología a desarrollar. Dentro del mismo apartado se desarrolla un análisis estadístico introductorio que muestra cómo son los cambios más recientes de la estructura ocupacional y educativa. En dicho análisis se presta una especial atención al número medio de años de estudio asociados al desarrollo de cada ocupación laboral. A continuación, se desarrolla una serie de descomposiciones (*shift-share*) sobre los cambios en la estructura ocupacional en relación a los cambios educativos validando la importancia de ambas transformaciones. Posteriormente, se estiman una serie de modelos de probabilidad *logits* para determinar la importancia de las cualificaciones educativas dentro de las ocupaciones manuales. Por último, se utilizan las preguntas retrospectivas de la EPA para esbozar una primera aproximación al ajuste dinámico del mercado de trabajo o los flujos laborales. El objetivo esta aproximación es claro. Se trata de comparar las cualificaciones educativas que poseen los “nuevos” empleados, en las distintas ocupaciones, frente a las que poseían los “nuevos” desempleados con el ánimo de comprobar si existen ciertas diferencias. Todos estos análisis resultan complementarios y muestran diferentes aspectos de una compleja realidad laboral. La confirmación de nuestra hipótesis de trabajo aportará un mejor conocimiento sobre la evolución de la distribución del empleo por tareas laborales y sus cualificaciones educativas, pero lo más importante, es que proporcionará una mejor perspectiva para el diseño de las políticas activas de empleo de cara a la mejora de la empleabilidad. Finalmente, nuestro trabajo se cierra con una serie de conclusiones y recomendaciones de política económica.

## **2. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS TAREAS LABORALES Y LAS CUALIFICACIONES EDUCATIVAS EN EL EMPLEO: ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La transformación de las tareas que se desarrollan en el puesto de trabajo encuentra su justificación en la existencia de determinados cambios económicos y/o laborales. Se podría ordenar dichos cambios en función de su origen: desde el lado de la oferta, de la demanda o del mercado de trabajo en su conjunto.

Desde la perspectiva de la demanda de trabajo, uno de los factores más importantes a tener en cuenta sería la propia transformación de la estructura productiva. En este sentido, el cambio más trascendental vivido por nuestra sociedad habría sido la incorporación de las Tecnologías de la Información y del Conocimiento – TIC – que ha permitido mejorar la productividad del trabajo pero también la tecnificación de las funciones o tareas desarrolladas. Asenjo y López (2004) establecen que el cambio técnico en España ha provocado una profesionalización y tecnificación de las ocupaciones TIC pero que dicha pauta a su vez se ha propagado por todos los sectores de la economía haciendo necesario la contratación de trabajadores cada vez más cualificados en el desarrollo de todas las tareas laborales<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva de la oferta de trabajo, la composición de la fuerza laboral propiciaría el desarrollo de determinadas ocupaciones laborales. En este sentido, durante las últimas décadas, el aumento de la educación y la formación de la mano de obra posibilitan cubrir una mayor demanda de trabajo cualificado. En la medida que los trabajos más cualificados sean aquellos con mayores salarios ello induciría a las personas a aumentar su formación creándose un proceso de retroalimentación. Todo ello, daría lugar a un aumento de cualificación o profesionalización de las tareas laborales<sup>3</sup>. Una mayor formación permite el desarrollo de una mayor productividad por parte de los trabajadores haciendo más eficaces las tareas desarrolladas en el empleo. Oesch y Rodríguez (2011) establecen que la expansión de la educación es uno de los motores que existen detrás del aumento de las ocupaciones de directivos y profesionales. Sin embargo, es importante no olvidar que pueden aparecer problemas de sobre educación de modo que los trabajadores presenten una formación superior a la requerida para el desarrollo de las tareas laborales, cuestión que ya ha sido demostrada por Requena y Benardi (2008) ante el reciente aumento de los Titulados Universitarios españoles. Dentro de la oferta también habría que considerar los

2. Al respecto, sobre el cambio tecnológico, Frey y Osborne (2013) establecen que en EEUU existe un importante riesgo de computerización de las tareas laborales, de modo que, el mercado de trabajo se verá polarizado en los próximos años entre tareas computerizadas, básicamente aquellas ocupaciones laborales de cualificación media baja, frente a otras tareas que no podrán serlo debido a su carácter creativo, emocional y/o que requieren para su desarrollo de una cierta inteligencia humana. Por ello, aquellos puestos de trabajo con un mayor nivel de cualificaciones o educación mostrarían una relación negativa con la probabilidad de computerización. Bajo esta hipótesis el cambio tecnológico contribuiría a la polarización y desequilibrio ocupacional dado que provocaría la destrucción de los puestos de trabajo menos cualificados.

3. Dejamos fuera los efectos provocados por la inmigración dado que ha sido ampliamente analizado por Requena *et al* (2011). Asimismo, debe tenerse en cuenta que durante la segunda recesión la población inmigrante ha caído drásticamente en nuestro país; no siendo *a priori* el fundamento del cambio ocupacional actual.

cambios aportados por la inmigración. Previamente a la actual crisis económica la población inmigrante se empleó preferentemente en puestos de trabajo poco cualificados y de carácter manual (Requena et al , 2011) contribuyendo a la polarización ocupacional.

La creación o destrucción de ciertos puestos de trabajo o tareas laborales también puede asociarse al marco laboral o la propia regulación institucional del mercado de trabajo. En este caso debe diferenciarse entre el corto y largo plazo. Las transformaciones institucionales y los cambios tecnológicos se enmarcarían en el largo plazo mientras que las crisis o ciclos adversos y las medidas consideradas para su superación generarían efectos en el corto plazo. Al respecto, la última y gran reforma laboral ejecutada en 2012<sup>4</sup> y sus posteriores extensiones han contribuido a la flexibilización del empleo, incrementando el empleo temporal, a tiempo parcial y de carácter precario. Ello, podría *a priori* propiciar el incremento de las ocupaciones menos cualificadas. Por otra parte, dicha reforma también fomenta la formación dentro de la empresa pudiendo provocar una cierta profesionalización y cualificación de la estructura ocupacional. Respecto de ambas tendencias, los resultados definitivos quedan pendientes de ser analizados.

El nacimiento y decadencia de los sectores productivos también provocan la aparición y desaparición de ciertas tareas laborales. El cambio sectorial es una de las causas más importantes del cambio ocupacional. Ejemplo de ello son la terciarización de las economías desarrolladas que ha provocado un importante aumento de las tareas no manuales. Acemoglu, D. y Autor, D. (2011) establecen que durante los últimos años el cambio estructural se ha basado principalmente en un cambio tecnológico sesgado hacia el mayor desarrollo de ocupaciones no manuales. Los ciclos económicos también pueden provocar ciertos cambios ocupacionales en la medida que resulten asimétricos en la estructura ocupacional. Sería el caso de la actual recesión económica, donde la caída de la construcción primero y de la industria después, ha implicado la destrucción de numerosos puestos de trabajo asociados al desarrollo de ocupaciones manuales de cualificación media-baja aquellas de amplio predominio en ambos sectores. Jamovivh y Siu (2012) enfatizan en el hecho de que el ciclo económico se encuentra relacionado estrechamente con la polarización ocupacional, de manera que, en tiempos de crisis la pérdida de empleo suele ser mayor entre aquellos trabajadores que desarrollan ocupaciones vinculadas con habilidades medias y bajas.

Adicionalmente, la propia evolución del mercado de bienes y servicios también contribuye al cambio ocupacional. Las pautas de consumo cambian a

4. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

lo largo del tiempo. De modo, que crecen y se destruyen puestos de trabajo para satisfacer una demanda cambiante. Una de las principales transformaciones en relación a esta idea es la globalización de los mercados de bienes y servicios. La apertura de la economía hacia los mercados internacionales implica un cambio en los hábitos de consumo, la diversificación de los productos, la deslocalización de actividades productivas y cambios en el comercio internacional, cuestiones todas ellas que inciden directamente en el cambio de las ocupaciones laborales. En Goos *et al* (2010) se establece que la actualidad existe un aumento de las tareas rutinarias acompañado de una cierta polarización ocupacional como consecuencia de la existencia de una demanda estandarizada de productos. Autor *et al* (2003) también apoya la tesis de la rutinización del trabajo y el aumento de las tareas menos cualificadas en base al cambio tecnológico sesgado. Asimismo, la mayor demanda de productos a nivel global ha provocado el desarrollo de una producción en masa haciendo aumentar el empleo dentro de las tareas manuales poco cualificadas. Igualmente, Autor y Dorn (2012) defienden que la existencia de una polarización ocupacional y salarial en el mercado de trabajo de EE.UU se relaciona con el cambio en las preferencias de los consumidores junto con el abaratamiento de la mano de obra que desempeña tareas rutinarias o automáticas. Todo ello habría dado pie a un proceso de polarización ocupacional o concentración del empleo en las ocupaciones extremas en la distribución del empleo entre aquellas más técnicas frente a aquellas más rutinarias (Goos *et al*, 2009).

En el caso de España, el cambio ocupacional y educativo reciente se puede resumir en las siguientes pautas. Requena *et al* (2011) establece que la terciarización que viene sufriendo nuestra economía, la constante formación de los trabajadores y la intensa llegada de inmigrantes con anterioridad a la crisis ha provocado principalmente, entre otras cuestiones, una profesionalización de la estructura ocupacional española. Ello, ha contribuido en la última década a la polarización de las clases trabajadoras aumentando la segmentación en el mercado de trabajo español<sup>5</sup>. Asimismo, Anghel *et al* (2014) establecen que durante la primera etapa de la actual crisis económica se ha acelerado el proceso de polarización entre las ocupaciones rutinarias y no rutinarias dentro del sector servicios.

En España, los primeros estudios sobre los cambios ocupacionales en relación con los cambios educativos desarrollados en la década de los noventa

5. Al respecto véase el trabajo de Garrido, L. y González, J. J. (2008). "Mercado de trabajo, ocupación y clases sociales" en González, J. J. y Requena, M. (eds.), "*Tres décadas de cambio social en España*" p. 89-134.

apuntaban hacia la existencia de un proceso de cualificación y formación de la mano de obra acorde con el desarrollo económico del país (Garrido y Toharia, 1991; Alonso *et al* 1996 y Cuadrado *et al*, 1999). Las necesidades de formación en la década de los noventa eran considerables en nuestro país. Nuestra estructura productiva convergía lentamente hacia el conjunto de la UE y los trabajadores con alto nivel de formación se integraban poco a poco en el mercado de trabajo. En la medida que se incorporaba este tipo de trabajadores aparecieron los primeros indicios de una cierta polarización ocupacional. De hecho a finales de la década de los noventa el fuerte incremento de las ocupaciones de no manuales más cualificadas, llamadas de cuello blanco, junto con las ocupaciones elementales, o de cuello azul, estableció la formación incipiente de un mercado de trabajo dual. Los fundamentos de esta cualificación se encontraban en el cambio técnico, la globalización de las relaciones económicas y los cambios en la composición de la demanda (Fina *et al*, 2000). Adicionalmente, Pérez Infante (2000) señaló la importancia del cambio sectorial, entendido como el proceso de terciarización de la economía. El crecimiento del sector servicios sería uno de los principales motores del cambio ocupacional y consecuentemente del aumento de los niveles educativos requeridos en los puestos de trabajo.

Al respecto, Fina *et al*, 2000 establecieron que la polarización ocupacional también se ve acompañada de una dualización educativa de manera que las ocupaciones cualificadas son desarrolladas por trabajadores cualificados o más formados frente una proporción elevada de trabajadores poco formados que desarrollan ocupaciones elementales. Destacando adicionalmente que si bien el nivel educativo medio crece debido a una mayor formación generalizada, no existen cualificaciones de carácter intermedio o profesional lo cual provoca la aparición de ciertos desajustes cualificativos. En opinión de los autores ello establece una cierta preocupación al desarrollar el sistema productivo sobre una estructura ocupacional y educativa poco flexible y de carácter marcadamente dual. Al respecto, en Sáez (2000) se recomienda el fomento de la Formación Profesional como una posible solución para cubrir el déficit educativo que surge en términos cualificativos intermedios. El informe de la Fundación BBVA y el IVIE (García *et al*, 2012) apunta hacia a la existencia durante los primeros años de la crisis de una destrucción del empleo en las ocupaciones manuales que unido a un entorno de aumento generalizado de la educación provoca que los desempleados menos formados se enfrentan a graves problemas de participación. Desde este estudio se requiere la necesidad de impulsar la Formación Profesional (FP) para cubrir los déficits educativos del mercado de trabajo. Igualmente, el informe del CES-2011 incide en que el cambio ocupacional actual hereda la estructura educativa previa abogando por la necesidad de emplear nuevamente a más personas con FP. A

pesar de la reforma de la FP de 2015<sup>6</sup>, en España todavía los programas de FP no alcanzan una participación similar al resto de países europeos. Por ello, desde la Comisión Europea (2016) se aboga por enfatizar en el desarrollo de una FP dual y la flexibilización de los currículos en los programas de FP grado medio.

Finalmente, en el capítulo “Trabajo y Cualificación” del estudio realizado desde la Fundación FOESSA (2014) se determina que nuestra estructura ocupacional se aleja de la europea debido al importante incremento que se ha producido en los últimos años de la presencia de las tareas no manuales más cualificadas frente al menor crecimiento de las ocupaciones menos cualificadas. Esta pauta se ha compaginado con la existencia de un proceso de dualización educativa centrado en la escasez existente de cualificaciones intermedias junto con la presencia todavía de un importante colectivo de trabajadores con niveles educativos elementales. Dicho informe establece que el panorama laboral existente es fruto de una especialización productiva volcada al desarrollo de actividades terciarias de bajo valor añadido y actividades industriales dedicadas a la fabricación de manufacturas intermedias.

Los últimos estudios al respecto establecen que durante los primeros años de la crisis se ha mantenido una cierta polarización ocupacional paralela a la polarización existente en Europa pero de menor intensidad (Goos *et al*, 2009 y 2007; Oesch y Rodríguez, 2011). Hernanz y Garcia-Serrano (2015) destacan la importante pérdida de empleo que se ha producido entre las ocupaciones manuales por una parte y entre los trabajadores con estudios bajos por otra desde el inicio de la crisis. Finalmente, la Comisión Europea (2015) establece que existe un importante desajuste entre las cualificaciones que presenta la población frente a aquellas requeridas en los puestos de trabajo aumentando dicho desajuste a lo largo de la crisis.

En relación con las ideas previas, en el presente artículo se analiza de forma exhaustiva los cambios ocupacionales recientes en relación con los cambios educativos. Queremos demostrar que durante los últimos años se ha producido una importante destrucción de empleo dentro de las tareas manuales pero que ello se ha visto también acompañado de un aumento de las cualificaciones educativas en dichas ocupaciones o un desplazamiento fuera del empleo de aquellos trabajadores menos formados. Ello podría haber limitado parcialmente el proceso de polarización ocupacional incidiendo en la dualización educativa. De manera que en la actualidad los trabajadores deben presentar una mayor educación para

6. Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

mantener y acceder al empleo incluso en el desarrollo de las tareas de menor de cualificación.

Para llevar a cabo nuestra investigación se utilizan los datos muestrales de la Encuesta de Población Activa (EPA) elaborada por el INE para el periodo 2011 a 2015. El análisis se realiza sobre este periodo de tiempo debido al cambio ocupacional de Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-2011) que impide el estudio de los microdatos hacia atrás. Con ello se ofrece un análisis de cambio ocupacional homogéneo para todo el periodo.

De nuestro estudio se excluye la categoría ocupacional de las “Fuerzas Armadas” debido a su naturaleza peculiar y a que no se asocia directamente con ningún nivel educativo específico para su desarrollo. Todos los datos recogidos en el artículo provenientes de la EPA consideran la reponderación contenida en la base poblacional 2011 y se refieren a la población mayor de 16 años. Por último, no hemos considerado los datos de Ceuta y Melilla debido a la escasa muestra existente en la EPA, lo cual imposibilita alcanzar una cierta significatividad para ambas regiones en el desarrollo de los análisis econométricos.

En nuestro análisis se ofrecen datos estadísticos sobre la evolución agregada de las ocupaciones y los niveles de estudios de los trabajadores que desarrollan diferentes tareas laborales<sup>7</sup>. Asimismo se analiza la educación requerida para el desarrollo de cada tarea laboral desde la perspectiva de los años medios de estudio equiparando para cada nivel educativo referenciado en la EPA el número de años mínimos necesarios para su consecución según el programa de educativo recogido en cada una de las Clasificaciones Nacionales de Educación, CNED 2014 y CNED 2000<sup>8</sup>. Por ejemplo, para superar un nivel educativo de Secundaria de grado medio se requiere un mínimo de al menos 12 años de estudio de manera satisfactoria. Ello supone establecer un método apriorístico basado en la evidencia empírica que cuenta con ventajas tales como el acceso a la información y posibilidades de cuantificación pero también desventajas como establecer una aproximación a la media olvidando la dispersión de los datos y las características cualitativas asociadas a diferentes niveles de estudio.

Esta metodología permitirá comprobar si las cualificaciones educativas, en términos de los años de estudio, ha cambiado dentro de las ocupaciones a lo largo de la crisis. Sobre estos datos se realiza un análisis de descomposición

7. En el anexo se recoge cómo se ha agregado la información de las ocupaciones (tabla A.1).

8. Al respecto, consúltese en la metodología de la EPA la información sobre el nivel de estudios de los encuestados (Variable NFORMA).

(*shift-share*) para determinar cuál es la importancia del cambio ocupacional y educativo. Seguidamente se desarrollan una serie de modelos de probabilidad *logit* para valorar la importancia de la educación en el desarrollo de las ocupaciones manuales. Y finalmente, se analizan los años de educación de los “nuevos” contratados frente a los “nuevos” desempleados mostrando si hay un proceso indirecto de sustitución educativa, es decir, un mayor nivel de cualificación educativa en los flujos de entrada al empleo frente a los de salida. Todos estos análisis resultan complementarios y muestran desde diferentes perspectivas si el cambio ocupacional ha ido acompañado de un cambio educativo.

Si bien la crisis económica ha provocado una pérdida generalizada del empleo en casi todas las ocupaciones laborales (Véase la tabla 1, relativa al período 2011-2015), la destrucción del empleo se ha concentrado preferentemente entre los Trabajadores Manuales de Baja Cualificación (TMBC) cuyo número ha disminuido en 305,4 mil empleos, lo que supone una caída del -7,8%. Las menores pérdidas de empleo se han producido entre los Trabajadores Manuales de Alta Cualificación (TMAC) cuyo número ha disminuido en 59,1 mil empleos con una disminución del 1,5%. De hecho el 41,1% de las pérdidas totales de empleo pueden atribuirse a las ocupaciones Manuales de Baja Cualificación.

Analizando la distribución del empleo por grandes ocupaciones laborales se comprueba que, en el año 2015, la mayor parte del empleo se concentra en las ocupaciones manuales; el 36,8% en las cualificadas y el 20,4% en las no cualificadas.

La reciente destrucción del empleo ha provocado que el peso o presencia de los TMBC se haya reducido en un 3,9% mientras que los TMAC han aumentado su presencia en un 2,6%. Existe por tanto una cierta tendencia al aumento del empleo en las ocupaciones de tipo “profesional” y, al mismo tiempo, a la destrucción de empleo en las “elementales”. Estos primeros datos mostrarían una asimétrica destrucción de empleo y un cierto freno al proceso de polarización ocupacional que se venía produciendo.

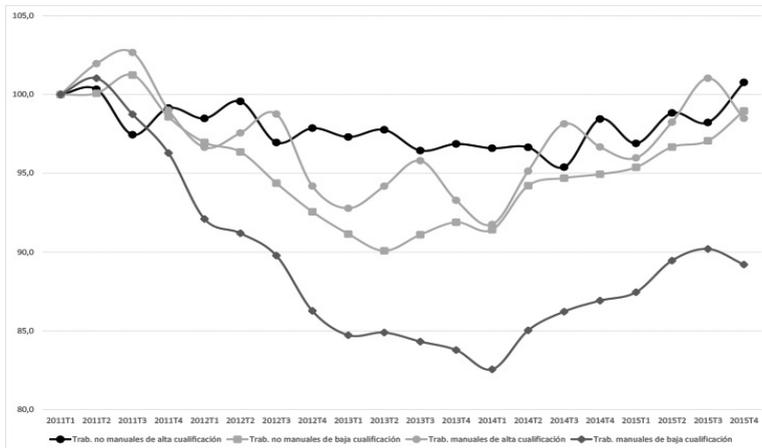
**Tabla 1. Evolución de las ocupaciones.**

|  | 2011T2          | 2015T2          | Crec.         | Crec. %      | Contribución  | % 2011T2      | % 2015T2      | Crec.% |
|--|-----------------|-----------------|---------------|--------------|---------------|---------------|---------------|--------|
| <b>OCUPACIONES LABORALES</b>   |                 |                 |               |              |               |               |               |        |
| 1 Directores y gerentes  | 932,7           | 783,4           | -149,3        | -16,0%       | 20,1%         | 5,0%          | 4,4%          | -12,5% |
| 2 Técnicos y profesionales científicos e intelectuales                                     | 3.021,1         | 3.111,3         | 90,2          | 3,0%         | -12,1%        | 16,3%         | 17,5%         | 7,3%   |
| 3 Técnicos; profesionales de apoyo   | 1.951,8         | 1.895,4         | -56,4         | -2,9%        | 7,6%          | 10,5%         | 10,7%         | 1,2%   |
| 4 Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina                        | 1.893,7         | 1.819,2         | -74,5         | -3,9%        | 10,0%         | 10,2%         | 10,2%         | 0,1%   |
| 5 Trabajadores de los servicios de restauración, personales, Protección y vendedores       | 4.029,6         | 4.116,0         | 86,4          | 2,1%         | -11,6%        | 21,8%         | 23,2%         | 6,4%   |
| 6 Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero           | 474,4           | 444,2           | -30,2         | -6,4%        | 4,1%          | 2,6%          | 2,5%          | -2,5%  |
| 7 Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción | 2.286,8         | 1.983,4         | -303,4        | -13,3%       | 40,9%         | 12,3%         | 11,2%         | -9,6%  |
| 8 Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores                                   | 1.470,6         | 1.343,6         | -127          | -8,6%        | 17,1%         | 7,9%          | 7,6%          | -4,8%  |
| 9 Ocupaciones elementales  | 2.459,1         | 2.280,7         | -178,4        | -7,3%        | 24,0%         | 13,3%         | 12,8%         | -3,4%  |
| <b>OCUPACIONES LABORALES AGREGADAS <sup>1</sup></b>  |                 |                 |               |              |               |               |               |        |
| 2Trab. no manuales de alta cualificación (TNMAC)   | 3.953,8         | 3.894,7         | -59,1         | -1,5%        | 8,0%          | 21,3%         | 21,9%         | 2,6%   |
| Trab. no manuales de baja cualificación (TNMBC)  | 3.845,5         | 3.714,6         | -130,9        | -3,4%        | 17,6%         | 20,8%         | 20,9%         | 0,6%   |
| Trab. manuales de alta cualificación (TMAC)  | 6.790,8         | 6.543,6         | -247,2        | -3,6%        | 33,3%         | 36,7%         | 36,8%         | 0,4%   |
| Trab. manuales de baja cualificación (TMBC)  | 3.929,7         | 3.624,3         | -305,4        | -7,8%        | 41,1%         | 21,2%         | 20,4%         | -3,9%  |
| <b>TOTAL</b>   | <b>18.519,8</b> | <b>17.777,2</b> | <b>-742,6</b> | <b>-6,8%</b> | <b>100,0%</b> | <b>100,0%</b> | <b>100,0%</b> |        |

Fuente: EPA, 2do. Tri. 2011 a 2do. Tri de 2015.

En el gráfico 1 se recogen los cambios ocupacionales año a año. Se puede comprobar que la destrucción del empleo ha sido intensa en todas las ocupaciones laborales pero sobre todo entre los TMBC. A partir del año 2014 se inicia una leve recuperación del empleo. Sin embargo, las ocupaciones MBC se encuentran lejos de alcanzar los niveles presentados en el año 2011. Por consiguiente, los TMBC son aquellos más afectados por la crisis en cuanto a la pérdida del empleo pero también los que presentan menores niveles de recuperación.

**Gráfico 1. Evolución de las ocupaciones laborales.**



Fuente: EPA 2011T1 a 2015TIV, INE.

El cambio ocupacional analizado hasta el momento, tal como se establecía en la introducción, puede estar motivado por cambios productivos, tecnológicos y sociales. Solo por completar el análisis previo en el anexo se ha recogido cómo ha sido el crecimiento de las ocupaciones laborales en relación con la evolución sectorial (tabla A.2). Es un hecho conocido que durante los primeros años de la crisis la destrucción del empleo se concentró principalmente en el sector de la construcción y la industria anexa; sin embargo, con su recrudescimiento la pérdida del empleo se extendió también al sector servicios. No obstante, la caída sectorial en todos los casos se ha realizado a costa de una disminución del empleo entre los trabajadores no manuales principalmente de baja cualificación. Las mayores caídas del empleo se han producido dentro de los trabajadores no manuales de baja cualificación en el sector terciario con una pérdida aproximadamente de 400 mil puestos de trabajo lo que supone una disminución del 8,5% entre 2011 y 2015. Por consiguiente, el cambio ocupacional se encuentra relacionado con el cambio sectorial pero ambos conducen a la existencia de una pérdida de empleo sesgada hacia los trabajadores manuales y dentro de los mismos a aquellos menos cualificados.

El objeto principal de estudio de nuestra investigación es relacionar el cambio en la estructura ocupacional con el cambio en la estructura educativa. Las tareas que se desarrollan en el mercado de trabajo se fundamentan en los conocimientos adquiridos por los trabajadores. Y asimismo, la demanda de trabajo es una demanda derivada de trabajadores con ciertas capacidades productivas ligadas a la educación (reglada o no) y a la experiencia laboral. Se trata por tanto de un *matching* o encaje entre oferta y demanda laboral en relación a las cualificaciones poseídas por los trabajadores y demandadas por el mercado laboral.

En la tabla 2 se relacionan los niveles educativos de los trabajadores con las ocupaciones laborales que desarrollan y en el gráfico 2 se recoge su evolución a lo largo del tiempo. Evidentemente las ocupaciones más cualificadas y técnicas, las ocupaciones No Manuales de Alta Cualificación (NMAC) presentan una mayor presencia de trabajadores con elevados niveles de formación, es decir, con estudios Superiores. Y por el contrario las ocupaciones más básicas o elementales como son las ocupaciones No Manuales concentran un mayor nivel de trabajadores con estudios medios-bajos.

**Tabla 2. Relación entre el nivel de estudios y la tarea laboral desarrollada medida por las ocupaciones laborales.**

|                               | 2011      | 2015      | Crec. % | % 2011 | % 2015 | Dif. P.P. |
|-------------------------------|-----------|-----------|---------|--------|--------|-----------|
| TNMAC Primario o sin estudios | 61.691    | 29.130    | -111,8% | 0,3%   | 0,2%   | -0,2%     |
| TNMAC Secundaria-1ra. etapa   | 150.103   | 127.987   | -17,3%  | 0,8%   | 0,7%   | -0,1%     |
| TNMAC Secundaria-2da. etapa   | 266.961   | 211.580   | -26,2%  | 1,5%   | 1,2%   | -0,3%     |
| TNMAC Superiores              | 3.431.800 | 3.520.170 | 2,5%    | 18,7%  | 19,8%  | 1,1%      |
| TNMBC Primario o sin estudios | 113.372   | 46.804    | -142,2% | 0,6%   | 0,3%   | -0,4%     |
| TNMBC Secundaria-1ra. etapa   | 541.293   | 481.824   | -12,3%  | 3,0%   | 2,7%   | -0,2%     |
| TNMBC Secundaria-2da. etapa   | 1.176.310 | 1.097.770 | -7,2%   | 6,4%   | 6,2%   | -0,2%     |
| TNMBC Superiores              | 2.010.650 | 2.101.540 | 4,3%    | 11,0%  | 11,8%  | 0,8%      |
| TMAC Primario o sin estudios  | 1.011.380 | 582.780   | -73,5%  | 5,5%   | 3,3%   | -2,2%     |
| TMAC Secundaria-1ra. etapa    | 2.500.730 | 2.513.410 | 0,5%    | 13,6%  | 14,1%  | 0,5%      |
| TMAC Secundaria-2da. etapa    | 2.000.280 | 2.040.800 | 2,0%    | 10,9%  | 11,5%  | 0,6%      |
| TMAC Superiores               | 1.208.560 | 1.419.160 | 14,8%   | 6,6%   | 8,0%   | 1,4%      |

|                              |                   |                   |              |               |               |       |
|------------------------------|-------------------|-------------------|--------------|---------------|---------------|-------|
| TMBC Primario o sin estudios | 887.455           | 580.679           | -52,8%       | 4,8%          | 3,3%          | -1,6% |
| TMBC Secundaria-1ra.etapa    | 1.695.700         | 1.746.550         | 2,9%         | 9,3%          | 9,8%          | 0,6%  |
| TMBC Secundaria-2da.etapa    | 890.776           | 867.451           | -2,7%        | 4,9%          | 4,9%          | 0,0%  |
| TMBC Superiores              | 373.536           | 408.637           | 8,6%         | 2,0%          | 2,3%          | 0,3%  |
| <b>TOTAL</b>                 | <b>18.322.608</b> | <b>17.778.284</b> | <b>-3,1%</b> | <b>100,0%</b> | <b>100,0%</b> |       |

Fuente: EPA, Medias anuales 2011 y 2015.

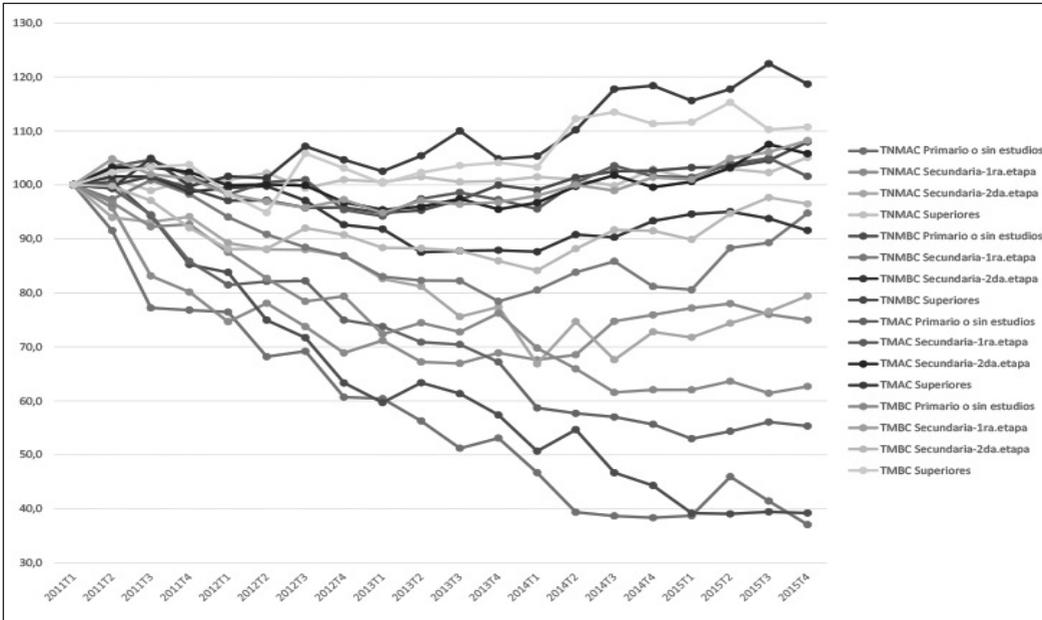
Sombreado los crecimientos positivos

A la vista de la tabla 2 se desprende que la presencia de trabajadores con niveles educativos superiores se ha incrementado en todas y cada una de las ocupaciones laborales. Los mayores incrementos se han producido entre los trabajadores Manuales de Alta Cualificación – TMAC – (presentando un aumento del 1,4%). En las ocupaciones laborales manuales se observa un incremento de la educación debido al aumento del empleo entre los trabajadores con niveles educativos medios y superiores, pero sobre todo, por la importante destrucción de empleo entre los trabajadores sin estudios o con estudios primarios. Estos datos sugieren la existencia de un cierto proceso de sustitución educativa, en la medida que los trabajadores con un mayor nivel educativo desplazan a aquellos con una menor formación. Ello se traduce en una elevación del nivel educativo medio que presentan los trabajadores dentro de las tareas manuales. La sobre educación aparece en estas ocupaciones dado que este tipo de empleo no tienen porque requerir necesariamente para su desarrollo un elevado nivel educativo. Por tanto, los primeros datos confirman nuestra hipótesis de trabajo, la destrucción del empleo entre las ocupaciones manuales ha resultado ser asimétrica concentrándose preferentemente entre los trabajadores con un menor nivel de formación. En un entorno de destrucción de empleo, donde no existe sustitución de trabajadores, ello podría deberse a una cuestión de costes dado que los trabajadores menos formados suelen presentar contratos temporales y menores salarios. Si este fuera el caso se perseguiría una falsa mejora de la productividad, en el sentido, que no se realizan mejoras educativas o técnicas sino una destrucción del empleo menos productivo pero más barato. No obstante, para confirmar estas ideas sería necesario desarrollar análisis detallado sobre la evolución de los salarios.

El gráfico 2 recoge un amplio abanico de información sobre la evolución de las ocupaciones en relación con los niveles de estudio. No obstante, lo importante es observar cuáles son los comportamientos o tendencias dominantes. La mayor pérdida de empleo se ha producido entre los trabajadores Manuales y No Manuales con estudios primarios o sin estudios. Y los mayores incrementos

se han dado entre los trabajadores Manuales sean o no cualificados con Estudios Superiores. Por consiguiente, durante todo el periodo parece existir una expulsión de los trabajadores sin estudios que son sustituidos por trabajadores con niveles educativos superiores.

**Gráfico 2. Evolución de las ocupaciones laborales en combinación con el nivel de estudios.**



Fuente: EPA 2011TI a 2015TIV, INE.

En la tabla 3 se muestra cuáles son los años medios de estudio que presentan los trabajadores dentro de cada ocupación laboral. Como cabría esperar, las ocupaciones más cualificadas y de carácter no manual que requieren, para su desarrollo, una mejor formación, cuentan con trabajadores que, en media, tienen un número más elevado de años de estudio. Pero más allá de este fenómeno, resulta interesante comprobar cómo han cambiado las cualificaciones educativas dentro cada ámbito ocupacional.

**Tabla 3. Años medios de estudio por ocupaciones laborales.**

|      | TNMAC      | TNMBC      | TMAC       | TMBC       |
|------|------------|------------|------------|------------|
| 2011 | 15,3       | 13,6       | 11,0       | 10,0       |
| 2012 | 15,4       | 13,7       | 11,2       | 10,1       |
| 2013 | 15,5       | 13,8       | 11,3       | 10,2       |
| 2014 | 15,5       | 13,9       | 11,5       | 10,4       |
| 2015 | 15,5       | 13,9       | 11,5       | 10,4       |
| Dif. | <b>0,2</b> | <b>0,3</b> | <b>0,5</b> | <b>0,4</b> |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 a 2014.

Desde el año 2011 los años medios de estudio han experimentado un aumento generalizado en todas las categorías ocupacionales. Si bien, este aumento ha sido mayor entre las ocupaciones manuales de alta cualificación (con un aumento de 0,5). Y le sigue el aumento que se ha producido entre las ocupaciones manuales de baja cualificación (con un aumento de 0,4). Esto induce a pensar que si, dentro de ambas ocupaciones, se está destruyendo empleo, esta proceso debe producirse a costa de aquellos trabajadores con un menor nivel de formación.

En definitiva, dos ideas principales surgen de análisis estadístico previo. En primer lugar, que la crisis económica está provocando una importante destrucción de empleo entre los trabajadores manuales cualificados y no cualificados provocando cambios en la estructura ocupacional. El cambio productivo vinculado con la desigual destrucción sectorial del empleo dentro de la crisis es uno de los fundamentos del cambio ocupacional; y, por tanto, de la destrucción del empleo entre trabajadores manuales. Ello, ha ralentizado en cierta medida el proceso de polarización ocupacional. Y en segundo lugar, el cambio ocupacional ha resultado ser asimétrico en relación a las cualificaciones. Si bien, en los últimos años existe una tendencia a aumentar la educación en todas y cada una de las ocupaciones laborales, el aumento de las cualificaciones educativas resulta muy importante dentro de las ocupaciones no manuales.

### **3. COMPRENDIENDO LOS CAMBIOS INTERNOS Y EXTERNOS: ANÁLISIS DE DESCOMPOSICIÓN**

Ante el análisis previo cabe preguntarse cuál es el papel del cambio ocupacional y educativo en el cambio reciente de la estructura del empleo. Con este fin se ha desarrollado la siguiente descomposición (*shift-share*) sobre la evolución del empleo por ocupaciones laborales en relación al cambio educativo:

$$\Delta \left( \frac{E_i}{E} \right) = \sum_{i=0}^N \Delta \left( \frac{E_{ij}}{E_j} \right) \frac{\bar{E}_j}{E} + \sum_{i=0}^N \left( \frac{\bar{E}_{ij}}{E_j} \right) \Delta \frac{E_j}{E} \quad (1)$$

siendo  $\frac{E_i}{E}$  el peso porcentual o presencia de una determinada ocupación laboral el empleo total  $E$ ;  $\frac{E_{ij}}{E_j}$  el peso porcentual del empleo en una determinada ocupación  $i$  asociado a un determinado nivel educativo  $j$  sobre el empleo total en dicho nivel educativo  $E_j$  y  $\frac{\bar{E}_{ij}}{E_j}$  el peso porcentual del empleo en un determinado nivel educativo  $j$  sobre el empleo total  $E$ <sup>9</sup>. Esta estimación nos permite separar el cambio de la estructura ocupacional en función de varios componentes:

$\sum_{i=0}^N \Delta \left( \frac{E_{ij}}{E_j} \right) \frac{\bar{E}_j}{E}$  el cambio del empleo en cada ocupación laboral y nivel educativo manteniendo la estructura educativa constante, lo que se denomina efecto interno, en nuestro caso asociado directamente a cambios en las ocupaciones laborales para cada nivel educativo lo cual puede atribuirse con la destrucción del empleo por ocupaciones acaecida en los últimos años.

$\sum_{i=0}^N \left( \frac{\bar{E}_{ij}}{E_j} \right) \Delta \frac{E_j}{E}$ ; y el cambio de los niveles educativos en general dentro del empleo manteniendo la estructura ocupacional y por niveles de estudio estable, llamado efecto externo, lo cual puede atribuirse con el aumento generalizado de la formación en todas las ocupaciones.

Los resultados de realizar esta descomposición se recogen en la tabla 4. A primera vista se confirma la existencia de una fuerte caída del peso porcentual de las ocupaciones laborales más básicas principalmente aquellas de carácter manual de cualificación media-baja. La presencia de los “Artesanos y asimilados” ha perdido una representación de casi un punto porcentual, concretamente -0,99 p.p.; mientras que los Trabajadores de los Servicios han aumentado su peso porcentual en 1,24 p.p. Por consiguiente, la intensa pérdida de empleo que se ha producido durante la crisis se ha concentrado sobre todo entre las ocupaciones manuales cambiando la estructura ocupacional existente y limitando el proceso de polarización ocupacional que se veía produciendo con anterioridad.

9. Se trata de descomponer los cambios a lo largo del tiempo que se suceden en la matriz de datos resultante de cruzar la información sobre la ocupación laboral y el nivel educativo del trabajador.

**Tabla 4. Descomposición del cambio en la estructura ocupacional en relación con los cambios educativos.**

|   | 2011<br>%       | 2015<br>% | Variación                          | Efecto<br>Interno<br>(ocupación)   | Efecto<br>Externo<br>(educación)  | Distribución<br>Valor Absoluto (%) |                   |
|---|-----------------|-----------|------------------------------------|--|---|------------------------------------|-------------------|
|   | $\frac{E_i}{E}$ |           | $\Delta\left(\frac{E_i}{E}\right)$ | $\sum_{i=0}^N \Delta\left(\frac{E_{ij}}{E_j}\right) \frac{\bar{E}_j}{E}$ | $\sum_{i=0}^N \left(\frac{\bar{E}_{ij}}{E_j}\right) \Delta\left(\frac{E_j}{E}\right)$ | Efecto<br>Interno                  | Efecto<br>Externo |
| Directores y gerentes   | 5,0%            | 4,4%      | -0,64                              | -0,79  | 0,15  | 83,9%                              | 16,1%             |
| Técnicos y profesionales científicos e intelectuales  | 16,4%           | 17,5%     | 1,17                               | -0,31  | 1,47  | 17,2%                              | 82,8%             |
| Técnicos; profesionales de apoyo  | 10,6%           | 10,7%     | 0,02                               | -0,47  | 0,50  | 48,8%                              | 51,2%             |
| Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina   | 10,3%           | 10,3%     | -0,01                              | -0,42  | 0,41  | 50,5%                              | 49,5%             |
| Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores  | 21,9%           | 23,2%     | 1,24                               | 1,68   | -0,44   | 79,4%                              | 20,6%             |
| Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero  | 2,5%            | 2,5%      | -0,08                              | 0,16   | -0,23   | 40,3%                              | 59,7%             |
| Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (excepto operadores de instalaciones y maquinaria) | 12,2%           | 11,2%     | -0,99                              | -0,62  | -0,37   | 62,5%                              | 37,5%             |
| Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores  | 7,9%            | 7,4%      | -0,46                              | -0,19  | -0,27   | 41,8%                              | 58,2%             |
| Ocupaciones elementales   | 13,1%           | 12,8%     | -0,26                              | 0,97   | -1,23   | 44,1%                              | 55,9%             |
| TOTAL (promedios)   | 100%            | 100%      |                                    |  |   | 53,6%                              | 46,4%             |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.  
Sombreados efectos por encima del total.

Observando la importancia de los efectos estimados se comprueba que el cambio de la estructura ocupacional se basa tanto en la destrucción de ciertas ocupaciones laborales (con un peso o importancia del 53,6%) pero también se debe a la destrucción de puestos de trabajo entre aquellos trabajadores menos formados (con un peso del 46,4%). Dentro de las Ocupaciones Manuales de menor cualificación, aquellas donde se ha destruido más empleo, el efecto externo resulta dominante, lo que permite concluir que la pérdida de empleo se ha concentrado en determinadas categorías educativas, principalmente en aquellas de nivel medio-bajo<sup>10</sup>.

Analizando los datos de la descomposición parece existir un cierto comportamiento dual. El efecto externo o de la educación resulta positivo para las ocupaciones más cualificadas mientras que en las ocupaciones manuales resulta negativo. Ello, parece indicar que el aumento de la formación se ha realizado a través de la contratación de trabajadores más educados entre las ocupaciones técnicas y recurriendo al despido o destrucción del empleo menos formado entre las ocupaciones más elementales.

No cabe duda que los cambios previos también se fundamentan en los cambios sectoriales, por ello, en el anexo (tabla A.3) se ha desagregado el análisis shift-share previo teniendo en cuenta la evolución ocupacional dentro de cada uno de los sectores productivos. Sus resultados confirman que los cambios definidos bien a través de las ocupaciones como de los sectores son la explicación fundamental a los cambios en la estructura productiva (con una aportación media del 53,7%) pero también existe una importante destrucción del empleo entre los niveles educativos inferiores (siendo su aportación del 46,3% restante).

La descomposición previa se ha replicado para cada uno de los años del periodo analizado. En la tabla 5 se recoge cuál es la distribución del efecto externo e interno en valor absoluto. A la vista de estas nuevas estimaciones se observa que para el total del empleo el efecto interno u ocupacional resulta dominante a excepción del cambio entre 2013 y 2014. Por tanto, la pérdida del empleo se ha fundamentado principalmente en la pérdida de ciertas ocupaciones laborales. No obstante, el efecto externo, si bien no es dominante, también presenta una elevada importancia. Año a año, también se confirma que la pérdida del empleo se basa en un importante cambio ocupacional acompañado de cambios en las cualificaciones educativas.

10. Cuestión que se puede apreciar al observar los datos internos del análisis shift-share o de la evolución del empleo por niveles de estudio y ocupaciones (véase tabla 2).

**Tabla 5. Descomposición sobre las ocupaciones laborales y el nivel de estudios. Distribución de efectos, valor absoluto**

|   | Efecto Interno |              |              |              | Efecto Externo |              |              |              |
|---|----------------|--------------|--------------|--------------|----------------|--------------|--------------|--------------|
|   | 2011-2         | 2012-3       | 2013-4       | 2014-5       | 2011-2         | 2012-3       | 2013-4       | 2014-5       |
| Directores y gerentes   | 64,8%          | 84,9%        | 85,3%        | 99,9%        | 35,2%          | 15,1%        | 14,7%        | 0,1%         |
| Técnicos y profesionales científicos e intelectuales  | 16,8%          | 4,8%         | 57,9%        | 26,9%        | 83,2%          | 95,2%        | 42,1%        | 73,1%        |
| Técnicos; profesionales de apoyo  | 64,8%          | 44,0%        | 31,5%        | 69,5%        | 35,2%          | 56,0%        | 68,5%        | 30,5%        |
| Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina   | 44,6%          | 84,8%        | 34,2%        | 62,1%        | 55,4%          | 15,2%        | 65,8%        | 37,9%        |
| Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores  | 80,7%          | 72,7%        | 81,9%        | 72,1%        | 19,3%          | 27,3%        | 18,1%        | 27,9%        |
| Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero  | 66,8%          | 56,0%        | 25,2%        | 78,3%        | 33,2%          | 44,0%        | 74,8%        | 21,7%        |
| Artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (excepto operadores de instalaciones y maquinaria) | 76,5%          | 74,3%        | 34,0%        | 97,1%        | 23,5%          | 25,7%        | 66,0%        | 2,9%         |
| Operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores  | 47,0%          | 45,5%        | 40,7%        | 54,7%        | 53,0%          | 54,5%        | 59,3%        | 45,3%        |
| Ocupaciones elementales   | 9,3%           | 61,4%        | 36,4%        | 66,8%        | 90,7%          | 38,6%        | 63,6%        | 33,2%        |
| <b>TOTAL (promedios)</b>  | <b>56,1%</b>   | <b>62,0%</b> | <b>43,6%</b> | <b>73,8%</b> | <b>43,9%</b>   | <b>38,0%</b> | <b>56,4%</b> | <b>26,2%</b> |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 a 2015.  
Sombreados los efectos Externo/Educación por encima del Total (promedios)

Dentro de cada una de las ocupaciones analizadas, tan solo en el caso de los Operadores y asimilados junto con las Ocupaciones Elementales el efecto externo resulta más intenso que la pauta general en todos y cada uno de los años considerados. Ello valida que las cualificaciones educativas han cambiado considerablemente en ambas ocupaciones.

#### **4. EL CAMBIO OCUPACIONAL EN RELACIÓN CON LA EDUCACIÓN DE LOS TRABAJADORES: MODELOS DE PROBABILIDAD**

En este apartado se analiza directamente cuáles son las cualificaciones educativas necesarias para, teniendo en cuenta las otras características de los trabajadores, obtener un empleo en ciertas ocupaciones laborales. La hipótesis a contrastar es que el nivel educativo asociado a cada ocupación ha aumentado a lo

largo de la crisis. Bajo este objetivo se estiman varios modelos de probabilidad *logit* para cada año sobre la posibilidad de estar empleado dentro de las Ocupaciones Manuales frente a No Manuales en función de las principales características personales y laborales de los trabajadores considerando entre ellas el nivel educativo medido a través del número de años de estudio poseído por el trabajador y del nivel educativo. El desarrollo de estas estimaciones econométricas nos permite obtener tan solo los efectos vinculados directamente entre ocupación y educación controlando por el resto de variables a tener en cuenta. Las estimaciones desarrolladas se resumen en la tabla 6 y 7. La tabla 6 muestra los coeficientes asociados a la variable años de estudio y la tabla 7 recoge los resultados en relación al nivel educativo<sup>11</sup>. En relación al resto de variables solo destacar que la probabilidad de trabajar en una ocupación manual es positiva dentro de la Construcción pero alcanza valores inferiores al inicio del periodo para ir aumentando posteriormente. Ello, no es más que el reflejo del cambio productivo o la destrucción de empleo sectorial que fundamenta el cambio ocupacional. Asimismo en relación a la edad formar parte del empleo manual resulta más probable en edades jóvenes, tal vez debido a la falta de experiencia o formación. Pero dicha probabilidad ha caído con el paso del tiempo mostrando que durante la crisis ha aumentado la dificultad de encontrar empleo entre los jóvenes.

**Tabla 6. Probabilidades de estar empleado en diferentes ocupaciones manuales frente a no manuales según los años de estudios alcanzados.**

**Modelos de probabilidad *Logit***

| Años de estudios      |               |               |          |
|-----------------------|---------------|---------------|----------|
| Años                  | Coef.         | Odds ratio    | P>z      |
| 2011                  | -0,501        | 0,606         | 0,000*** |
| 2012                  | -0,507        | 0,602         | 0,000*** |
| 2013                  | -0,524        | 0,592         | 0,000*** |
| 2014                  | -0,519        | 0,595         | 0,000*** |
| 2015                  | -0,513        | 0,599         | 0,000*** |
| <b>Dif. 2015-2011</b> | <b>-0,012</b> | <b>-0,007</b> |          |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA.

\*\*\* Significativo bajo una probabilidad del 99%.

Los modelos *logit* completos se encuentran en el anexo (tabla A.4).

11. En el anexo se muestran los modelos al completo incluyendo todas las variables consideradas y su estimación para cada año (tabla A.4 y A.5).

En la tabla 6 se comprueba que los coeficientes estimados resultan negativos para todos los años analizados, de lo cual se desprende que la probabilidad de estar empleado como un trabajador Manual frente a No Manual se reduce a medida que el trabajador posee un mayor número de años de estudio. O, dicho de otro modo, cuando el trabajador presenta un elevado número de años de estudio es más probable que se encuentre empleado dentro de las ocupaciones No Manuales. Centrándonos en la evolución temporal se observa que las cualificaciones educativas se han mantenido más o menos similares en el periodo considerado. Tanto el coeficiente estimado como los ratios de probabilidad varían escasamente desde el año 2011 aunque existe una leve tendencia a la baja de carácter significativo pero de pequeña cuantía. En este caso, el análisis desde los años de estudio resulta insuficiente para validar la existencia de un cambio educativo importante.

Por ello, se ha estimado nuevamente el modelo diferenciando por niveles educativos (tabla 7). En este caso, se observa que la probabilidad de desarrollar una tarea Manual resulta elevada si se tienen estudios de Secundaria frente a estudios Superiores. Esta pauta se ha intensificado a lo largo de los últimos años. De manera que, con el paso del tiempo cada vez resulta mucho más probable desarrollar este tipo de ocupaciones si se poseen estudios de Secundaria. La crisis ha provocado un aumento de las cualificaciones educativas en las ocupaciones manuales que se refleja sobre todo en el caso de poseer estudios de Secundaria.

**Tabla 7. Probabilidades de estar empleado en diferentes ocupaciones manuales frente a no manuales según niveles de estudio. Modelos de probabilidad Logit.**

| Años           | Niveles de estudios |            |          |               |            |          |
|----------------|---------------------|------------|----------|---------------|------------|----------|
|                | E. Secundaria       |            |          | E. Superiores |            |          |
|                | Coef.               | Odds ratio | P>z      | Coef.         | Odds ratio | P>z      |
| 2011           | 1,587               | 4,888      | 0,000*** | -2,556        | 0,078      | 0,000*** |
| 2012           | 1,709               | 5,523      | 0,000*** | -2,533        | 0,079      | 0,000*** |
| 2013           | 1,691               | 5,427      | 0,000*** | -2,617        | 0,073      | 0,000*** |
| 2014           | 1,628               | 5,094      | 0,000*** | -2,571        | 0,076      | 0,000*** |
| 2015           | 1,688               | 5,408      | 0,000*** | -2,531        | 0,080      | 0,000*** |
| Dif. 2015-2011 | 0,101               | 0,520      |          | 0,026         | 0,002      |          |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA.

\*\*\* Significativo bajo una probabilidad del 99%.

Los modelos logit completos se encuentran en el anexo (tabla A.3).

Los mo-

## 5. EL AJUSTE DINÁMICO ENTRE OCUPACIÓN Y EDUCACIÓN

Como cierre a nuestras investigaciones se presenta una primera aproximación sobre los ajustes dinámicos que se están produciendo en los últimos años en relación a nuestro objeto de estudio. Se trata de comparar el flujo de entrada al empleo frente al flujo de salida por ocupaciones laborales en relación a la educación. Para ello se utilizan los años medios de estudio de aquellos trabajadores cuya experiencia laboral en la empresa es menor a un año, lo que denominamos como “nuevos” empleados, frente a los años medios de estudio de aquellas personas que dejaron su empleo y se encuentran en paro desde hace un año o menos, lo que denominamos como “nuevos” parados. Téngase en cuenta que desconocemos el peso total de cada flujo y que solo comparamos su caracterización o naturaleza en términos educativos. Además la información se circunscribe a la información que aporta la EPA en lo que se denomina preguntas retrospectivas anuales sin entrar en el estudio pormenorizado de los datos de los flujos laborales de la EPA<sup>12</sup>. Ello, supone que la ocupación laboral de las personas desempleadas sea aquella relativa a la ocupación que desarrollaron hace un año. Dicha comparación se recoge en la tabla número 8. Estos datos complementan a los modelos previos puesto que no solo nos ofrecen una perspectiva dinámica sino que también nos aportan una idea de las cualificaciones educativas por ocupaciones desde la participación laboral.

**Tabla 8. Años medios de estudio para los “nuevos” empleados frente a los “nuevos” parados.**

|  |       | 2011 | 2015 | Dif.       |
|--|-------|------|------|------------|
| <b>Ocupados cuya duración del contrato es menor o igual a 12 meses</b> |       |      |      |            |
| Ocupación  | TNMAC | 15,6 | 15,6 | <b>0,0</b> |
|  | TNMBC | 13,8 | 14,1 | <b>0,3</b> |
|  | TMAC  | 11,1 | 11,6 | <b>0,4</b> |
|  | TMBC  | 10,0 | 10,3 | <b>0,4</b> |
| <b>Parados que dejaron su empleo hace 12 meses o menos</b>             |       |      |      |            |
| Ocupación hace un año  | TNMAC | 15,4 | 15,5 | <b>0,1</b> |
|  | TNMBC | 13,3 | 13,9 | <b>0,6</b> |
|  | TMAC  | 10,7 | 11,2 | <b>0,5</b> |
|  | TMBC  | 9,6  | 9,9  | <b>0,3</b> |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.

12. Cuestión que dejamos para futuras investigaciones dado que constituiría un nuevo artículo en sí mismo.

Comparando en cada una de las ocupaciones laborales los años medios de estudio de los “nuevos” empleados podemos comprobar que el mayor aumento se produce entre las ocupaciones Manuales bien sean cualificadas o no (con un incremento del 0,4 respectivamente). Entre los “nuevos” parados se observa que las mayores diferencias se producen en los Trabajadores No manuales de Baja Cualificación y los Trabajadores Manuales de Alta Cualificación (con el 0,6 y 0,5 respectivamente). En términos generales, los “nuevos” empleados suelen presentar una formación superior a los “nuevos” parados pero esta diferencia resulta mayor entre las ocupaciones Manuales.

Ello supone indirectamente que entre las Ocupaciones más básicas la nueva contratación se realiza seleccionando a trabajadores más formados mientras que los nuevos despidos se centran en los trabajadores menos formados. Sin establecer la cuantía de cada flujo, ello remarca la existencia de una renovación educativa al alza. En definitiva, los datos indican indirectamente que la recesión económica ha impuesto una selección de los más formados entre los Trabajadores manuales.

Finalmente en la tabla 9 se muestra la distribución de los “nuevos” empleados y “nuevos” parados por ocupaciones laborales y niveles de estudio tanto para el año 2011 como 2015 así como su variación. De su observación se desprende que entre los “nuevos” empleados ha aumentado la presencia de los trabajadores con estudios superiores dentro de todas las categorías ocupacionales pero, sobre todo, entre las ocupaciones manuales. También se observa que los trabajadores con estudios primarios o sin estudios presentan escasas posibilidades de acceder al empleo. El aumento de la formación también se percibe entre los “nuevos” parados e igualmente entre los trabajadores manuales. La destrucción continuada de empleo entre los trabajadores menos formados junto con el efecto desanimo puede que sean algunas de las causas de que los “nuevos” parados se concentren entre los trabajadores sin estudios.

**Tabla 9. Distribución porcentual de los “nuevos” empleados y parados por ocupaciones laborales y niveles de estudio.**

|                                     | “Nuevos” empleados |        |        |        |        | “Nuevos” parados      |        |        |        |        |
|-------------------------------------|--------------------|--------|--------|--------|--------|-----------------------|--------|--------|--------|--------|
|                                     | Ocupación          |        |        |        |        | Ocupación hace un año |        |        |        |        |
|                                     | TNMAC              | TNMBC  | TMAC   | TMBC   | TOTAL  | TNMAC                 | TNMBC  | TMAC   | TMBC   | TOTAL  |
| <b>2011</b>                         |                    |        |        |        |        |                       |        |        |        |        |
| Primario o sin estudios             | 0,1%               | 0,4%   | 5,7%   | 6,6%   | 12,8%  | 0,1%                  | 0,4%   | 7,6%   | 9,8%   | 17,9%  |
| Secundaria                          | 1,1%               | 6,9%   | 28,6%  | 19,7%  | 56,3%  | 0,8%                  | 6,9%   | 28,9%  | 23,6%  | 60,1%  |
| Superiores                          | 11,7%              | 8,9%   | 7,6%   | 2,7%   | 30,9%  | 6,2%                  | 6,4%   | 6,5%   | 2,8%   | 21,9%  |
| TOTAL                               | 12,9%              | 16,1%  | 42,0%  | 29,0%  | 100,0% | 7,1%                  | 13,7%  | 43,0%  | 36,2%  | 100,0% |
| <b>2015</b>                         |                    |        |        |        |        |                       |        |        |        |        |
| Primario o sin estudios             | 0,0%               | 0,2%   | 3,7%   | 4,9%   | 8,8%   | 0,0%                  | 0,2%   | 4,3%   | 8,4%   | 13,0%  |
| Secundaria                          | 1,1%               | 6,4%   | 29,0%  | 20,4%  | 56,8%  | 0,7%                  | 5,0%   | 29,7%  | 27,5%  | 62,8%  |
| Superiores                          | 12,1%              | 10,1%  | 9,2%   | 3,1%   | 34,4%  | 6,2%                  | 6,9%   | 7,6%   | 3,5%   | 24,2%  |
| TOTAL                               | 13,2%              | 16,6%  | 41,8%  | 28,3%  | 100,0% | 6,9%                  | 12,1%  | 41,6%  | 39,4%  | 100,0% |
| <b>Variación porcentual 2011-15</b> |                    |        |        |        |        |                       |        |        |        |        |
| Primario o sin estudios             | -0,05%             | -0,17% | -2,02% | -1,77% |        | -30,5%                | -44,8% | -43,1% | -14,3% |        |
| Secundaria                          | -0,01%             | -0,53% | 0,32%  | 0,70%  |        | -15,2%                | -27,4% | 2,8%   | 16,3%  |        |
| Superiores                          | 0,36%              | 1,23%  | 1,55%  | 0,38%  |        | -0,4%                 | 7,7%   | 16,1%  | 26,4%  |        |

Fuente: elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.  
Sombreados crecimientos positivos o aumentos del peso porcentual

El hecho de que los trabajadores más formados sean los que crecen tanto entre los “nuevos” empleados como entre los “nuevos” parados puede ser un signo del aumento de la rotación entre dichos trabajadores. En todo caso, la caída de la presencia de los menos formados en ambos flujos establece una expulsión de los mismos fuera del mercado de trabajo, es decir, hacia la inactividad.

## 6. CONCLUSIONES

En este artículo se analiza cómo ha sido el cambio ocupacional en relación con los cambios educativos desde el año 2011 a 2015 bajo la idea de que ambos han ido de la mano. Se han desarrollado una gran variedad de análisis para demostrar que la destrucción de empleo de los últimos años se ha concentrado principalmente entre las ocupaciones manuales pero con un carácter asimétrico

acompañado de una destrucción del empleo entre aquellos trabajadores con menor formación. La pérdida de empleo en las ocupaciones más elementales ha desacelerado parcialmente el proceso de polarización ocupacional que parecía predominar hasta el momento.

La estimación de los años medios de estudio por ocupaciones ha mostrado que existe un aumento generalizado de las cualificaciones educativas en todas y cada una de las ocupaciones laborales pero que este aumento ha resultado mucho más intenso entre las ocupaciones Manuales.

El análisis *shift-share* confirma que el cambio de la estructura ocupacional se puede atribuir a una destrucción generalizada del empleo principalmente entre las ocupaciones Manuales, aquellas más afectadas por la crisis. Pero, también, que la destrucción del empleo ha sido más importante entre los trabajadores menos formados. Adicionalmente, en el caso de las ocupaciones elementales, se demuestra que la caída del empleo se produce principalmente entre aquellos trabajadores menos formación. Ello puede crear cierta sobre educación del empleo menos cualificado con los problemas derivados de dicho desajuste, infrautilización de los recursos educativos, pérdida de un potencial productivo e insatisfacción entre los trabajadores. Asimismo el cambio sectorial también sería uno de los fundamentos del cambio en la estructura del empleo.

Los análisis *logit* desarrollados muestran que el cambio fundamental se está dando, sobre todo, a través variaciones en las cualificaciones educativas. De manera que cada vez se requiere mayor formación, como mínimo de Secundaria, para el desarrollo de tareas de tipo manual.

Por último, el ajuste dinámico del mercado de trabajo muestra que el cambio ocupacional se asienta en dos pautas claves. Las entradas al empleo se caracterizan por una elevada formación mientras que las salidas al desempleo se caracterizan por presentar una menor formación. Para los Trabajadores manuales existen diferencias importantes entre la formación de los “nuevos” empleados y los “nuevos” parados. De modo indirecto parece que dentro de esta ocupación laboral existe un cierto proceso de sustitución educativa.

En suma, la *creación destructiva* asociada al proceso de cambio ocupacional explicado por Shumpeter establecería en nuestro país una tendencia hacia la pérdida del empleo manual acompañada de un incremento en las cualificaciones educativas necesarias para su desarrollo. La cualificación requerida para el desarrollo de aquellas tareas básicas resulta cada vez mayor pero, además, esta pauta se ha visto intensificada por la crisis. Parece que indirectamente se ha

producido un proceso de desplazamiento que expulsa del mercado de trabajo a aquellos menos formados. De cara al diseño de la futura política laboral, el cambio ocupacional y educativo dibuja un mercado de trabajo segmentado y dual del cual pueden nacer ciertas tensiones laborales. La creciente profesionalización o cualificación del mercado de trabajo requiere trabajadores que cubran el déficit laboral existente en el desarrollo de ocupaciones medias. Frente a este panorama laboral, los trabajadores con una menor formación verán mermadas dramáticamente sus posibilidades de empleabilidad en el futuro, siendo necesario establecer cuanto antes un mecanismo de formación para los mismos que garantice su inserción laboral.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. Y AUTOR, D. (2011) “Skills, task and technologies: implication for employment and earning” en Ashenfelter O. y Card D. *Handbook of Labour Economics*, Vol. 4. Elsevier. p. 1043-1171.
- ALONSO, E., COLLADO, J.C., MARTÍNEZ, M.I. (1996) “El empleo en España y en Europa: un análisis comparado por sectores”. *Fundación Argentaria. Visor Distribuciones. Colección Economía Española*. Vol. III.
- ANGHEL, B.; DE LA RICA, S. Y LACUESTA, A. (2014) “The impact of the great recession on employment polarization in Spain” *SERIEs* No. 5. p. 143–171
- ASENJO O. DE J. Y LÓPEZ, L.A. (2004) “Cambio técnico y cambio ocupacional en la economía española (1980-2000)” *Cuadernos de Economía*. Vol. 27. 3-32.
- AUTOR, D; LEVY, F. Y MURNANE, R. (2003) “The skill-content of recent technological change: an empirical investigation” *Quartely Journal of Economic*, 118.
- AUTOR, D. Y DORN D. (2012) “The Growth of Low Skill Service Jobs and the Polarization of the U.S. Labor Market” *American Economic Review*. Volume 103, Number 5, August 2013, p. 1553-1597(45)
- CES (2011) “Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral”. *España 2011. Economía, trabajo y sociedad*. Consejo Económico y Social.
- CUADRADO, J.C.; IGLESIAS, C.; ORTIZ, A. Y GUARDIA, J. (1999) “El sector servicios y el empleo en España. Evolución reciente y perspectivas de futuro” *Fundación BBVA*. Madrid.
- EUROPEAN COMMISSION (2015) “Measuring skills mismatch” Employment Social Affairs and Industries. *Analytical Web Note*. 7/2015.
- EUROPEAN COMMISSION (2016) “Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”. *Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión*. Bruselas, SWD (2016) 78.
- FINA, L.; TOHARIA, L.; GARCÍA-SERRANO, C. Y MAÑÉ, F. (2000) “Cambio ocupacional y necesidades educativas de la economía española” En: “*Formación y Empleo*”. Saez, F. (coord.) Economía Española. Programa de Economía Familiar. Fundación Argentaria y Visor Distribuciones. p. 47-154.
- FREY, C. B. Y OSBORNE M. A. (2013) “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?” *Projet Autoblog*. Retrieved September, 7.

- GARCÍA SERRANO, C.; MALO, M. A.; CUETO, B.; DAVIA, M. A.; HERNANZ, V. Y RAMOS MARTÍN, M. (2014) "Trabajo y cualificación". García Serrano, C. y Malo, M.A. (Coord.) En "*VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, 2014*". Fundación FOESSA.
- GARCÍA, F. P. et al (2012). Crecimiento y competitividad: motores y frenos de la economía española. Fundación BBVA e IVIE.
- GARRIDO, L. Y GONZÁLEZ, J. J. (2008). "Mercado de trabajo, ocupación y clases sociales" en González, J. J. y Requena, M. (eds.), "*Tres décadas de cambio social en España*" p. 89-134.
- GARRIDO, L. Y TOHARIA, L. (1991) "Cambio ocupacional y necesidades de formación en España, 1985-1995" *Economía Industrial*, No. 277. p. 159-179
- GOOS, M. AND MANNING, A. (2007) "Lousy and Lovely Jobs: The Rising Polarization of Work in Britain" *Review of Economics and Statistics* 89:1.p. 118-133.
- GOOS, M., MANNING, A. Y SALOMONS, A. (2009): "Job Polarization in Europe", *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 99 (2), p. 58-63.
- GOOS, M.; MANNING, A. AND SALOMONS, A. (2010) "Explaining Job Polarization in Europe: The Roles of Technology, Globalization and Institutions" *CEP Discussion Paper* No 1026, November.
- HERNANZ Y GARCIA-SERRANO (2015) "Cambios ocupacionales y de las cualificaciones" *Ekonomiaz*, Nº 87, 1º semestre. p. 154-181.
- JAMOVICH, N. AND SIU H.E. (2012) "The Trend is the Cycle: Job Polarization and Jobless Recoveries" *NBER Working Paper* Nº 18334
- OESCH, D. Y RODRÍGUEZ MENÉS, J. (2011): "Upgrading or polarization? Occupational change in Britain, Germany, Spain and Switzerland, 1990-2008", *Socio-Economic Review*, 9, p. 503-531.
- PEREZ INFANTE, I. (2000) "El nivel formativo del empleo en España: Un análisis de la estructura sectorial y ocupacional". En: "*Formación y Empleo*". Saez, F. (coord.) Economía Española. Programa de Economía Familiar. Fundación Argentaria y Visor Distribuciones. p. 681-696.
- REQUENA, M. Y BERNARDI, F. (2008) "El sistema educativo". Capítulo 2 en: J.J. González y Miguel Requena (eds.) "*Tres décadas de cambio social en España*". Madrid: Alianza Editorial. p. 229-252.
- REQUENA, M.; RADL, J.Y SALAZAR, L. (2011) "Estratificación y clases sociales". Capítulo V en: "*Informe España 2011, una interpretación de su realidad social*" CECS Fundación encuentro. p. 299-370.
- SAEZ, F. (2000) "Desequilibrios en el mercado de trabajo" En: "*Formación y Empleo*". Sáez, F. (coord.) Economía Española. Programa de Economía Familiar. Fundación Argentaria y Visor Distribuciones. p. 681-696.

## ANEXO

Tabla A.1. Principales clasificaciones utilizadas para las ocupaciones laborales

(Fuente: Elaboración propia)

| Grandes categorías       |  | Letra | Ocupaciones laboral (CNO-11)   | Dígitos |
|--------------------------|--|-------|--|---------|
| Trabajadores No Manuales | Trabajador no manual de alta cualificación<br><i>TNMAC</i> | A     | Directores y gerentes  | 11-29   |
|                          |  | B     | Técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza                            |         |
|                          |  | C     | Otros técnicos y profesionales científicos e intelectuales   |         |
|                          | Trabajador no manual de baja cualificación<br><i>TNMB</i>  | D     | Técnicos; profesionales de apoyo   | 30-45   |
|                          |  | E     | Empleados de oficina que no atienden al público  |         |
|                          |  | F     | Empleados de oficina que atienden al público   |         |
| Trabajadores Manuales    | Trabajador manual de alta cualificación<br><i>TMAC</i>     | G     | Trabajadores de los servicios de restauración y comercio   | 50-79   |
|                          |  | H     | Trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas  |         |
|                          |  | I     | Trabajadores de los servicios de protección y seguridad  |         |
|                          |  | J     | Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero                             |         |
|                          |  | K     | Trabajadores cualificados de la construcción, excepto operadores de máquinas                               |         |
|                          |  | L     | Trabajadores cualificados de las industrias manufactureras, excepto operadores de instalaciones y máquinas |         |
|                          | Trabajador manual de baja cualificación<br><i>TMBC</i>     | M     | Operadores de instalaciones y maquinaria fijas, y montadores   | 80-99   |
|                          |  | N     | Conductores y operadores de maquinaria móvil   |         |
|                          |  | O     | Trabajadores no cualificados en servicios (excepto transportes)  |         |
|                          |  | P     | Peones de la agricultura, pesca, construcción, industrias manufactureras y transportes                     |         |

**Tabla A.2. Evolución del empleo por ocupaciones laborales en relación con el cambio sectorial. Miles de personas y porcentajes**

|              | Agricultura  | Industria      | Construcción | Servicios       | TOTAL           |
|--------------|--------------|----------------|--------------|-----------------|-----------------|
| 2011         |              |                |              |                 |                 |
| TNMAC        | 21,3         | 227,1          | 115,6        | 3.546,6         | <b>3.910,6</b>  |
| TNMBC        | 23,9         | 402,5          | 198,9        | 3.216,3         | <b>3.841,6</b>  |
| TMAC         | 389,6        | 602,5          | 276,9        | 5.452,0         | <b>6.721,0</b>  |
| TMBC         | 320,5        | 591,7          | 189,5        | 2.745,8         | <b>3.847,5</b>  |
| <b>TOTAL</b> | <b>755,3</b> | <b>1.823,8</b> | <b>780,9</b> | <b>14.960,7</b> | <b>18.320,6</b> |
| 2015         |              |                |              |                 |                 |
| TNMAC        | 20,4         | 211,9          | 118,4        | 3.538,1         | <b>3.888,9</b>  |
| TNMBC        | 20,7         | 406,3          | 176,6        | 3.124,3         | <b>3.727,9</b>  |
| TMAC         | 357,7        | 556,0          | 258,9        | 5.383,7         | <b>6.556,2</b>  |
| TMBC         | 337,9        | 575,3          | 179,0        | 2.511,1         | <b>3.603,3</b>  |
| <b>TOTAL</b> | <b>736,8</b> | <b>1.749,4</b> | <b>732,9</b> | <b>14.557,2</b> | <b>17.776,3</b> |
| Dif.         |              |                |              |                 |                 |
| TNMAC        | -0,8         | -15,2          | 2,8          | -8,4            | <b>-21,7</b>    |
| TNMBC        | -3,2         | 3,7            | -22,3        | -92,0           | <b>-113,7</b>   |
| TMAC         | -31,9        | -46,5          | -18,1        | -68,3           | <b>-164,8</b>   |
| TMBC         | 17,4         | -16,4          | -10,5        | -234,7          | <b>-244,2</b>   |
| <b>TOTAL</b> | <b>-18,5</b> | <b>-74,4</b>   | <b>-48,0</b> | <b>-403,5</b>   | <b>-544,3</b>   |
| Crec. %      |              |                |              |                 |                 |
| TNMAC        | -3,9%        | -6,7%          | 2,4%         | -0,2%           | <b>-0,6%</b>    |
| TNMBC        | -13,2%       | 0,9%           | -11,2%       | -2,9%           | <b>-3,0%</b>    |
| TMAC         | -8,2%        | -7,7%          | -6,5%        | -1,3%           | <b>-2,5%</b>    |
| TMBC         | 5,4%         | -2,8%          | -5,5%        | -8,5%           | <b>-6,3%</b>    |
| <b>TOTAL</b> | <b>-2,4%</b> | <b>-4,1%</b>   | <b>-6,1%</b> | <b>-2,7%</b>    | <b>-3,0%</b>    |

Fuente: Elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.

**Tabla A.3. Descomposición del cambio en la estructura ocupacional/sectorial en relación con los cambios educativos**

|                       | 2011          | 2015          | Variación | Valores        |                | Distribución - Valor absoluto (%)     |                            |
|-----------------------|---------------|---------------|-----------|----------------|----------------|---------------------------------------|----------------------------|
|                       | %             | %             |           | Efecto interno | Efecto externo | Efecto Interno (Sectores/ocupaciones) | Efecto Externo (Educación) |
| TNMAC Agricultura     | 0,1%          | 0,1%          | 0,01      | 0,000          | 0,000          | 57,2%                                 | 42,8%                      |
| TNMAC Industria       | 1,2%          | 1,2%          | 0,04      | -0,001         | 0,001          | 61,9%                                 | 38,1%                      |
| TNMAC Construcción    | 0,7%          | 0,6%          | -0,05     | 0,000          | 0,000          | 21,1%                                 | 78,9%                      |
| TNMAC Servicios       | 19,9%         | 19,4%         | -0,03     | -0,009         | 0,015          | 38,6%                                 | 61,4%                      |
| TNMBC Agricultura     | 0,1%          | 0,1%          | 0,12      | 0,000          | 0,000          | 89,3%                                 | 10,7%                      |
| TNMBC Industria       | 2,3%          | 2,2%          | -0,04     | 0,000          | 0,001          | 8,1%                                  | 91,9%                      |
| TNMBC Construcción    | 1,0%          | 1,1%          | 0,09      | -0,001         | 0,000          | 75,4%                                 | 24,6%                      |
| TNMBC Servicios       | 17,6%         | 17,6%         | 0,00      | -0,007         | 0,007          | 49,3%                                 | 50,7%                      |
| TMAC Agricultura      | 2,0%          | 2,1%          | 0,06      | 0,001          | -0,002         | 28,5%                                 | 71,5%                      |
| TMAC Industria        | 3,1%          | 3,3%          | 0,05      | -0,001         | -0,001         | 44,9%                                 | 55,1%                      |
| TMAC Construcción     | 1,5%          | 1,5%          | 0,04      | -0,001         | 0,000          | 97,0%                                 | 3,0%                       |
| TMAC Servicios        | 30,3%         | 29,8%         | -0,02     | 0,012          | -0,007         | 63,7%                                 | 36,3%                      |
| TMBC Agricultura      | 1,9%          | 1,7%          | -0,08     | 0,004          | -0,003         | 61,1%                                 | 38,9%                      |
| TMBC Industria        | 3,2%          | 3,2%          | 0,00      | 0,001          | -0,001         | 51,2%                                 | 48,8%                      |
| TMBC Construcción     | 1,0%          | 1,0%          | 0,03      | 0,000          | 0,000          | 97,4%                                 | 2,6%                       |
| TMBC Servicios        | 14,1%         | 15,0%         | 0,06      | 0,002          | -0,010         | 14,9%                                 | 85,1%                      |
| <b>TOTAL-PROMEDIO</b> | <b>100,0%</b> | <b>100,0%</b> | -         | -              | -              | <b>53,7%</b>                          | <b>46,3%</b>               |

Fuente: Elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.  
Sombreados efectos por encima del total

**Tabla A.4. Modelos de probabilidad *logit* sobre la probabilidad de esta empleado en una ocupación manual frente a no manual. Años de estudio**

|                   | 2011   |            |          | 2012   |            |          | 2013   |            |          | 2014   |            |          | 2015   |            |          |
|-------------------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|
|                   | Coef.  | Odds ratio | P>z      |
| mujer             | -0,382 | 0,683      | 0,000*** | -0,370 | 0,691      | 0,000*** | -0,393 | 0,675      | 0,000*** | -0,389 | 0,678      | 0,000*** | -0,376 | 0,687      | 0,000*** |
| edadQ2            | 0,988  | 2,687      | 0,000*** | 0,923  | 2,517      | 0,000*** | 1,077  | 2,937      | 0,000*** | 0,832  | 2,297      | 0,000*** | 0,865  | 2,376      | 0,000*** |
| edadQ3            | 0,740  | 2,097      | 0,000*** | 0,662  | 1,939      | 0,000*** | 0,866  | 2,378      | 0,000*** | 0,783  | 2,187      | 0,000*** | 0,699  | 2,012      | 0,000*** |
| edadQ4            | 0,745  | 2,105      | 0,000*** | 0,671  | 1,957      | 0,000*** | 0,847  | 2,332      | 0,000*** | 0,708  | 2,030      | 0,000*** | 0,600  | 1,823      | 0,000*** |
| edadQ5            | 0,717  | 2,049      | 0,000*** | 0,636  | 1,888      | 0,000*** | 0,806  | 2,239      | 0,000*** | 0,686  | 1,987      | 0,000*** | 0,608  | 1,837      | 0,000*** |
| edadQ6            | 0,631  | 1,880      | 0,000*** | 0,566  | 1,762      | 0,000*** | 0,755  | 2,128      | 0,000*** | 0,616  | 1,852      | 0,000*** | 0,586  | 1,797      | 0,000*** |
| edadQ7            | 0,569  | 1,766      | 0,000*** | 0,527  | 1,694      | 0,000*** | 0,674  | 1,963      | 0,000*** | 0,527  | 1,693      | 0,000*** | 0,496  | 1,643      | 0,000*** |
| edadQ8            | 0,326  | 1,385      | 0,000*** | 0,301  | 1,351      | 0,001*** | 0,462  | 1,587      | 0,000*** | 0,313  | 1,367      | 0,000*** | 0,337  | 1,401      | 0,000*** |
| edadQ9            | 0,047  | 1,048      | 0,563    | -0,058 | 0,944      | 0,529    | 0,085  | 1,089      | 0,384    | 0,092  | 1,097      | 0,311    | 0,178  | 1,195      | 0,058*   |
| edadQ10           | -0,058 | 0,944      | 0,505    | -0,070 | 0,932      | 0,471    | 0,143  | 1,153      | 0,163    | -0,024 | 0,976      | 0,802    | 0,044  | 1,045      | 0,652    |
| casado            | -0,040 | 0,961      | 0,019**  | -0,055 | 0,946      | 0,002*** | -0,102 | 0,903      | 0,000*** | -0,114 | 0,892      | 0,000*** | -0,068 | 0,935      | 0,000*** |
| Nac. Española     | 1,615  | 5,030      | 0,000*** | 1,533  | 4,631      | 0,000*** | 1,601  | 4,957      | 0,000*** | 1,461  | 4,310      | 0,000*** | 1,281  | 3,601      | 0,000*** |
| Años de estudios  | -0,501 | 0,606      | 0,000*** | -0,507 | 0,602      | 0,000*** | -0,524 | 0,592      | 0,000*** | -0,519 | 0,595      | 0,000*** | -0,513 | 0,599      | 0,000*** |
| Contrato temporal | 0,057  | 1,058      | 0,009*** | 0,132  | 1,141      | 0,000*** | 0,147  | 1,158      | 0,000*** | 0,183  | 1,201      | 0,000*** | 0,239  | 1,270      | 0,000*** |
| Jornada parcial   | 0,599  | 1,821      | 0,000*** | 0,573  | 1,773      | 0,000*** | 0,585  | 1,794      | 0,000*** | 0,610  | 1,840      | 0,000*** | 0,620  | 1,859      | 0,000*** |
| Construcción      | 0,378  | 1,459      | 0,000*** | 0,294  | 1,342      | 0,000*** | 0,401  | 1,493      | 0,000*** | 0,445  | 1,560      | 0,000*** | 0,467  | 1,595      | 0,000*** |
| Nuevos empleados  | 0,338  | 1,403      | 0,000*** | 0,324  | 1,382      | 0,000*** | 0,286  | 1,331      | 0,000*** | 0,259  | 1,295      | 0,000*** | 0,277  | 1,319      | 0,000*** |

|                     |        |         |          |        |         |          |        |         |          |        |         |          |        |         |          |
|---------------------|--------|---------|----------|--------|---------|----------|--------|---------|----------|--------|---------|----------|--------|---------|----------|
| Nuevos<br>empleados | 0,338  | 1,403   | 0,000*** | 0,324  | 1,382   | 0,000*** | 0,286  | 1,331   | 0,000*** | 0,259  | 1,295   | 0,000*** | 0,277  | 1,319   | 0,000*** |
| ccaaD2              | 0,075  | 1,078   | 0,039**  | 0,010  | 1,010   | 0,784    | 0,008  | 1,008   | 0,837    | -0,046 | 0,955   | 0,244    | 0,033  | 1,033   | 0,394    |
| ccaaD3              | 0,263  | 1,301   | 0,000*** | 0,312  | 1,366   | 0,000*** | 0,280  | 1,323   | 0,000*** | 0,187  | 1,206   | 0,000*** | 0,363  | 1,438   | 0,000*** |
| ccaaD4              | -0,330 | 0,719   | 0,000*** | -0,255 | 0,775   | 0,000*** | -0,346 | 0,708   | 0,000*** | -0,307 | 0,735   | 0,000*** | -0,333 | 0,717   | 0,000*** |
| ccaaD5              | 0,023  | 1,023   | 0,522    | -0,012 | 0,989   | 0,769    | 0,021  | 1,021   | 0,602    | 0,137  | 1,146   | 0,001*** | 0,091  | 1,095   | 0,024**  |
| ccaaD6              | 0,392  | 1,480   | 0,000*** | 0,298  | 1,347   | 0,000*** | 0,320  | 1,377   | 0,000*** | 0,278  | 1,320   | 0,000*** | 0,341  | 1,406   | 0,000*** |
| ccaaD7              | 0,270  | 1,309   | 0,000*** | 0,242  | 1,274   | 0,000*** | 0,217  | 1,243   | 0,000*** | 0,327  | 1,386   | 0,000*** | 0,269  | 1,309   | 0,000*** |
| ccaaD8              | -0,112 | 0,894   | 0,000*** | -0,041 | 0,960   | 0,194    | -0,049 | 0,952   | 0,126    | -0,091 | 0,913   | 0,005*** | 0,002  | 1,002   | 0,955    |
| ccaaD9              | -0,357 | 0,700   | 0,000*** | -0,365 | 0,694   | 0,000*** | -0,381 | 0,683   | 0,000*** | -0,295 | 0,745   | 0,000*** | -0,319 | 0,727   | 0,000*** |
| ccaaD10             | -0,036 | 0,964   | 0,206    | -0,079 | 0,924   | 0,011**  | -0,061 | 0,941   | 0,050*   | -0,037 | 0,963   | 0,228    | -0,067 | 0,935   | 0,031**  |
| ccaaD11             | 0,095  | 1,100   | 0,009*** | 0,070  | 1,073   | 0,079*   | 0,026  | 1,027   | 0,533    | 0,049  | 1,051   | 0,237    | 0,074  | 1,077   | 0,070*   |
| ccaaD12             | 0,190  | 1,209   | 0,000*** | 0,168  | 1,183   | 0,000*** | 0,180  | 1,197   | 0,000*** | 0,201  | 1,223   | 0,000*** | 0,188  | 1,207   | 0,000*** |
| ccaaD13             | -0,565 | 0,569   | 0,000*** | -0,718 | 0,488   | 0,000*** | -0,682 | 0,505   | 0,000*** | -0,603 | 0,547   | 0,000*** | -0,518 | 0,595   | 0,000*** |
| ccaaD14             | -0,146 | 0,864   | 0,000*** | -0,126 | 0,881   | 0,002*** | -0,047 | 0,954   | 0,263    | 0,094  | 1,098   | 0,020**  | 0,084  | 1,087   | 0,043**  |
| ccaaD15             | 0,291  | 1,337   | 0,000*** | 0,337  | 1,401   | 0,000*** | 0,339  | 1,404   | 0,000*** | 0,294  | 1,342   | 0,000*** | 0,162  | 1,175   | 0,000*** |
| ccaaD16             | 0,322  | 1,379   | 0,000*** | 0,207  | 1,230   | 0,000*** | 0,191  | 1,210   | 0,000*** | 0,238  | 1,269   | 0,000*** | 0,296  | 1,344   | 0,000*** |
| ccaaD17             | 0,093  | 1,098   | 0,053*   | 0,001  | 1,001   | 0,987    | 0,120  | 1,127   | 0,013**  | 0,171  | 1,186   | 0,000*** | 0,153  | 1,165   | 0,001*** |
| Constante           | 6,133  | 460,784 | 0,000*** | 6,351  | 572,921 | 0,000*** | 6,493  | 660,407 | 0,000*** | 6,566  | 710,209 | 0,000*** | 6,497  | 663,172 | 0,000*** |

|                       | 2011      | 2012      | 2013      | 2014      | 2015      |
|-----------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Observaciones         | 203.875   | 193.441   | 187.039   | 188.509   | 189.558   |
| Log pseudolikelihood  | -6833,788 | -6509,305 | -6200,489 | -6441,006 | -6734,204 |
| Pseudo R <sup>2</sup> | 0,344     | 0,343     | 0,352     | 0,337     | 0,329     |

\*\*\* Significativo bajo una probabilidad del 99% \*\* Significativo bajo una probabilidad del 95%. Dentro de cada variable independiente la categoría de referencia es la categoría omitida.

Fuente: Elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015.

**Tabla A.5. Modelos de probabilidad *logit* sobre la probabilidad de esta empleado en una ocupación manual frente a no manual. Niveles de estudio**

|                   | 2011   |            |          | 2012   |            |          | 2013   |            |          | 2014   |            |          | 2015   |            |          |
|-------------------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|--------|------------|----------|
|                   | Coef.  | Odds ratio | P>z      |
| mujer             | -0,405 | 0,667      | 0,000*** | -0,398 | 0,672      | 0,000*** | -0,423 | 0,655      | 0,000*** | -0,412 | 0,662      | 0,000*** | -0,402 | 0,669      | 0,000*** |
| edadQ2            | 0,845  | 2,327      | 0,000*** | 0,751  | 2,120      | 0,000*** | 0,896  | 2,450      | 0,000*** | 0,661  | 1,937      | 0,000*** | 0,699  | 2,012      | 0,000*** |
| edadQ3            | 0,628  | 1,874      | 0,000*** | 0,509  | 1,663      | 0,000*** | 0,730  | 2,075      | 0,000*** | 0,664  | 1,943      | 0,000*** | 0,581  | 1,788      | 0,000*** |
| edadQ4            | 0,617  | 1,854      | 0,000*** | 0,519  | 1,681      | 0,000*** | 0,714  | 2,043      | 0,000*** | 0,590  | 1,805      | 0,000*** | 0,490  | 1,632      | 0,000*** |
| edadQ5            | 0,599  | 1,820      | 0,000*** | 0,479  | 1,614      | 0,000*** | 0,668  | 1,950      | 0,000*** | 0,562  | 1,754      | 0,000*** | 0,492  | 1,635      | 0,000*** |
| edadQ6            | 0,524  | 1,688      | 0,000*** | 0,429  | 1,536      | 0,000*** | 0,632  | 1,882      | 0,000*** | 0,507  | 1,660      | 0,000*** | 0,485  | 1,625      | 0,000*** |
| edadQ7            | 0,474  | 1,606      | 0,000*** | 0,392  | 1,481      | 0,000*** | 0,567  | 1,763      | 0,000*** | 0,441  | 1,554      | 0,000*** | 0,412  | 1,510      | 0,000*** |
| edadQ8            | 0,268  | 1,307      | 0,000*** | 0,205  | 1,227      | 0,014**  | 0,385  | 1,470      | 0,000*** | 0,264  | 1,303      | 0,001*** | 0,275  | 1,316      | 0,001*** |
| edadQ9            | 0,055  | 1,057      | 0,468    | -0,090 | 0,914      | 0,288    | 0,052  | 1,053      | 0,579    | 0,071  | 1,074      | 0,390    | 0,151  | 1,163      | 0,084*   |
| edadQ10           | 0,076  | 1,078      | 0,347    | -0,037 | 0,964      | 0,679    | 0,173  | 1,189      | 0,072*   | 0,025  | 1,025      | 0,772    | 0,087  | 1,091      | 0,333    |
| casado            | -0,021 | 0,979      | 0,209    | -0,040 | 0,960      | 0,020**  | -0,094 | 0,910      | 0,000*** | -0,108 | 0,898      | 0,000*** | -0,055 | 0,946      | 0,001*** |
| Nac. Española     | 1,553  | 4,723      | 0,000*** | 1,470  | 4,349      | 0,000*** | 1,550  | 4,712      | 0,000*** | 1,406  | 4,081      | 0,000*** | 1,222  | 3,395      | 0,000*** |
| E. Secundaria     | 1,587  | 4,888      | 0,000*** | 1,709  | 5,523      | 0,000*** | 1,691  | 5,427      | 0,000*** | 1,628  | 5,094      | 0,000*** | 1,688  | 5,408      | 0,000*** |
| E. Superiores     | -2,556 | 0,078      | 0,000*** | -2,533 | 0,079      | 0,000*** | -2,617 | 0,073      | 0,000*** | -2,571 | 0,076      | 0,000*** | -2,531 | 0,080      | 0,000*** |
| Contrato temporal | 0,079  | 1,082      | 0,000*** | 0,159  | 1,172      | 0,000*** | 0,164  | 1,178      | 0,000*** | 0,199  | 1,221      | 0,000*** | 0,267  | 1,306      | 0,000*** |
| Jornada parcial   | 0,622  | 1,862      | 0,000*** | 0,598  | 1,818      | 0,000*** | 0,619  | 1,857      | 0,000*** | 0,641  | 1,899      | 0,000*** | 0,648  | 1,911      | 0,000*** |
| Construcción      | 0,451  | 1,570      | 0,000*** | 0,347  | 1,415      | 0,000*** | 0,447  | 1,564      | 0,000*** | 0,488  | 1,630      | 0,000*** | 0,540  | 1,716      | 0,000*** |
| Nuevos empleados  | 0,357  | 1,429      | 0,000*** | 0,336  | 1,400      | 0,000*** | 0,308  | 1,360      | 0,000*** | 0,281  | 1,325      | 0,000*** | 0,291  | 1,338      | 0,000*** |
| ccaaD2            | 0,011  | 1,011      | 0,763    | -0,049 | 0,952      | 0,202    | -0,050 | 0,951      | 0,203    | -0,102 | 0,903      | 0,010**  | -0,007 | 0,993      | 0,863    |
| ccaaD3            | 0,209  | 1,232      | 0,000*** | 0,252  | 1,287      | 0,000*** | 0,216  | 1,241      | 0,000*** | 0,127  | 1,135      | 0,002*** | 0,297  | 1,346      | 0,000*** |
| ccaaD4            | -0,333 | 0,717      | 0,000*** | -0,275 | 0,760      | 0,000*** | -0,365 | 0,694      | 0,000*** | -0,282 | 0,754      | 0,000*** | -0,318 | 0,727      | 0,000*** |
| ccaaD5            | 0,011  | 1,011      | 0,753    | -0,005 | 0,995      | 0,905    | 0,011  | 1,011      | 0,772    | 0,128  | 1,137      | 0,001*** | 0,087  | 1,091      | 0,027**  |

|           |        |       |          |        |       |          |        |       |          |        |       |          |        |       |          |
|-----------|--------|-------|----------|--------|-------|----------|--------|-------|----------|--------|-------|----------|--------|-------|----------|
| ccaaD6    | 0,327  | 1,386 | 0,000*** | 0,240  | 1,272 | 0,000*** | 0,260  | 1,297 | 0,000*** | 0,206  | 1,229 | 0,000*** | 0,281  | 1,325 | 0,000*** |
| ccaaD7    | 0,226  | 1,253 | 0,000*** | 0,195  | 1,215 | 0,000*** | 0,159  | 1,173 | 0,000*** | 0,281  | 1,325 | 0,000*** | 0,237  | 1,268 | 0,000*** |
| ccaaD8    | -0,114 | 0,892 | 0,000*** | -0,030 | 0,971 | 0,337    | -0,047 | 0,954 | 0,134    | -0,097 | 0,907 | 0,002*** | -0,007 | 0,993 | 0,815    |
| ccaaD9    | -0,381 | 0,683 | 0,000*** | -0,375 | 0,687 | 0,000*** | -0,392 | 0,675 | 0,000*** | -0,306 | 0,737 | 0,000*** | -0,323 | 0,724 | 0,000*** |
| ccaaD10   | -0,036 | 0,964 | 0,199    | -0,067 | 0,936 | 0,029**  | -0,056 | 0,946 | 0,067*   | -0,044 | 0,957 | 0,151    | -0,067 | 0,936 | 0,029**  |
| ccaaD11   | 0,130  | 1,139 | 0,000*** | 0,116  | 1,123 | 0,003*** | 0,071  | 1,073 | 0,079*   | 0,091  | 1,095 | 0,024**  | 0,110  | 1,117 | 0,005*** |
| ccaaD12   | 0,168  | 1,183 | 0,000*** | 0,151  | 1,163 | 0,000*** | 0,171  | 1,186 | 0,000*** | 0,188  | 1,207 | 0,000*** | 0,179  | 1,196 | 0,000*** |
| ccaaD13   | -0,629 | 0,533 | 0,000*** | -0,775 | 0,461 | 0,000*** | -0,750 | 0,472 | 0,000*** | -0,670 | 0,512 | 0,000*** | -0,579 | 0,560 | 0,000*** |
| ccaaD14   | -0,147 | 0,863 | 0,000*** | -0,121 | 0,886 | 0,002*** | -0,030 | 0,970 | 0,460    | 0,091  | 1,095 | 0,020**  | 0,075  | 1,078 | 0,063*   |
| ccaaD15   | 0,245  | 1,277 | 0,000*** | 0,290  | 1,336 | 0,000*** | 0,294  | 1,342 | 0,000*** | 0,255  | 1,290 | 0,000*** | 0,132  | 1,141 | 0,002*** |
| ccaaD16   | 0,262  | 1,299 | 0,000*** | 0,151  | 1,163 | 0,000*** | 0,139  | 1,149 | 0,000*** | 0,188  | 1,207 | 0,000*** | 0,246  | 1,279 | 0,000*** |
| ccaaD17   | 0,048  | 1,049 | 0,318    | -0,043 | 0,958 | 0,359    | 0,090  | 1,094 | 0,059*   | 0,132  | 1,142 | 0,005*** | 0,117  | 1,124 | 0,014**  |
| Constante | 0,762  | 2,142 | 0,000*** | 0,918  | 2,505 | 0,000*** | 0,861  | 2,364 | 0,000*** | 0,961  | 2,614 | 0,000*** | 0,931  | 2,536 | 0,000*** |

|                       | 2011      | 2012      | 2013      | 2014      | 2015      |
|-----------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Observaciones         | 203.875   | 193.441   | 187.039   | 188.509   | 189.558   |
| Log pseudolikelihood  | -7028,974 | -6710,569 | -6389,151 | -6389,151 | -6927,753 |
| Pseudo R <sup>2</sup> | 0,325     | 0,322     | 0,332     | 0,316     | 0,310     |

\*\*\* Significativo bajo una probabilidad del 99% \*\* Significativo bajo una probabilidad del 95%. Dentro de cada variable independiente la categoría de referencia es la categoría omitida.

Fuente: Elaboración propia sobre datos de la EPA, medias anuales 2011 y 2015



---

Comentarios de Jurisprudencia



## DERECHO DE HUELGA Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

*Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2016, de 14 de abril*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El propietario de un pub en la provincia de Albacete, como consecuencia de la acción de un piquete informativo durante la huelga general convocada el 29 de septiembre de 2010, interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de indemnización por culpa extracontractual por daños materiales y por lesiones y por daños materiales por lucro cesante derivados del cierre del local que decidió mantener abierto durante la jornada de huelga, una vez que había sido archivada la demanda penal interpuesta por los mismos hechos. El Juzgado de Primera Instancia de Albacete nº 5 estimó la demanda en su totalidad y condenó a uno de los miembros del piquete, calificado como líder del mismo por portar un megáfono, al pago de una cantidad significativa en compensación de los daños causados. Esta condena responde no sólo a la imputación, al ahora demandante en amparo, de los daños ocasionados por él sino también por los que, a juicio del tribunal, no queda acreditada su directa autoría. El trabajador interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, tras admitirlo a trámite, sólo le concede el amparo parcialmente. En concreto, este Tribunal diferencia entre el supuesto de la responsabilidad por los daños que le son directamente imputables y aquellos otros que, según el propio tribunal de instancia reconocía, no queda constatada su autoría personal.

**RESUMEN:** El Tribunal Constitucional tiene ocasión, como en reiteradas ocasiones se manifiesta en la propia sentencia, de pronunciarse por primera vez sobre un supuesto de responsabilidad civil extracontractual tanto por daños personales y materiales consecuencia de una huelga como por el lucro cesante derivado de la acción de un piquete informativo. Como es sabido, en los últimos tiempos el derecho de huelga se encuentra seriamente cuestionado a

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

través del incremento del rigor a la hora de atribuir a los trabajadores huelguistas responsabilidad penal y administrativa. En la presente resolución, esta responsabilidad se ve incrementada al permitir la atribución a los trabajadores participantes en una huelga de los daños por lucro cesante que la huelga ocasiona. Se abre, pues, una peligrosa puerta que puede llevar a hacer inoperante el desarrollo de este derecho fundamental toda vez que, difícilmente, pueden existir huelgas en las que no se produzca este tipo de daños. Esta circunstancia es la que provoca el tenor de los votos particulares firmados por tres de los magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional. No obstante, la exclusión de responsabilidad de los daños personales y materiales por no estar acreditada la autoría del recurrente, también es cuestionada por el otro voto particular con que cuenta esta sentencia.

#### ÍNDICE

1. CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA
2. LIMITACIONES INHABILITANTES DEL DERECHO DE HUELGA: A PROPÓSITO DEL VOTO PARTICULAR
3. UN PASO MÁS ALLÁ: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA IMPROPIA Y DERECHO DE HUELGA
4. CONCLUSIONES: UN NUEVO PASO EN LA PÉRDIDA DE EFICACIA DEL DERECHO DE HUELGA

## 1. CULPA EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

La STCo. 69/2016, de 14 de abril, se autodefine como la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional entra a valorar la posibilidad de atribuir responsabilidad civil extracontractual a los miembros de un piquete informativo. Es decir, que su trascendencia es evidente en la definición de nuevos límites al ejercicio de derecho de huelga.

El ejercicio del derecho de huelga se ha visto sacudido en los últimos años por importantes limitaciones. En algunas ocasiones, a través de normas que si bien no hacen directamente referencia a la huelga, sí que condicionan significativamente su normal discurrir, especialmente, cuando la misma necesite su exteriorización fuera de los límites empresariales. En concreto, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, son posibles sanciones muy cuantiosas por comportamientos que, dado lo genérico de su definición (art. 36 y 37), pueden concurrir fácilmente durante dicha exteriorización del derecho de huelga. Especialmente significativos serán, en este sentido, los supuestos de desarrollo de huelgas generales.

Junto a este límite externo al derecho de huelga, también durante la última década, se ha producido la reactivación del art. 315.3 del CP. En concreto, también como reacción a las huelgas generales, se multiplicaron las condenas a integrantes de piquetes. A través de la LO 3/15, de 30 de marzo, se reformó dicho

precepto para graduar la pena e impedir, de este modo, que la misma significara siempre el ingreso en prisión de los trabajadores que fueran condenados por las coacciones descritas en dicho precepto.

Pues bien, como se encarga de precisar el propio Tribunal Constitucional en la actual sentencia, ahora se trata de juzgar la constitucionalidad de una nueva limitación. En esta ocasión, el límite viene impuesto por la posibilidad de que los integrantes de un piquete incurran en un supuesto de responsabilidad civil como consecuencia de la acción del mismo.

Para contextualizar la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, hemos de partir de la sentencia de instancia de que trae causa. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia condenó a un integrante de un piquete de huelga, calificado como dirigente o líder del mismo porque portaba un megáfono, a abonar una cantidad económica como consecuencia de dos tipos de hechos. Por una parte, por los daños causados en el local y en la persona del denunciante como consecuencia de la entrada del piquete en su establecimiento. En segundo lugar, también se le condena por el lucro cesante ocasionado tras el cierre no voluntario del empresario del sector de ocio nocturno.

En el primero de los casos, la condena se produce aunque no queda acreditada la participación del condenado en los hechos que ocasionan el daño, siendo consecuencia, exclusivamente, del supuesto carácter de líder que concurre en tal trabajador. Por el contrario, en el supuesto de lucro cesante, conforme a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sí queda acreditada, a su juicio, la relación directa entre el supuesto daño ocasionado y el comportamiento del condenado, dado que la Policía recogió en el correspondiente informe que el ahora demandante en amparo profirió insultos contra el propietario del pub.

Para llegar a la primera de las imputaciones, la Sentencia aplica al caso la doctrina jurisprudencial desarrollada respecto a la responsabilidad civil de los sindicatos en el ámbito penal, a pesar de que este no es un proceso penal y que tampoco queda acreditada la relación de sindicato alguno en los hechos descritos. Para poder atribuir dicha responsabilidad penal a las organizaciones sindicales, se ha exigido una relación de dependencia entre el causante del daño y la persona individual bajo cuya autoridad se halla. Dado que de los hechos no se desprende esta relación entre los causantes no identificados del daño y el condenado, el Juzgado aboga por la necesidad de interpretar flexiblemente la misma. Tan flexible termina siendo su interpretación que basta con que el trabajador condenado no se opusiera a los actos que causaron el daño y que portara un altavoz, lo que a juicio del Tribunal denota una jerarquía respecto al resto de los miembros del piquete.

En cuanto al segundo de los supuestos, según el Juzgado a quo, queda acredita la autoría del trabajador dado que los agentes recogieron en su atestado que éste discutió acaloradamente con el propietario del establecimiento. Es decir, según el Juzgado dicha discusión fue la causa del cierre del establecimiento y, por tanto, también del lucro cesante. En este caso, por tanto, se trataría de una responsabilidad por actos propios.

Estas responsabilidades no pueden estar justificadas, a juicio de este Juzgado, por el legítimo ejercicio del derecho de huelga, dado que este «no comprende la posibilidad de ejercer violencia sobre los trabajadores, incluso la violencia moral, de alcance intimatorio o coactivo». Y ello a pesar de que en ningún momento se constatará la presencia de trabajadores en el pub que desearan no secundar la huelga general, lo que sí ocurre en las sentencias citadas para respaldar su posición.

Pues bien, el Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo tras el informe emitido por el Ministerio Fiscal claramente crítico con el tenor de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En concreto, según el Ministerio Público, no se ha valorado convenientemente el hecho de que la participación en un piquete informativo constituye una parte significativa del ejercicio legítimo del derecho de huelga. En concreto, conforme a la doctrina del propio Tribunal Constitucional, dichos piquetes están legitimados para realizar tareas de información, propaganda y persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo.

Asimismo, la admisión de la responsabilidad del recurrente sobre las lesiones sufridas por el propietario del pub sin quedar acredita su concreta participación en las mismas, conllevaría una inasumible responsabilidad cuasi-objetiva basada en la creación del riesgo. Por el contrario, el Ministerio Fiscal entiende que no puede entenderse como sobrepasados los límites constitucionales del ejercicio legítimo de huelga. Por último, no considera admisible la traslación automática de la doctrina jurisprudencial elaborada respecto de la responsabilidad civil subsidiaria de sindicatos en el caso de la condena de sus afiliados como autores del delito tipificado en el art. 315 CP. Según el Ministerio Público, las situaciones son sustancialmente diferentes, dado que en este caso no se trata de un supuesto de responsabilidad civil subsidiario ex delicto, sino de responsabilidad civil directa del demandante de amparo, y que la relación de dependencia exigida por la doctrina jurisprudencial no puede predicarse de quien asume, de hecho, la condición de líder del piquete de huelga.

En definitiva, el Pleno del Tribunal Constitucional habría de haber valorado, básicamente, si la atribución de responsabilidad civil extracontractual a los

integrantes de un piquete constituye una medida desproporcionada que conlleve un efecto disuasorio o desalentador del derecho de huelga. En segundo lugar, si es posible extraer dicha responsabilidad del sólo hecho de la participación del trabajador en un piquete informativo que generó unos determinados daños.

Comienza su razonamiento el Tribunal describiendo su doctrina anterior sobre los límites del derecho de huelga para lo que trae literalmente a colación una serie de Autos en los que, básicamente, viene a mantenerse que el derecho de huelga no comprende la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimatorio o coactivo: «En definitiva, como síntesis de nuestra doctrina constitucional en la materia, cabe concluir que el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, siendo obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga». De nuevo, pues, se apela al derecho de los trabajadores no huelguistas a pesar de que, en el caso en cuestión, no se menciona en los hechos probados, en ningún momento, que hubiera trabajadores implicados.

Una vez descrita la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional afirma, a modo de premisa para poder entrar a valorar la posibilidad de extender la responsabilidad civil extracontractual que, según los hechos probados, el piquete se extralimitó. No se pueden considerar incluidas en el derecho fundamental a la huelga las conductas descritas en el supuesto de hecho y, por tanto, pueden dar lugar al nacimiento de dicha responsabilidad, siempre que concurren los requisitos descritos a continuación por el Tribunal Constitucional.

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional realiza un recorrido altamente interesado por su propia jurisprudencia. De manera que se detiene considerablemente en aquellos Autos de los que puede extraer un apoyo a su fallo, obviando sentencias, incluso más recientes, de las que no le interesa extraer tales conclusiones. En concreto, habría que recordar la no tan lejana STCo. 104/11, de 20 de junio. En ésta se volvió hacia la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desarrollada desde la ya lejana STCo 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, los límites y extensión del derecho fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflicto de este derecho. Se obvia la doctrina de la STCo. 104/11 a la que ni tan siquiera se cita y se retoma el razonamiento del voto particular que, en aquella ocasión, emitió el ahora ponente de la Sentencia comentada: negar, con una falta absoluta de ponderación de las limitaciones que la huelga implica, el carácter de huelga. En aquella ocasión, se resaltó como elemento básico la necesidad de determinar la conexión entre la conducta de los trabajadores y el ejercicio del derecho de huelga, así como que

el derecho penal no puede suponer, por el exceso de rigor en su aplicación, un desincentivo para el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Una vez negada la posibilidad de calificar como huelga los hechos enjuiciados, se encuentra desembarazado de cualquier referencia al derecho fundamental de huelga a la hora de precisar la posibilidad de imputar responsabilidad civil extracontractual al denominado genéricamente como líder del piquete. Para ello, continúa diferenciando entre los dos supuestos separados por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia: la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños materiales y personales de la actuación del piquete; y, en segundo lugar, esa misma responsabilidad referida al lucro cesante generado como consecuencia del cierre del establecimiento.

**a) Culpa civil extracontractual y daños ocasionados de manera no individualizada**

En cuanto al primero de los supuestos, la clave está en determinar si es posible atribuir al trabajador los daños ocasionados por el piquete, aunque no haya quedado constatada su concreta participación en los mismos. Partiendo de que la normativa de huelga no establece una regla específica sobre el tema, el Ponente asume una suerte de misión de completar ese déficit.

Se parte, en primer lugar, de que la fijación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil y la determinación de ésta constituyen competencias propias de los tribunales ordinarios. No obstante, corresponden al Tribunal Constitucional revisar dicha fijación con el objetivo de constatar si la misma puede tener un efecto lesivo del contenido del derecho fundamental de huelga.

Tradicionalmente, tal enjuiciamiento de la culpa derivada de la actuación de piquetes había estado relacionada con la imputación de culpa penal o laboral. En cuanto a la primera, la constitución en su art. 25.1 consagra el principio de personalidad de la pena. Por ello, tal imputación solo es factible tras una individualización adecuada de los actos ilícitos y no mediante la imputación colectiva a un grupo de determinados actos penalmente reprochables, para condenar a cualquiera de ellos. Tras detallar esta doctrina, se proclama que dicho principio de personalidad de la pena no constituye una exigencia constitucional en el ámbito de imputación de la responsabilidad civil.

Tampoco son trasladables al supuesto de la responsabilidad civil la doctrina elaborada por el Constitucional en relación a la responsabilidad contractual de las acciones de los piquetes. En concreto, la necesidad de que se pondere y valore en

cada caso la gravedad de la conducta de cada uno de los sujetos participantes en los actos ilícitos, determinando, en su caso, si es merecedora de la sanción laboral. De modo que, sólo en el supuesto de que tal apreciación de legalidad hubiese sido claramente irrazonada, podría estar producida la vulneración constitucional y sustituirla por un criterio más ajustado (ATC 158/94, FJ 3).

Es decir, tanto en relación a la responsabilidad penal como civil es necesario, como requisito que protege el derecho fundamental de huelga, que la responsabilidad quede perfectamente individualizada no siendo suficiente con la prueba de que el trabajador individual participaba en el piquete. En la actual sentencia se viene a afirmar que ninguno de estos dos supuestos es extensible, automáticamente, al supuesto de la responsabilidad civil pero sí analógicamente conforme a los límites descritos por Tribunal Constitucional en esta sentencia.

La doctrina que se jacta de elaborar se preocupa, como hemos advertido, de diferenciar los dos supuestos de los que el trabajador fue responsabilizado. En cuanto a la primera, esto es, la responsabilidad por los daños materiales ocasionados por el piquete, constata que, en ningún momento, se puede acreditar la participación individualizada del trabajador. Sólo consta, por el contrario, la anuencia o consentimiento del acto dañoso, pero sin que conste acreditada ni su autoría material, ni tampoco que éste diera ninguna directriz para su comisión.

A juicio del Tribunal Constitucional, esta imputación de unos daños no ocasionados directamente por el trabajador recurrente podría suponer un menoscabo del derecho fundamental de huelga. Este derecho requiere que «la atribución de responsabilidad civil por daños derivados de actuación huelguística ilícita de un piquete violento, los órganos judiciales deben atender cuidadosamente a la conducta personal e individualizada de sus miembros en la producción del acto daño, de modo que, por sí sola, la condición de integrante e incluso líder del piquete no constituye título suficiente y constitucionalmente válido para que pueda imputarse tal responsabilidad».

Se concede el amparo al trabajador “líder” del piquete en este concreto supuesto creando, desde nuestro punto de vista, una falsa garantía. La única razón por la que el trabajador es exonerado de responder por los supuestos daños ocasionados es que no se constató su participación directa en los daños. Es decir, en sentido contrario, se abre la posibilidad de que, en supuestos semejantes, se impute con dicha responsabilidad a aquellos trabajadores respecto de los que sí conste su participación directa. Obviando, como hace la sentencia, el contexto

de conflicto consustancial a toda huelga e, incluso, el hecho no valorado por el parecer mayoritario del Pleno de que la “reyerta” fue iniciada por el empresario con su actitud también violenta contra los miembros del piquete.

**b) Responsabilidad civil por el lucro cesante generado por la acción del piquete**

En cuanto al segundo de los supuestos, la solución alcanzada por el Tribunal constitucional será justo la contraria: dado que el lucro cesante es consecuencia de la acción del piquete en su conjunto y quedó acreditada la participación del demandante en amparo en dicho piquete, este será responsable de dicho lucro cesante al igual que todos los trabajadores que, en su caso, hubieran sido identificados como integrantes del piquete para lo que se remite a la apreciación que, en su momento, hagan los tribunales ordinarios.

De la lectura del razonamiento del Tribunal Constitucional se desprenden en este punto dos conclusiones: la participación en un piquete convierte en acto propio todos los daños por lucro cesante que genere dicho piquete, puesto que, difícilmente se puede inferir la razón, en última instancia, que motivó dicho cierre.

En segundo lugar, el cierre del establecimiento tras la acción del piquete genera, en todo caso, un lucro cesante indemnizable, consecuencia de la falta de voluntad del empresario para el cierre. Se trata, por tanto, de un elemento siempre concurrente que alcanza su máxima expresión en el supuesto de imposibilidad de apertura como consecuencia de la falta de asistencia de los trabajadores durante la jornada de huelga. Es decir, toda huelga genera un lucro cesante que será indemnizarle si es posible demostrar la falta de voluntad del empresario en el cierre y la participación personal del demandado en el piquete que generó el cierre.

Evidentemente, tales conclusiones, a pesar de que el parecer mayoritario del Pleno afirma lo contrario, pueden suponer un importante desincentivo en aras a participar durante una huelga en los piquetes informativos, contenido esencial, recuérdese, del derecho fundamental de huelga. Esta es la razón por la que se dicta el voto particular que ahora analizamos.

**2. LIMITACIONES INHABILITANTES DEL DERECHO DE HUELGA: A PROPÓSITO DEL VOTO PARTICULAR**

El voto particular parte de la necesidad de valorar, en primer lugar, el efecto de desaliento que para el ejercicio del derecho fundamental de huelga puede suponer el ampliar la panoplia de responsabilidades que pueden concurrir durante

el ejercicio del mismo. Por el contrario, afirma el voto particular, ello no se ha tenido en cuenta suficientemente en el parecer mayoritario de la sala y se ha considerado aplicables reglas legales ordinarias como si no estuviera en juego aquel derecho fundamental.

Según el voto firmado por D. Fernando Valdés Dal-Ré y otros dos Magistrados, la mayoría de la sala ha renunciado a realizar una valoración de los hechos acreditados desde el prisma del derecho fundamental comprometido y la tutela que otorga.

En concreto, se mantiene en este Voto particular que «la Sentencia acepta que indicios tenuemente probatorios o inferencias débiles e indeterminadas como los que han sido cuestionados en este recurso se conviertan en un título subjetivo suficiente de imputación y den lugar a la responsabilidad de un huelguista, aunque no haya una conexión causal probada entre ese agente y el daño que ha sido objetivado. Se sanciona de ese modo no ya la participación en una huelga sino, lo que es más grave aún, la participación activa o directa en la medida de autotutela colectiva, esto es, la participación en una condición en la que se da una penetración adicional o expresión de mayor intensidad del derecho fundamental del art. 28.2».

Mantienen los Magistrados disidentes que el respeto del derecho fundamental de huelga requiere que, en la atribución de responsabilidad civil, los órganos judiciales atiendan siempre a dos elementos obligatoriamente concurrente:

- a) La conducta personal e individualizada en la producción del acto dañoso
- b) La necesaria contextualización de dicha conducta en un entorno de conflicto.

Aplicado al caso en cuestión, consideran que la condición de dirigente o líder de un piquete no constituye razón suficiente para que pueda imputarse tal responsabilidad, salvo que exista prueba que acredite subjetivamente la autoría y objetivamente el daño causado, así como indefectiblemente la desvinculación plena entre el daño ocasionado y el hecho huelguístico.

En relación a este último elemento, es preciso, mantiene el voto disidente, analizar la conducta de que se trate encuadrada en el contexto de conflicto que se desarrolla. «Explicar el conflicto que subyace en el curso de la huelga no es un acto ajeno al derecho; antes bien, se trata de su expresión primaria, inherente o congénita, conectada de forma patente y natural con el desarrollo de la media colectiva, entre cuyas facultades se encuentra no solo la de dar la publicidad

o proyección exterior a la misma, sino también la de recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición».

### **3. UN PASO MÁS ALLÁ: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA IMPROPIA Y DERECHO DE HUELGA**

En un sentido diametralmente opuesto se manifestó el segundo de los votos particulares interpuesto, en esta ocasión, por la Magistrada Roca Trías. En concreto, esta Magistrada entiende que no es admisible la exculpación del demandante en amparo respecto a los daños ocasionados en el establecimiento, aunque no haya quedada acreditada fehacientemente su autoría personal respecto de los mismos.

Para mantener semejante posicionamiento, parte de la crítica a la traslación, efectuada por la Sala, de la doctrina elaborada anteriormente por el Tribunal en relación a la responsabilidad penal y laboral derivada del ejercicio del derecho de huelga. Como recordamos, como consecuencia de tal traslación, se exigió, para poder imputar dicha responsabilidad, que se demostrara la participación directa del sujeto en el daño ocasionado.

Por el contrario, esta magistrada plantea la necesidad de aplicar la norma civil para salvar los vacíos ocasionados por la falta de una Ley Orgánica de huelga que regule, como hace la Ley reguladora del derecho de reunión, la responsabilidad solidaria de los organizadores de una manifestación que ocasione daños.

Según esta autora, como consecuencia de que se produjeron “actos violentos” el derecho de huelga decae totalmente. En segundo lugar, la actitud violenta e intimatoria del demandante de amparo es título suficiente para imputarle responsabilidad civil por los daños patrimoniales. Esta imputación no es la consecuencia de la traslación de la jurisprudencia constitucional en materia de responsabilidad penal o laboral en materia de derecho de huelga. «La norma general existe y es la que, como hizo el órgano judicial a quo, necesariamente ha de aplicarse a este supuesto. Todavía más: cabe recordar que las normas penales cumplen una función preventiva-punitiva, es decir, previenen y sancionan conductas reprochables tipificadas legalmente. Las normas civiles poseen exclusivamente una finalidad indemnizatoria de los daños producidos a los derechos fundamentales de los individuos y por ello se reparan daños personales y patrimoniales».

En concreto, termina reclamando la traslación del principio de solidaridad impropia, en virtud del cual se puede imputar la responsabilidad a cualquiera

de ellos o a todos por igual o por cuotas. Esta imputación es consecuencia, continua este voto disidente, de que la conducta de cualquiera de los miembros identificados del piquete es causalmente adecuada para originar los daños cuya reparación se reclama.

#### **4. CONCLUSIONES: UN NUEVO PASO EN LA PÉRDIDA DE EFICACIA DEL DERECHO DE HUELGA**

La consagración del derecho de huelga dentro de los derechos fundamentales fue el resultado de un proceso negociador de mutuas concesiones consecuencia de la relación de poderes existentes tras el fin del franquismo. El fuerte protagonismo del movimiento obrero en la lucha contra la dictadura permitió el amplio reconocimiento del derecho de huelga.

No obstante, en un contexto como el actual en el que aquella relación de fuerza se ha visto claramente alterada, el derecho de huelga es visto por ciertos sectores doctrinales y jurisprudenciales como un anacronismo del que es difícil desembarazarse. Es desde este punto de vista desde el que hay que entender los progresivos intentos de reducir el respaldo constitucional de este derecho por vías indirectas a la espera de una Ley de huelga, en un contexto, por otra parte, de cada vez menor número de huelgas.

El ejercicio de huelga, es una obviedad afirmarlo, no es un derecho absoluto y, por tanto, se encuentra sometido a limitaciones cuya superación puede dar lugar, en su caso, al nacimiento de ciertas responsabilidades. Sin embargo, la fijación de tales limitaciones está directamente relacionada con el contexto político y social existente. En la actualidad, tales límites pueden ser sintetizados como sigue.

En primer lugar, es posible incurrir en responsabilidad penal. Será necesario que se pueda individualizar la responsabilidad individual del sujeto en cuestión en la vulneración del bien jurídico que se ha visto afectado. Además, mantiene el Tribunal Constitucional en anteriores resoluciones, habrá de valorarse el carácter conflictivo del ejercicio de huelga. Es difícil imaginar, mantenía el Tribunal Constitucional, una situación en la que la celebración de una huelga no implica el surgimiento de este tipo de conflictos (STCo 104/11, de 20 de junio). No obstante, la reactivación del art. 315.3 CP ha supuesto el procesamiento y condena del mayor número de trabajadores por participación en huelgas de toda la democracia.

En segundo lugar, la participación en una huelga puede conllevar el surgimiento de responsabilidades laborales. En este punto nos remitimos

a la abundante jurisprudencia citada por la Sentencia. No obstante, dicha responsabilidad sólo surgirá, en el contexto de una huelga legal y en un supuesto como el que nos ocupa, cuando el piquete se desarrolla en la propia empresa.

Dado las limitaciones de ambas responsabilidades, fruto de una abundante jurisprudencia y elaboración doctrinal, nuestro legislador y ahora el máximo intérprete de la Constitución han procurado implementar nuevas limitaciones que contextualicen el derecho de huelga en un momento como el actual de importantes dificultades prácticas en el ejercicio de este derecho.

En concreto, la aprobación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, ha significado un incremento del rigor sancionador de una serie de hechos que fácilmente concurren en el contexto conflictivo del desarrollo de una huelga, en especial, de una huelga general. El propio legislador es consciente de ello al afirmar en la Exposición de Motivos que los Capítulos III y V habrán de ser interpretados de la manera más favorable a la plena efectividad de los derechos de huelga y libertad sindical.

Junto a la responsabilidad penal, administrativa y laboral en la que puede incurrir un trabajador, sólo faltaba atribuirle también responsabilidad civil como consecuencia de su participación en actos de exteriorización del derecho de huelga. A este objetivo se consagra la Sentencia ahora comentada, donde se afirma, expresamente, que se está abriendo un nuevo camino hasta ahora no transitado para lo que trata de aplicar analógicamente los principios que presiden la responsabilidad penal y administrativa. Ello a pesar de que, con anterioridad a la interposición de la demanda civil, se había archivado la causa penal, precisamente, como consecuencia de la aplicación de dichos principios.

En primer lugar, se obvia el carácter conflictivo de la huelga y se niega que pueda ser considerado como tal el supuesto de hecho analizado. A continuación, sin entrar a valorar la relación directa entre el comportamiento del trabajador y el daño ocasionado, se le atribuye una responsabilidad civil extracontractual por el lucro cesante del cierre del establecimiento de ocio nocturno. Es decir, dado que el cierre se produjo como consecuencia de la acción del piquete y el trabajador recurrente en amparo integraba el mismo, ha de considerarse responsable civil de dicho lucro cesante.

No se avanza, no obstante, hasta el final en esta dirección. Como sí hace el voto particular en el que se propugna la aplicación del principio civilista de la responsabilidad solidaria impropia conforme al cual, una vez descartada la existencia de una huelga con semejantes razonamientos a los del parecer

mayoritario del Pleno, entiende que la simple constatación de la participación del trabajador en el piquete le hace responsable solidario de todos los daños ocasionados por el mismo.

En definitiva, una serie de pasos en la dirección de convertir el art. 28.2. de nuestra Constitución en un simple testimonio histórico de lo que en otra época supuso el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores.



## DERECHOS DE INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y DESPIDO COLECTIVO

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2016*

MARÍA ISABEL RIBES MORENO<sup>1\*</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** Dos trabajadoras, arquitectos técnicos de profesión, se ven afectadas por un expediente de regulación de empleo en el que se destacarán los siguientes hechos como relevantes: 1) el 6 de junio de 2012 se comunica a los representantes de los trabajadores la iniciación del período de consultas, que se notificó a la Autoridad laboral en fecha 7 de junio; 2) tras su desarrollo, los representantes de los trabajadores convocaron asamblea para la ratificación del acuerdo alcanzado el 3 de julio, y que se celebrará el día 7, con efectos positivos; 3) el 6 de julio se suscribió un acta final entre las partes, en el que se recogía dicho acuerdo; 4) hasta el 11 de julio no se notificará a la Autoridad laboral la finalización del procedimiento, así como su contenido. En el texto del acuerdo trasladado, aunque incorporaba ciertos criterios de selección para la extinción de determinados contratos, no se concretaba las personas que iban a ser afectadas. Las trabajadoras recibieron carta de despido de fecha 19 de julio, con fecha de efectos del día siguiente, conforme a las causas que se entendían se habían acreditado en el expediente. Puesta a disposición la indemnización pertinente, a ambas se les entregará también una copia del acuerdo suscrito a nivel colectivo. Las dos trabajadoras recurrieron los despidos, los cuales fueron convalidados en la Instancia, así como en Suplicación. Formulado recurso de casación para la unificación de doctrina, se admitirá su tramitación al decretarse la existencia de contradicción suficiente.

**RESUMEN:** La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo trata el carácter no preceptivo de la exigencia informativa a los representantes de los trabajadores de la comunicación individual respecto de cada extinción individual. La sentencia viene a reiterar en sus fundamentos la doctrina ya establecida, tomando como criterio de interpretación preferente el derivado del sentido literal

1. \* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

del precepto regulador; limitando, en consecuencia, el derecho de información de los representantes de los trabajadores. La sentencia cuenta, sin embargo, con un Voto Particular, de enorme interés, que es el que proporciona un enfoque diferente a efectos una valoración crítica.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LA INEXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO COLECTIVO A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
3. EL VOTO PARTICULAR: UN ENFOQUE DIFERENTE
4. A MODO DE REFLEXIÓN: LA SIGNIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES EN DESPIDOS INDIVIDUALES DERIVADOS DE LOS COLECTIVOS

## 1. INTRODUCCION

Los procedimientos de despido colectivo han ocasionado a lo largo de los últimos años numerosas resoluciones judiciales. Dentro de las cuestiones que han tenido que ser tratadas por la Jurisprudencia trataremos la consideración de los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores, en particular, la notificación de los despidos individuales de trabajadores afectados en un procedimiento de despido colectivo, lo que ha suscitado cierta controversia durante el año 2016.

El régimen jurídico del despido colectivo ha estado sometido en los últimos años a numerosas, y profundas, modificaciones. Las reformas legislativas atinentes al despido colectivo han dado lugar a un procedimiento completamente distinto, dotado de mayor flexibilidad, especialmente tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012<sup>2</sup>, que suprimió la exigencia de autorización administrativa previa. Sin embargo, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma, también se habían suscitado importantes debates acerca de cuestiones procesales derivadas de la posible impugnación individual de un despido colectivo, en particular, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS)<sup>3</sup>, ya que, hasta ese momento, no estaba prevista normativamente la impugnación del referido despido individual<sup>4</sup>.

2. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012. Sobre las modificaciones, vid. Monereo Pérez, J.L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista Temas Laborales* núm. 115/2012. Págs. 315-359.

3. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

4. Sobre la problemática procesal de los despidos colectivos tras dicha reforma vid. Desdentado Bonete, A., “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”,

Entre los elementos que han sido objeto de modificación se encuentra la individualización sustantiva del despido<sup>5</sup>, que requiere de notificación individual a los trabajadores afectados conforme a lo previsto en el artículo 51.4 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre<sup>6</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.). Así, la problemática planteada en el procedimiento que es objeto del presente comentario, se concreta en las exigencias formales que debe reunir la carta de despido, en particular, si una copia de dicha carta ha de ser entregada a los representantes de los trabajadores<sup>7</sup>.

Como es sabido, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, se establece para la adopción de un despido individual derivado de un despido colectivo que la decisión extintiva se comunique a los trabajadores afectados mediante escrito individualizado, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.4 E.T., que deberá cumplir las exigencias del artículo 53.1 del mismo texto legal. A tal efecto, dicha comunicación escrita deberá contener la causa de la extinción, poniendo a disposición del trabajador simultáneamente la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, y concediéndole un preaviso de quince días desde la entrega de la comunicación hasta la extinción efectiva. Asimismo, el precepto dispone, que en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), habrá de entregarse copia de dicha comunicación, en la que figurará el preaviso, a la representación de los trabajadores en la empresa.

*Revista Española de Derecho del Trabajo* num.169/2014 parte Estudio, documento Westlaw (BIB 2014\3857), PP. 1-17.

5. En numerosas ocasiones, como consecuencia de una deficiente técnica legislativa, ha sido necesario que los Tribunales interpreten el contenido de los preceptos legales de aplicación, vid. sobre la exigibilidad y la exhaustividad informativa exigible en la comunicación escrita establecida en el artículo 51.4 ET, Agustí Maragall, J., “La comunicación individual del despido colectivo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.165/2014 parte Estudio, documento Westlaw (BIB 2014\1657), pp. 1-14, del mismo autor “La exigencia informativa en la comunicación individual de extinción por despido colectivo ex artículo 51.4 ET: una reflexión respecto de las recientes –y contradictorias sentencias del TSJ Madrid 9.1.2014 y del TSJ Castilla-León 16.1.2014 relativas al despido colectivo de Bankia”, *Revista IUSLabor* 1/2014, pp. 1-16. Asimismo, Fernández Docampo, M.B., “Afectación individual de un despido colectivo: sobre el alcance y suficiencia del contenido de la notificación del art. 51.4 ET.”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.174/2015 parte Comentario de Jurisprudencia, documento Westlaw (BIB 2015\1054), pp. 1-6.

6. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

7. Esta controversia ya había sido puesta de manifiesto en sentencias anteriores, como la STS de dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis, recurso 832/2015, así como, en otras posteriores como la STS de 7 abril de 2016, recurso 426/2015, la STS de 14 de junio de 2016, recurso 3938/2014 y la de 16 de junio de 2016, recurso 251/2015, STS que han venido a reiterar la doctrina que se expone en el presente trabajo. Sin embargo, en este caso, la introducción de un voto particular hace que tenga mayor interés para el comentario

El presente comentario abordará lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2016, que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina, reiterando doctrina. Dicha sentencia cuenta con voto particular discrepante, que nos hace reflexionar sobre la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo sobre el particular.

Así, la impugnación planteada por las trabajadoras en el procedimiento del que se deriva la sentencia objeto de comentario se fundamenta en dos consideraciones. Por una parte, se denunciaba el incumplimiento del plazo de preaviso en la comunicación y, por otra parte, la inexistencia de comunicación a los representantes legales de la carta de despido. En este sentido, el Tribunal Supremo, respecto a la primera de las cuestiones planteadas estableció que constituía una cuestión nueva, ya que no se introdujo en la demanda de instancia, por ello la Sala no entró a resolverla. Sin embargo, respecto a la segunda cuestión, el Tribunal interpretó el sentido del precepto alegado, y vino a reiterar su doctrina reciente acerca de este asunto, no exento a nuestro juicio de controversia. Es, por tanto, en este motivo de impugnación en el que, realmente, radica toda la sustancia jurídica de la cuestión suscitada con el recurso, lo que explicaremos en las páginas siguientes.

## **2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA INEXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO COLECTIVO A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

El Tribunal, ante el tema que se suscita, es decir, la impugnación del despido por parte de las actoras en base a la falta de entrega de la copia de la carta de despido –en la que se comunica tanto la fecha de extinción como el preaviso– a los representantes de los trabajadores, descarta la imperatividad del requisito de la información a la representación legal. A tal efecto, justifica su criterio en base al tenor literal de las normas previstas en el Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos. En particular, la interpretación efectuada por la Sala establece el alcance de dos normas encadenadas, lo dispuesto en el artículo 51.4 E.T. que reconduce los requisitos formales de las extinciones individuales derivadas de un despido colectivo a los recogidos en el artículo 53.1 E.T. La disposición mencionada instituye los anteriormente reseñados requisitos de forma para la extinción por causas objetivas, es decir, la comunicación escrita al trabajador con expresión de la causa, junto a la puesta a disposición de la indemnización de veinte días por año y la concesión de un plazo de preaviso de quince días, desde la entrega de la comunicación personal al trabajador. Asimismo, dispone que en supuestos de despido objetivo, justificado por las mismas causas del despido colectivo, se dará copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su

conocimiento. Sin embargo, pese a la remisión del artículo 51 al artículo 53 E.T., el Tribunal mantiene la postura de que dicha remisión no incluye lo concerniente a la entrega del escrito de preaviso a la representación de los trabajadores, que únicamente habrá de entenderse referido a los despidos de carácter objetivo económico y no a los individuales derivados del despido colectivo.

El Tribunal Supremo justifica esta decisión en el tenor literal de la norma, ya que es éste el primer canon hermenéutico conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil. En la sentencia mayoritaria, se establece que el sentido propio de las palabras permite interpretar el precepto, limitando esta transmisión informativa, y señala que “la literalidad de los artículos expuestos no arroja duda alguna que pudiera resolverse invocando criterios teleológicos o analógicos”<sup>8</sup>. Por consiguiente, tan solo se dará traslado a los representantes del escrito de preaviso cuándo se trate de un supuesto concreto de extinción objetiva por razones económicas, es decir, afectando a un número inferior de trabajadores al previsto para el despido colectivo.

Al mismo tiempo, y de forma contradictoria, la Sala considera razonable que los representantes estén informados cabalmente de las mencionadas extinciones individuales derivadas de los despidos colectivos, aunque rechazando el examen de la dimensión institucional o colectiva que tiene este derecho de información, puesto que entiende que las garantías formales que se precisan en el E.T. para el despido objetivo son diferentes de las del colectivo por expreso mandato legal. A mayor abundamiento, expresa que aunque no es preceptiva dicha comunicación informativa, la considera conveniente a los efectos de que la representación legal pueda proteger los intereses de los trabajadores afectados y prevenir abusos<sup>9</sup>. No obstante lo anterior, descarta que la ausencia de este conocimiento provoque indefensión a los trabajadores afectados, habida cuenta de que los representantes de los trabajadores pueden conocer la información por otros medios, en particular, haciendo uso de los derechos derivados del artículo 64 E.T.

### **3. EL VOTO PARTICULAR: UN ENFOQUE DIFERENTE**

Como se ha referido, la doctrina uniforme se cuestiona por un Voto Particular, donde se hace una descripción detallada de las modificaciones

8. Cfr. STS 8 de marzo de 2016, rec. 832/15.

9. Otra cuestión sería la ausencia de notificación del despido colectivo, aspecto que también ha sido controvertido por la deficiente técnica legislativa, a tal efecto, vid. Azagra Solano, M., “Despido colectivo: comunicación de la decisión a los representantes de los trabajadores”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1/2014 parte Comentario Documento Westlaw (BIB 2014\855), pp. 1-6.

normativas sufridas por el despido colectivo y el derivado individual, y formula una valoración general de la normativa sustantiva y procesal existente tras las sucesivas reformas<sup>10</sup>. Al mismo tiempo se realizan conclusiones generales respecto de la impugnación individual y/o plural de las extinciones contractuales derivadas de los despidos colectivos, que por su complejidad ha sido objeto de crítica por la doctrina científica<sup>11</sup>.

Por una parte, los magistrados discrepantes valoran críticamente la posibilidad de flexibilizar los requisitos de la comunicación individual del despido individual derivado del colectivo –comunicación escrita de su contenido, puesta a disposición de la indemnización y preaviso– siempre y cuando se haya cumplido la finalidad perseguida por la norma por otros medios en el marco del procedimiento de despido colectivo. A tal efecto, el Voto Particular refiere las distintas respuestas jurisprudenciales al respecto como son, en primer lugar, el contenido que debe incorporar la carta que la empresa habrá de entregar al trabajador para darle conocimiento del despido, cuyas menciones pueden flexibilizarse en el supuesto de que el trabajador conozca los datos por otros medios, como puede ser el acuerdo durante el período de consultas. En segundo lugar, se valoran aspectos relativos a la indemnización, en concreto, la validez de un acuerdo colectivo de fraccionamiento del pago, ya que la puesta a disposición de la misma junto a la comunicación de extinción no constituye un requisito de derecho necesario. En tercer lugar, se aborda la problemática de la inserción en la comunicación escrita del despido, tanto de la causa como de los criterios de selección y su aplicación al trabajador despedido, cuestión que el Tribunal Supremo consideró innecesaria por no exigirse legislativamente, y porque la negociación en el marco del procedimiento de despido colectivo permite presumir su conocimiento. En este último punto, los magistrados señalan su discrepancia con la doctrina casacional recogida en la Sentencia de 15 de marzo de 2016

10. Así, en primer lugar, se refiere el procedimiento existente antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, donde aún se exigía la autorización administrativa y era la jurisdicción contencioso-administrativa la que conocía de las impugnaciones de los actos administrativos plurales de contenido laboral. En segundo lugar, se trata del procedimiento y la atribución de competencias al orden social, tras la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, por último, se valora la reforma atinente a los despidos colectivos que el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero efectuó, suprimiendo las potestades administrativas para autorizar los mencionados despidos. A partir de este momento, se establece que el orden social de la jurisdicción tiene atribuido tanto la impugnación del despido colectivo como el individual y/o plural del derivado de él.

11. Compartiendo este criterio, Desdentado Bonete, A., expresando que hubiera sido más oportuna “la integración de las impugnaciones colectivas e individuales en el mismo proceso a partir del modelo de la regulación de empleo en el concurso”, cfr. “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, p. 17.

(recurso 2507/2014), sin que nos vayamos a detener en este particular, que ha sido tratado con profundidad por la doctrina<sup>12</sup>.

Por otra parte, y es este el objeto del comentario que nos ocupa, se profundiza sobre la cuestión objeto del recurso de casación, como es la necesidad de entrega de copia de la comunicación extintiva individual a los representantes de los trabajadores. Este aspecto ya había sido tratado anteriormente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016. A tal efecto, el voto particular reproduce y cuestiona argumentos ya expuestos en la Sentencia referida. En su opinión, interpretar literalmente la remisión del artículo 51.4 ET no es adecuado, puesto que dicha interpretación literal dejaría sin efecto la remisión realizada. El precepto establece que “el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, (...) conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta ley”, remisión que también realiza la ley procesal, LRJS, ya que reconduce el tratamiento de estos despidos al artículo 53.1 ET. En ambos casos, se incluye como requisito necesario para la procedencia de los despidos individuales derivados de los colectivos, la comunicación de los mismos a los representantes legales de los trabajadores, mediante la carta de despido individualizada. En consecuencia, los magistrados discrepantes hacen constar que, ciñéndose a la tesis literal, y en base a la doble remisión, también podría argumentarse que los demás requisitos que se recogen en el precepto estatutario tampoco serían de aplicación, puesto que se refieren al despido objetivo y no al despido individual derivado de un despido colectivo. Por tanto, la interpretación realizada tiene como resultado una reducción de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, “pieza esencial del sistema legal de control”, ya que la finalidad de la información transmitida es controlar la utilización adecuada de esta modalidad extintiva.

Por último, también se censura lo expuesto en la sentencia mayoritaria acerca de que en la resolución de la misma solo se trata de “aquilatar las exigencias del despido en cuanto acto de individualización”, sin entrar en otras cuestiones como la dimensión institucional o colectiva del derecho de información. En ese sentido, se hace constar que esta comunicación a los representantes legales constituye un supuesto específico de información que ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Asimismo, refiere que el medio más adecuado para determinar, en despidos individuales derivados de los despidos colectivos, la existencia de

12. Puede consultarse el trabajo de Quintero Lima, M.G., “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa”, *Revista de Información Laboral* num.5/2016 parte Art. Doctrinal, documento westlaw (BIB 2016/2729), pp. 1-8, que ofrece una completa perspectiva sobre el tema.

vulneraciones sobre lo acordado o lo establecido en las normas legales es “la comunicación puntual de la comunicación escrita de despido en el momento de efectuarse”, lo que redundaría en una mayor celeridad, sin que sea necesario que los representantes tengan que ejercitar sus derechos de información conforme a lo previsto en el artículo 64 E.T. y sufran por esta causa demoras en la transmisión de la información. A mayor abundamiento, los magistrados que suscriben el voto particular consideran que esta interpretación restrictiva del derecho de información de los representantes tendría como resultado la reducción de su capacidad de control del cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea. Sin embargo, al igual que en otros requisitos formales los magistrados expresan que en determinados supuestos podría flexibilizarse la exigencia de comunicación, sin que ello suponga, como en la sentencia mayoritaria se expresa, una derogación del citado requisito.

#### **4. A MODO DE REFLEXIÓN: LA SIGNIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES EN DESPIDOS INDIVIDUALES DERIVADOS DE LOS COLECTIVOS**

Para poder valorar el alcance de la doctrina del Tribunal Supremo y la inexistencia de información sobre los despidos individuales derivados de los colectivos, es preciso acercarnos a las acepciones de los derechos de información y consulta que figuran previstos en el artículo 64 del ET, y que también se reconocen a los representantes sindicales en virtud de lo previsto en el art. 10.3,1º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Así, el derecho de información consiste en la transmisión de datos por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, cuya finalidad es procurar el conocimiento de los mismos sobre diversas cuestiones y, a tal efecto, que tengan datos suficientes para proceder a un examen del cumplimiento de la normativa vigente de aplicación. Los derechos de información de los trabajadores son competencias previstas legalmente, cuyo contenido esencial viene recogido en el artículo 64 ET, sin que las facultades que se incorporan sean exhaustivas, puesto que la negociación colectiva puede mejorar lo allí previsto<sup>13</sup>. Por otro lado, la consulta está referida al intercambio de opiniones y a la apertura de un diálogo sobre una cuestión determinada incluyendo, como es visible, los procedimientos de despido colectivo. Los derechos de consulta pueden conllevar, en su caso, la emisión de informes previos. Estos

13. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 9ª Edición, pp. 478-485. Asimismo, atendiendo al desarrollo a nivel general de los derechos de información de los representantes vid. Garrido Pérez, E., *La información en la empresa (Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores)*, CES, Madrid, 1995. Igualmente, Monereo Pérez, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992

derechos aparecen reforzados en la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos<sup>14</sup>. Las competencias de los representantes tienen como finalidad servir de herramienta de control de la actividad empresarial y, en particular, de la adecuación a la legalidad de su conducta. Sin duda, el poder contrastar la veracidad y ajuste de la carta de despido a lo negociado –en caso de que hubiese habido acuerdo–, o a la decisión tomada por los empresarios, en supuestos de despido colectivo es primordial y forma parte de estos derechos de información.

En este sentido, la falta de notificación a los representantes de los trabajadores del preaviso y carta de despido en los despidos objetivos empresariales, tiene como consecuencia legal su calificación de improcedencia. Este requisito constituía un elemento indispensable en la regulación anterior, puesto que los despidos objetivos económicos, a partir de la reforma del ET de 1994, se declaraban nulos ante la ausencia de notificación del preaviso a los representantes legales de los trabajadores<sup>15</sup>, reforzando de forma significativa el control de los representantes sobre estas decisiones del empresario<sup>16</sup>. Esta circunstancia se justificaba por la flexibilización que había sufrido el despido objetivo empresarial<sup>17</sup>, sin perjuicio de que dicha ausencia de notificación pudiera dar lugar a sanciones administrativas<sup>18</sup>.

Sin embargo, tras las reformas legislativas operadas en el régimen jurídico del despido colectivo, consideramos indispensable que los trabajadores afectados cuenten con superiores garantías, ya que una vez que concurren las causas

14. (DOCE L 225, de 12 de agosto), que reforma las directivas de 1975 y 1992 (Directiva 75/129/CEE y Directiva 92/56/CEE) referentes a los despidos colectivos. En este sentido vid. Carril Vázquez, X. M., “Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre despidos colectivos”, *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2004, pp. 2305 y sig. Sobre ciertas modificaciones operadas acerca de esta cuestión vid. Fuentes Rodríguez, F., “Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos colectivos por la Directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo en España”, en Monereo Pérez, J. L. (Edit.), *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*, Universidad de Granada, Granada, 1996, pp. 449-467.

15. Así se disponía en el art. 53.4 ET 1/1995, de 24 de marzo, en su redacción anterior al RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 17 de junio), que refería que “cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo (...), la decisión extintiva será nula”.

16. Peralta Ortega, R., “Nulidad de despido objetivo económico por falta de notificación a la representación legal del personal”, *Revista de Derecho Social* n° 40 (2007), p. 163.

17. En virtud de lo previsto en el artículo 64 ET.

18. Vid. Art. 7.7 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE n° 189, de 8 de agosto), que califica estas actuaciones como una infracción grave.

justificativas, el empleador podrá recurrir a un despido colectivo de forma discrecional sin llegar a acuerdo con la representación de los trabajadores. Es visible la flexibilización del procedimiento del despido colectivo, que ha pasado a requerir de un expediente de regulación de empleo, con supervisión administrativa y cuya viabilidad requería de esta autorización<sup>19</sup>, a otro modelo donde no se hace necesario ni el acuerdo ni el refrendo de la administración. Por consiguiente, entendemos que este cambio sustancial justifica mayores formalidades en los despidos colectivos, entre las que debe estar la notificación a los representantes legales de las extinciones individuales derivadas de ellos. A tal efecto, se precisa trasladar la más completa información sobre estas extinciones tanto a los trabajadores, como a sus representantes, y no únicamente durante el período de consultas, sino también con posterioridad, a fin de que los representantes corroboren la adecuación de las extinciones concretas al acuerdo o decisión empresarial.

La regulación vigente establece que “el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1”. Por tanto, reconduce los requisitos formales a lo previsto en dicho precepto, a fin de establecer los requisitos de dicha notificación y que el trabajador tenga conocimiento de la fecha, hechos y razones que motivan el despido. Por tanto, la notificación a los representantes constituye un instrumento de control del propio despido incluso aunque los referidos representantes hubiesen tomado parte en el período de consultas y hubiesen llegado a un acuerdo<sup>20</sup>. Es cierto que, como ha señalado repetidamente el Tribunal Supremo, los representantes –unitarios o sindicales- conocen el contenido del acuerdo si han participado en su adopción, pero puede que ciertas cuestiones no hayan sido concretadas en dicho acuerdo particular. Por ello, en aras del adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de información para controlar el cumplimiento de las normas laborales, consideramos que se precisa del traslado, en todo caso, a los representantes legales de las concretas cartas de despido individualizadas, salvo en ciertos supuestos en los que el conocimiento de los pormenores y detalles del despido se satisfaga plenamente, tal como se señala en el Voto Particular.

19. Con mayor profundidad sobre la evolución normativa respecto a los derechos de información de los representantes de los trabajadores en los despidos colectivos vid. Abril Larrainzar, M.P., “Información, consulta y negociación en los despidos colectivos”, *Cuadernos de Aranzadi Social*. Documento westlaw (BIB2016\4065), pp. 1-73.

20. En ese mismo sentido, vid. Trillo Párraga, F., “Notificación del despido a los representantes de los trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 167/2014, documento Westlaw (BIB2014\2645) p. 5.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo, en lo que respecta a los despidos individuales derivados de los colectivos, establece que esta notificación a los representantes de los trabajadores no resulta un requisito formal de aplicación. A su juicio, esta previsión carece de sentido, ya que los representantes conocen suficientemente los pormenores debido a la información facilitada durante el período de consultas. A mayor abundamiento, se refiere que en numerosas ocasiones se constituye una comisión de seguimiento cuando se ha llegado a un acuerdo durante las preceptivas consultas. Esta postura, no obstante, no era seguida por la doctrina científica, que en términos generales interpretaban que dicha notificación a la representación legal de los trabajadores era preceptiva<sup>21</sup>.

En nuestra opinión, no consideramos proporcionado que la información a los representantes sea exigible en supuestos de despido objetivo cuando se trata de causas de carácter empresarial, pero dicha garantía no se traslade a las extinciones individuales derivadas de los despidos colectivos<sup>22</sup>. Por consiguiente, compartimos la opinión del Voto Particular y entendemos absolutamente necesario que exista transmisión de la información en este trámite individual, ya que supone tanto un control por parte de los representantes de la legalidad y adecuación de la medida a lo acordado durante el período de consultas, como de lo decidido y comunicado por el empresario a la Autoridad laboral.

En suma, la doctrina analizada del Tribunal Supremo se apoya en una interpretación literal de la norma, sin atender a la finalidad del derecho de información. En nuestra opinión esta decisión puede ser controvertida, habida cuenta de la deficiente técnica legislativa que el legislador viene manifestando, y que ha justificado sucesivas reformas. A tal efecto, hubiéramos considerado más oportuna una interpretación teleológica de la misma, atendiendo al espíritu y objetivo de las normas, lo que requeriría del traslado de la información a los representantes. En conclusión, creemos que la comunicación del despido

21. A tal efecto, vid. Pérez Capitán, L., *El Despido Colectivo y las Medidas de Suspensión y Reducción Temporal de Jornada*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 172-173. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J., *La aplicación práctica de la Reforma Laboral, Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos-leyes 4/2013 y 5/2013*, Editorial Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid 2013, pp. 204 y 365-366. García-Perrote Escartín, I., Reyes Herreros, J. (dir.), *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada, un año después de la reforma laboral*. Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid 2013, pp. 115.

22. Sobre este particular, afirmando dicha necesidad de comunicación vid. Cavas Martínez, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Ediciones Laborum, Murcia, 2012; García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dirs.): *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

individual a los representantes de los trabajadores entra de lleno en los derechos de información que ostentan en virtud de lo previsto en el E.T., y en nuestra opinión, limitar la información transmitida a los mecanismos ordinarios del artículo 64 E.T vaciaría, en parte, de contenido los derechos de información que ostentan los representantes de los trabajadores, reduciendo las posibilidades de defensa en tiempo y forma de sus representados.

**DE NUEVO SOBRE EL CONTROL DE LAS HORAS  
EXTRAORDINARIAS, PERO EN LA MODALIDAD DE  
TELETRABAJO**

*STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015*

RAQUEL POQUET CATALÁ

**SUPUESTO DE HECHO:** El trabajador presta servicios como corredor de plaza. Se alegan diferentes motivos, siendo el que a estos efectos interesa, el no abono de las horas extraordinarias. El trabajador realiza una jornada de trabajo de duración indeterminada que supera la duración máxima establecida legal y convencionalmente, pues su horario es de 8.00 h a 22.00 o 23.00 h con una hora para la comida, siendo una parte de esta jornada en la oficina y otra en casa en la modalidad de teletrabajo.

Se condena a la empresa al abono de las horas extraordinarias.

Asimismo, la Inspección de Trabajo y Seguridad social levantó acta de infracción por inexistencia de jornada laboral establecida para los trabajadores, sin que existiera en el centro de trabajo calendario ni horario de trabajo, realizando los trabajadores jornadas de trabajo que superan la duración máxima.

**RESUMEN:** Se resuelve el conflicto laboral en relación al concepto de horas extraordinarias cuando el trabajador realiza una parte de su trabajo en su domicilio en la modalidad de teletrabajo.

La empresa alega, en relación con el abono de las horas extraordinarias efectuadas en modalidad de teletrabajo, que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago.

El Tribunal rechaza el argumento en base a que el tiempo de trabajo en el domicilio es también tiempo de trabajo de la misma forma que el realizado fuera del mismo, que el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que es quien debe registrar la jornada del trabajador, y que el respeto de los lími-

tes de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, lo cual es responsabilidad del empresario, de tal forma que únicamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TELETRABAJO
  - 2.1. Concepto
  - 2.2. Notas configuradoras
    - 2.2.1. La localización
    - 2.2.2. Nuevas tecnologías
    - 2.2.3. Cambio en la organización del trabajo
3. Horas extraordinarias
  - 3.1. Concepto
  - 3.2. Obligación documental e informativa en materia de horas extraordinarias
4. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos del reparto del tiempo de trabajo es la reducción de las horas extraordinarias. Sin embargo, su utilización ha sido buscada tanto por las empresas como por los trabajadores. Para los trabajadores viene a suponer un sistema de ingresos adicionales, y para las empresas un medio de absorber las elasticidades de la demanda sin recurrir a contrataciones eventuales.

El problema planteado con las horas extraordinarias surge cuando la empresa no procede a su abono, pues son muchas las horas extraordinarias que realizan los trabajadores y no son retribuidas por parte de las empresas. Curiosamente, en los momentos actuales, debido a la crisis económica, se ha producido una reducción de las horas extras, modificándose también la composición de las horas extra trabajadas, pasando la mayor parte de ellas de estar abonadas a dejar de serlo. De hecho, entre 2008 y 2015 la reducción de las horas extra se ha concentrado en las horas extra retribuidas, mientras que las no abonadas apenas han disminuido en términos absolutos. Es decir, se han precarizado las condiciones de trabajo de aquellos que mantenían su empleo o accedían a uno nuevo.

Concretamente, según el informe de CCOO sobre las horas extraordinarias de la EPA<sup>1</sup> en 2008, al inicio de la crisis, trabajaban en España 16,9 millones de asalariados, que hacían 9,4 millones de horas extras a la semana. De estas, 5,7 millones de horas eran pagadas (el 61%) y 3,7 millones de horas no retribuidas (el 39%). Durante la recesión, especialmente en 2009, 2010 y 2012, se produjo un drástico descenso de las horas extras realizadas. Concretamente, una bajada del 45% entre el máximo de 2008 (9,4 millones de horas) y el mínimo de 2012 (5,2 millones). A partir de ese mínimo las horas extra han vuelto a repuntar, bastante antes de que lo hiciera el empleo. En 2015, con 14,8 millones de asalariados (2,1 millones menos que en 2008) las horas extra trabajadas se han situado en 6,3 millones a la semana (un 33% menos que en 2008). Ahora la mayoría son no retribuidas (3,5 millones, el 56%) y la minoría abonadas (2,8 millones, el 44%). Las horas extra retribuidas se desplomaron al comienzo de la crisis, bajando un 59%, de 5,7 millones de horas semanales (2008) a 2,3 millones en 2012. Por su parte, las horas extras no pagadas han sufrido un descenso mucho menor. Así en 2015 el número de horas extra no pagadas es de 3,5 millones, muy similar al de 2008, a pesar de que ahora hay 2,1 millones menos de asalariados.

La evolución de las horas extra no retribuidas muestra un aumento de la explotación laboral durante la crisis, que se ha consolidado en el inicio de la recuperación económica. La crisis provocó un fuerte recorte de las horas extra pagadas, ligado al ajuste del empleo, pero no de las no abonadas que seguían realizando los que mantenían su empleo.

No cabe duda que las horas extra abonadas y las no retribuidas son dos realidades presentes en nuestro mercado laboral, y es muy complejo controlar las horas extra realizadas en orden a exigir su abono así como la no superación de los límites legales y convencionales. Sólo si el empresario cumple de forma contundente con la obligación legal del art. 35.5 ET de registrar de forma diaria la jornada de trabajo con el fin de poder totalizar así también las horas extraordinarias, los trabajadores contarán con medios de prueba irrefutables para poder hacer valer su derecho al percibo del abono correspondiente por las horas extraordinarias realizadas. Ello, además, tiene especial importancia cuando en el trabajo se combina la modalidad de teletrabajo o a domicilio con el presencial, pues debe instaurarse un sistema de control específico para aquella modalidad de trabajo, cuestión que se debate en la sentencia comentada.

1. Recuperado el día 25 de julio de 2016 de <http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/0/o75399.pdf>

## 2. TELETRABAJO

Es con la reforma operada por el RDL 3/2012<sup>2</sup>, cuando se regula por primera vez la figura del teletrabajo o, también denominado “*trabajo a distancia*”<sup>3</sup>, aunque ya el II Acuerdo para la Negociación Colectiva<sup>4</sup> lo había incluido entre una de sus medidas para permitir un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, como una de las “*formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivada del propio avance de las nuevas tecnologías*”, y estableciendo algunos criterios orientadores en la negociación, como son, el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para el empresario, la igualdad de derechos de los teletrabajadores con respecto a los trabajadores presenciales, o la importancia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos laborales o la formación de los teletrabajadores.

Así el teletrabajo es regulado como “*una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar*”<sup>5</sup>.

### 2.1. Concepto

Existen múltiples definiciones del teletrabajo, siendo una de las más completas la que entiende que el teletrabajo “es cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones”<sup>6</sup>. De ahí que quepa entender que el teletrabajo puede entenderse como una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso

2. De 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

3. Rúbrica del actual art. 13 ET, introducida por el RDL 3/2012, de 10 de febrero.

4. Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014.

5. RDL 3/2012, de 10 de febrero.

6. BLANPLAIN, R., *The legal and contractual situation of teleworkers in the Member States of the European Union*. Dublín: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1995. p. 8.

intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación<sup>7</sup>, es decir, aquella actividad laboral prestada total o mayoritariamente desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio del uso intensivo de las nuevas tecnologías, básicamente, herramientas informáticas y de las telecomunicaciones<sup>8</sup>. En palabras del propio Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo<sup>9</sup> es definido como “una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza la tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados”. En definitiva, se trata de “una forma flexible de organización que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el trabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de información, y el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa”<sup>10</sup>, esto es, es “toda actividad laboral prestada desde un lugar distinto al centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la empresa, por medio de un videoterminal informático conectado telemáticamente con la estación informática central de la empresa o con una estación satélite perteneciente o vinculada a la misma”<sup>11</sup>.

Por tanto, el teletrabajo es, por un lado, un trabajo realizado lejos del centro de trabajo, esto es, a distancia del empresario o cliente a quien va destinado, de modo que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo. Pero, por otro lado, es trabajo a distancia usando las técnicas informáticas y/o de telecomunicación, siendo ello una condición sine qua non del mismo.

## 2.2. Notas configuradoras

Teniendo presente las anteriores definiciones y el hecho de que el teletrabajo debe prestarlo necesariamente una persona física, las notas que lo caracterizan

7. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico laboral*. Madrid: CES, 2000. p. 32.

8. SEMPERE NAVARRO, A. V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*. Pamplona: Aranzadi, 2002. p. 113.

9. Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, de 16 de julio de 2002.

10. Asociación Catalana de Teletrabajo, en [www.telecat.net](http://www.telecat.net).

11. SELLAS Y BENVINGUT, R., *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Elcano: Aranzadi, 2001. p. 36.

son básicamente tres<sup>12</sup>, las cuales, además, deben darse simultáneamente<sup>13</sup> para poder hablar de teletrabajo. La primera es la localización, por cuanto el espacio físico en el que se desarrolla la actividad laboral se encuentra fuera de la empresa. En segundo lugar, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. En tercer lugar, es preciso que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo.

### **2.2.1. La localización**

En cuanto al lugar de prestación de servicios como elemento configurador, éste se sitúa fuera de la empresa. Por ello, se podría afirmar que el trabajo es realizado lejos de donde es esperado el resultado, a distancia del empresario o del cliente que lo ha contratado. El trabajador ya no realiza pues sus tareas en los centros habituales de la empresa, sino que ese lugar de trabajo existe y varía según el tipo de trabajo que se desarrolle, pero ya no es dispuesto, con carácter general, por el empresario.

Por otra parte, existen importantes controversias a la hora de determinar dónde se debe realizar la prestación de servicios, equiparándose incluso, con el trabajo a domicilio. Pero no siempre se presta el servicio en el domicilio del trabajador siendo posible que se preste en otros lugares como domicilios de otras personas, familiares o clientes, o en otros lugares, elegidos por una de las partes o acordado entre ambas<sup>14</sup>. Por tanto, no se trata de un contrato de trabajo a domicilio.

### **2.2.2. Nuevas tecnologías**

La segunda nota característica es la referida a los medios utilizados para ejecutar la prestación laboral, no siendo válido cualquier instrumento, sino que se requiere la utilización de sistemas informáticos y de comunicación avanzados (teléfonos móviles, ordenadores, faxes, correo electrónico o internet). Partiendo de esta premisa se puede afirmar que el teletrabajador es un trabajador cualificado, o al menos, adaptado a las nuevas tecnologías. Es este elemento configurador el que puede haber hecho que se aparte definitivamente del contrato a domicilio clásico, pues a diferencia de éste, el teletrabajador realiza labores especializadas, de creación e innovación, lo que supone, una mayor preparación de aquél que realiza las tareas.

12. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico... op. cit.* p. 25-26.

13. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. Madrid: MTSS, 2000. p. 761.

14. THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo. Análisis jurídico... op. cit.* p. 34.

Sin embargo, hay que puntualizar que no todos los trabajadores que utilizan estos medios avanzados son teletrabajadores, sino que es necesario que el uso de los instrumentos tenga una cierta intensidad. Si se realiza un análisis de las definiciones señaladas anteriormente sobre el teletrabajo, ninguna de ellas cuantifica con qué intensidad deben utilizarse estos medios. Pero, de todas ellas se desprende que se deben emplear de forma continua, sin quedar incluidas aquellas prestaciones de servicios en las que la utilización de estos medios tiene un carácter accesorio. En esta línea de argumentación, algunos autores van más allá y se aboga por la flexibilidad, no exigiendo un uso exhaustivo de estos medios para llevar a cabo la prestación de servicios, bastando que se produjese un empleo continuo y habitual de los mismos<sup>15</sup>.

### 2.2.3. Cambio en la organización del trabajo

Es obvio que en esta nueva forma de prestación del trabajo las fronteras entre una relación laboral y un arrendamiento de servicios no son tan claras, pues como se examinará a continuación, se pone en duda, muchas veces, la existencia de las notas configuradoras del contrato de trabajo, especialmente, la dependencia y la subordinación del trabajador.

Es cierto que el teletrabajador en su prestación de servicios va acompañado de una cierta independencia a la hora de organizar su trabajo. Así en cuanto al tiempo de trabajo no se ve sometido a un horario, o al menos, no tan rígido como el que presta sus servicios de forma presencial, de manera que el teletrabajador puede determinar cuáles son las horas que dedica al trabajo y cuáles al ocio, aunque no hay que olvidar que está la posibilidad de que pase todo lo contrario, es decir, que, en determinados casos, en situaciones de acumulación de trabajo, sobrepase la jornada laboral, como ocurre en el caso analizado por la sentencia. De ahí que se haya propuesto el establecimiento de unos mecanismos de control a través de los programas informáticos que permitan conocer el tiempo real de prestación de servicios, y así, determinar el cumplimiento de las jornadas máximas y el disfrute de los descansos<sup>16</sup>. Para que ello se produzca es necesario que exista comunicación con el empresario. De ahí la importancia que juegan los medios informáticos, a través de los cuales el trabajador puede ponerse en contacto con la empresa y recibir de ésta órdenes e instrucciones. Por tanto, el ordenador del teletrabajador, al estar conectado con la empresa, permite no sólo

15. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Teletrabajo”, ponencia temática, en *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Zaragoza, mayo 1999.

16. GARCÍA NINET, I., “Contrato de trabajo a domicilio”, en AA.VV., *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, Tomo III, 1985. p. 487.

la realización del trabajo, sino también el control de la actividad del trabajador, control que se concreta en el ejercicio de los poderes empresariales. Así, la comunicación interactiva trabajador/empresario potencia, por ello, el que se esté ante un teletrabajo por cuenta ajena, sometido a las órdenes y directrices del empresario<sup>17</sup>.

De esta forma, el teletrabajo supone una nueva forma de organización y de ejecución de la prestación de trabajo, donde se deben buscar nuevos indicios de subordinación que respondan a estas nuevas tecnologías. En esta línea se pronuncia también el TS al señalar que “en el actual sistema de producción, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada y horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros posibles aspectos de la ejecución del trabajo, que están en función del tipo de servicios prestados en cada caso”<sup>18</sup>. Por tanto, en relación a la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo se señala que no se tiene que exigir una dependencia absoluta del trabajador frente al empresario, sino que cabe una cierta autonomía a la hora de organizar su trabajo, bastando pues con que el sujeto esté incluido dentro de un ámbito organicista y rector de la persona para la que realice la actividad<sup>19</sup>.

### 3. HORAS EXTRAORDINARIAS

#### 3.1. Concepto

Según el art. 35 ET es hora extraordinaria cualquiera que se realice sobre la duración de la jornada ordinaria de trabajo, remitiéndose al respecto a las reglas sobre esta materia contenidas en el art. 34. De este concepto, se deduce que para que sea una hora extraordinaria debe ser una “*hora de trabajo*” y que supere la “*duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo*”.

En relación al primer requisito, cabe indicar que se debe diferenciar la hora de trabajo de otros períodos en los que el trabajador puede estar a disposición del empleador pero sin prestación efectiva de servicios, como la referencia del art. 34.5 ET en el sentido de que el tiempo de trabajo se computará de modo que

17. SANGUINETI RAYMOND, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores, 1997. p. 59.

18. STS de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 2754/1991.

19. STS de 22 de octubre de 1983.

tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Así, cabe indicar que no son horas de trabajo a este efecto los períodos de espera o permanencia que en la relación laboral ordinaria están reguladas en ciertas actividades sectoriales y en algunas relaciones laborales especiales que contemplan períodos de disponibilidad, permanencia y similares pero a los que no se reconoce la condición de tiempo efectivo de trabajo<sup>20</sup>.

Por tanto, cabe entender que a efectos de considerar como horas extraordinaria son aquellas horas que implican prestación efectiva de servicios o permanencia en el centro de trabajo a disposición del empleador y en su caso algunos desplazamientos entre el centro de trabajo y el lugar de realización de un concreto servicio.

En relación al segundo requisito, esto es, que se supere la jornada ordinaria de trabajo, se debe atender a las reglas que delimitan la jornada ordinaria contenidas en el art. 34 ET, el cual se remite, en primer lugar, al convenio colectivo o contrato de trabajo, y a su vez establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Y ello nos conduce al problema planteado en esta situación en relación con el cómputo de las horas extraordinarias en los casos en que se preste el trabajo en la modalidad de teletrabajo o a distancia, pues, en estos casos, el control empresarial es más difícil de realizar.

### **3.2. Obligación documental e informativa en materia de horas extraordinarias**

El art. 35.5 ET obliga al empresario a registrar día a día la jornada de cada trabajador “a efectos del cómputo de horas extraordinarias”, a totalizar la misma “en el periodo fijado para el abono de las retribuciones”, y a entregar copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Junto a este instrumento de control individual se configura otro de índole colectivo en la disposición adicional tercera del RD 1561/1995<sup>21</sup> donde se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto “copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores”.

20. ALFONSO MELLADO, C.L.; GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 61

21. De 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Como se observa aparecen dos documentos. Por un lado, la información que se entregará al trabajador que será en el recibo de salarios correspondiente, y por otro lado, a nivel colectivo, copia de los resúmenes, que no podrá ser el recibo de salarios en cuanto contiene datos que pueden afectar a la intimidad del trabajador, por lo que deberán ser unos resúmenes específicos para los representantes de los trabajadores. No obstante, en puridad, ese documento que se entrega a los representantes no debería ser diferente al entregado a los trabajadores, puesto que la citada disposición adicional hace referencia a “copia” de los resúmenes, de tal forma, que lo que se entrega al trabajador es lo que también debería darse a los representantes de los trabajadores.

Por tanto, el trabajo prestado mediante horas extraordinarias, aunque es difícil fiscalizarlo en la práctica, y respecto de cuya existencia la doctrina judicial ha exigido siempre la estricta demostración, está sujeto a diversos controles. Por un lado, el empresario, ha de registrar día a día la realización de tales horas y totalizarlas en el período fijado para el abono de salarios, que es un mes como máximo. En segundo lugar, una copia de ese resumen debe entregarse al trabajador en el momento de la liquidación y pago del salario. Por último, de modo complementario la empresa debe entregar una copia resumen a los representantes de los trabajadores de forma mensual.

El mandato del art. 35.5 ET de entregar al trabajador dicho registro tiene como objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental que facilite la acreditación de la realización de horas extraordinarias<sup>22</sup>. Así, el trabajador es el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de registrar la jornada de sus trabajadores entregándole copia del resumen en el recibo correspondiente. Si la razón de ser del art. 35.5 ET, como se ha señalado, es procurar al trabajador un medio de prueba documental, parece evidente que el registro de la jornada es la herramienta para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias, pues de otro modo se vaciaría de contenido la institución y sus fines, ya que sin el registro diario de la jornada de trabajo, devendría imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Ello lleva a concluir que en la copia resumen de dicho precepto no se tienen que registrar las horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que sólo concurren cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino registrar día a día la jornada realizada, que es el único medio para verificar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria legal o convencionalmente establecidos.

22. SSTs de 24 de abril de 2006, rec. núm. 147/2005; de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003; de 11 de marzo de 1999, rec. núm. 3301/19980

Además, el registro diario de jornada es el único medio que permite conocer a cada trabajador todas las incidencias acaecidas en relación con su jornada de trabajo, de modo que se garantiza que el trabajador no queda desprotegido respecto al puntual conocimiento de su jornada diaria de trabajo, porque, la misma, con todas sus incidencias, queda reflejada mediante un sistema generalmente informático.

No es la primera vez que la doctrina judicial se pronuncia sobre esta obligatoriedad de registro de las horas extraordinarias, pues recientemente ha hecho hincapié en la obligación de la empresa de “establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio sectorial como en los pactos de empresa que sean de aplicación, así como que proceda a dar traslado a la representación legal de los trabajadores de la información sobre las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1561/1995”<sup>23</sup>. Cabe indicar que esta obligación sólo lo es en relación a la realización de horas extraordinarias, no de la no realización de las mismas, pues la empresa no tiene obligación legal ni convencional de emitir una información mensual personalizada e individualizada acerca de las horas extraordinarias no realizadas por cada empleado de la plantilla y remitirla a los representantes de los trabajadores que en cada caso proceda, distinguiéndose entre los supuestos en los que existen o no existen tales horas extraordinarias como realizadas, de manera tal que dicha obligación empresarial debe ser cumplida sólo en el caso de que algún o algunos trabajadores las hayan prestado, pero no en el caso de que ninguno de ellos las haya llevado a cabo, supuesto en el cual no tiene por qué emitir ni remitir una información de “cero horas extraordinarias”, ni genérica, ni individualizada<sup>24</sup>. Así lo señala también nuestro alto tribunal<sup>25</sup> al indicar que el art. 35.5 ET “lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes” y que no se incumple la obligación de información sobre horas extraordinarias cuando éstas no se realizan<sup>26</sup>.

Por tanto, el registro diario de jornada, y no el de horas extraordinarias, es el instrumento para controlar los excesos de jornada y su negación coloca a los

23. SAN de 4 de diciembre de 2015, proc. núm. 301/2015. En el mismo sentido, SSAN de 6 de mayo de 2015, proc. núm. 59/2016; de 19 de febrero de 2016, proc. núm. 383/2015.

24. SAN de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005.

25. STS de 11 de diciembre de 2003, rec. núm. 63/2003.

26. STS de 3 de junio de 1989.

trabajadores en situación de indefensión. Si se instaurase el sistema de registro de la jornada únicamente cuando se realizasen horas extraordinarias se provocaría un círculo vicioso, de tal forma que el registro previsto del art. 35.5. ET, aunque sea un medio de prueba para acreditar las horas extraordinarias y asegurar su control, éste debe realizarse a través del control diario de la jornada y no únicamente de cuando se realicen horas extraordinarias. Además, como se ha indicado, si no se establece un registro de la jornada no se puede controlar si se superan o no los límites de la misma.

El TSJ<sup>27</sup> señala que en el teletrabajo, como es lógico, el tiempo de trabajo es exactamente el mismo que el realizado en la modalidad presencial en la empresa. Además, tal y como se ha indicado, el empresario debe controlar el tiempo de trabajo registrando día a día la jornada y totalizándola en el período fijado para el abono de las retribuciones, esto es, mensualmente. Por último, el TSJ diferencia en el caso del trabajo a distancia según se pacten unas pautas sobre el tiempo de trabajo y unos instrumentos de declaración y control, de tal forma que en el caso de que ello se pacte con el trabajador, sería admisible que aquel trabajador que incumpliese dichas pautas omitiendo los instrumentos de control no pudiera reclamar el pago de las correspondientes horas extraordinarias, pero en el caso, como es el analizado por la sentencia, de que no se hayan establecido dichas pautas y reglas de control el empresario, deberá inexcusablemente retribuir las horas extraordinarias, pues de lo contrario, se estaría creando un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia.

#### 4. CONCLUSIÓN

A mi parecer, creo que en este caso, el tribunal superior de justicia aunque a priori pudiera parecer que se excede en su pronunciamiento a favor del trabajador, en el sentido de que si no existe un instrumento de control y de registro no se puede de ninguna forma acreditar la prueba de la realización de las horas extraordinarias, y dejar su cómputo al trabajador sin más prueba que su única palabra, supone extralimitarse en lo que sería la lógica normal de la relación laboral, si se analiza con detalle el pronunciamiento no es ello así.

De hecho, si tenemos en cuenta que, tal y como declara el tribunal superior de justicia, la jornada ordinaria de trabajo es la misma en la modalidad de teletrabajo que en la modalidad ordinaria o presencial, cabe recordar, por un lado, la doctrina

27. STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. núm. 2229/2015.

jurisprudencial<sup>28</sup> que tiene declarado que es el trabajador el que debe exigir al empresario esta obligación del mismo de registrar la jornada de trabajo, pues en caso contrario, no tendría prueba alguna para poder reclamar su abono. Es decir, existe un uniforme y consolidado criterio judicial respecto del acrecimiento de las horas extraordinarias, de tal forma que se ha de exigir cumplida prueba de su realización, hora a hora y día a día, no pudiendo ser “sustituible la justicia por la benevolencia siendo al reclamante al que incumbe la carga de la prueba”<sup>29</sup> y sin que, a tales efectos, pueda otorgarse suficiente valor probatorio a los partes de trabajo o notas elaboradas por los propios trabajadores<sup>30</sup>, quienes deben exigir del empresario que cumpla con la obligación que le impone el art. 35.5 ET para afrontar una hipotética reclamación. Ello sí, según la doctrina judicial<sup>31</sup>, esta prueba rigurosa únicamente tiene lugar en el marco de las que sean ocasionales, no cuando su realización se corresponde con una jornada habitual extraordinaria, como es el supuesto analizado en esta sentencia, caso en el cual debe ser el empresario quien acredite la inexistencia de jornada extraordinaria.

Asimismo, lo indica nuestro alto tribunal<sup>32</sup>, el cual en relación con la prueba de las horas extraordinarias, si bien, en principio, la prueba de la realización de las mismas recae sobre el que las afirma o reclama y han de referirse día a día y, en su caso, hora a hora, es igualmente cierto que cuando la jornada llevada a cabo por el trabajador es uniforme y superior a la establecida como ordinaria, basta con acreditar dicha circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria. Además, la doctrina<sup>33</sup> ha señalado que los documentos privados que pueda aportar el propio trabajador, esto es, sus hojas de control individuales, deben ser aceptadas y darles valor probatorio en el caso de que la empresa no aporte nada, pues, en primer lugar, las empresas han de disponer de un método de registro de la jornada diaria que cada trabajador realiza; en segundo lugar, han de totalizar la jornada efectuada por cada uno de éstos en función del período que se toma en cuenta para el abono de sus retribuciones; y finalmente, han de entregarles copia del resumen elaborado con esa periodicidad.

28. SSTS de 20 de enero de 1968; de 8 de febrero de 1989; de 31 de enero de 1990; de 26 de septiembre de 1990, rec. núm. 223/1990; de 21 de enero de 1991, rec. núm. 638/1990; de 23 de abril de 1991, rec. núm. 826/1990; de 11 de junio de 1993, rec. núm. 660/1992.

29. STS de 20 de enero de 1968.

30. STS de 29 de noviembre de 1986.

31. SSTSJ Cataluña, de 27 de octubre de 2000, rec. núm. 4838/2000; Comunidad Valenciana, de 13 de septiembre de 2001, rec. núm. 185/1999; Cataluña, de 6 de abril de 2001, rec. núm. 7638/2000.

32. SSTS de 3 de febrero de 1990; de 10 de abril de 1990; de 10 de mayo de 1990; de 22 de diciembre de 1992, rec. núm. 40/1992.

33. STS de 30 de septiembre de 1985.

Por tanto, si la empresa ha incumplido esta obligación, o al menos no prueba que la haya efectuado, consecuentemente, cobra especial valor la prueba presentada por el trabajador, para dar por probada la jornada laboral realizada por el mismo y el horario correspondiente<sup>34</sup>. En definitiva, el art. 35.5. ET impone a la empresa la obligación de registrar día a día la realización de horas extraordinarias, que se totalizarán, de cuyo resumen semanal deberá entregar copia al trabajador. En el caso de que la empresa incumpla dicha obligación legal y no pacte con el trabajador ningún protocolo al respecto, debe entenderse que la carga de probar las horas extraordinarias no es utilizable como un medio de defensa protector de la actitud meramente pasiva de la empresa. En este sentido, la carga de la prueba de haber efectuado horas de trabajo efectivo sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, pesa sobre el trabajador como se ha indicado, pero al ser obligación de la empresa, cuando se realizan horas extras, y probando que se realizan, llevar registro de las horas día a día, totalizándose el cómputo con entrega al trabajador de copia del resumen anual<sup>35</sup>, es por lo que, dominando esta acreditación obligada al empresario, que no es factible conseguir al trabajador, ni está próxima a sus medios, y no aportándola como prueba que desvirtúe las reclamaciones en juicio, ante una jornada uniforme superior a la ordinaria (que suponen una habitualidad de la jornada extraordinaria), se grava al incumplidor (el empresario), con las consecuencias de la ausencia de prueba del número concreto de horas, de los días en que se prestaron y de su naturaleza en el sentido de condenarle por las reclamadas<sup>36</sup>.

34. Asimismo, lo estimó también la STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de mayo de 1998, que literalmente expone: “A) Dado que en todo su discurso argumentativo de la empresa late un mismo sentir, cual es que las pruebas traídas al proceso por el trabajador eran insuficientes para acreditar la realización de las horas extraordinarias apreciadas en la instancia, parece necesario poner de manifiesto alguno de los principios constitucionales que rigen en materia probatoria. Según se pronunció el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 7/1994, de 17 enero: «Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución Española) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarles indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Sin que los obstáculos o dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza”.

35. STS de 21 de enero de 1991, rec. núm. 63/1990.

36. STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.

Si bien, en un primer momento, la jurisprudencia entendió que la acreditación de la realización de las horas extras debía de realizarse de un modo particularizado “día a día y hora a hora”, con posterioridad la aplicación de la carga de la prueba ha evolucionado en el sentido de que puede acreditarse la realización habitual de una superior jornada a la ordinaria de modo constante y reiterado en el tiempo. Así pues, la doctrina jurisprudencial tradicional que venía declarando que no era suficiente la mera manifestación de haber trabajado determinadas horas extraordinarias, sino que se exigía prueba de su realización, ha sido superada y matizada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 ET, declarando que “es el empresario quien tiene la facultad y deber de controlar la realización de las horas extraordinarias por el trabajador registrándolas día a día y entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente lo que, en buena lógica y con deductivo razonar, cuando no consta que el empleador haya cumplido con tal deber pueda implicar ni hacer recaer sobre el empleado el deber de tal acreditación”<sup>37</sup>, considerándose entonces que la realización de una jornada superior de modo constante y reiterado en el tiempo, no precisa la prueba de hora a hora y día a día, sino que la prueba se contrae a justificar la existencia de esa superior jornada. En otras palabras, cabe indicar que “si bien es verdad que frente a la norma general de necesidad de probar por parte de quien la invoque en su favor la realización de horas extraordinarias, la doctrina del Tribunal Supremo sustentada entre otras coincidentes sentencias que el escrito de formalización del Recurso refiere y las de 3 de febrero, 20 de abril, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 26 de junio de 1995, que cuando la jornada laboral llevada a cabo por el trabajador es uniforme y supera la establecida como ordinaria basta con acreditar esta circunstancia para demostrar también la habitualidad en la realización del exceso como horas extraordinarias, es claro que la aplicabilidad de tal doctrina supone y presupone la acreditada constatación o probada realidad de una jornada laboral habitual o continuamente llevada a cabo por encima o con exceso de la establecida como propia u ordinaria”<sup>38</sup>.

La obligación de llevar un registro de la jornada laboral es una obligación formal que se impone a la empresa, la cual ha de registrar la jornada de cada día y de cada trabajador, sea ordinaria o extraordinaria, aunque con específica mención de las horas extraordinarias, y con el deber añadido de totalizar unas y otras. En el caso aquí debatido, es claro que la empresa no ha cumplido esa obligación legal, por lo que es clara la improcedencia de su actuar.

37. STS de 23 de enero de 2001.

38. Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, proc. núm. 426/2013 que recuerda su anterior sentencia de 3 de mayo de 2000.

Por consiguiente, el incumplimiento por el empresario de su obligación de registro no puede repercutir en su beneficio y, además, se erige en un elemento trascendental que ha de tomarse en consideración por parte del órgano judicial a la hora de repartir la carga de la prueba respecto de las horas trabajadas. La actividad probatoria de la empresa es exigible además de por aplicación del citado precepto, por el hecho de que es quien mejor dispone de los datos y elementos de convicción necesarios para determinar las jornadas efectuadas y sus posibles excesos. A tal efecto, el artículo 217.6 de la LEC dispone que el juzgador debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Por todo ello, si de manera injustificada la empresa deja de aportar al proceso los registros diarios de la jornada del trabajador o no los ha realizado, habrán de tenerse por ciertas las horas que el trabajador alegue como trabajadas, mientras que si el empresario presenta tales registros, los datos resultantes de los mismos habrán de ser tenidos por ciertos, salvo que se acredite que no es así. Esto no supone una inversión del onus probandi, pues han de valorarse las dificultades probatorias que tiene siempre el trabajador para acreditar el número exacto de horas trabajadas<sup>39</sup>.

En suma, cuando se acredite que el trabajador realiza una determinada jornada uniforme por encima de la ordinaria, no será preciso que el mismo presente una prueba completa de todas y cada una de las horas trabajadas, como ocurriría si el registro de jornada se llevase por parte del empleador, en cuyo caso sí sería preciso que las horas trabajadas fuera del mismo fuesen acreditadas por quien alega su existencia.

39. STSJ Comunidad Valenciana, de 13 de mayo de 2010, rec. núm. 2409/2009.

## USO Y ABUSO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR, POR LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

*Sentencia TJUE de 14 de septiembre 2016, asunto C-16/15*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO<sup>1</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** La Sra. Pérez López fue nombrada para ocupar el puesto de enfermera, como personal estatutario temporal eventual, en el Hospital Universitario de Madrid durante el periodo comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. Tras este primer nombramiento se realizaron otros posteriores en siete ocasiones, con una duración de 3, 6 o 9 meses, todos sin solución de continuidad y con el mismo contenido o actividad, realizando una carrera total de servicios de 4 años y 1 mes. Vigente el último nombramiento la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid aprueba la Orden de 28 de enero de 2013, por la cual y ante la necesidad de reducir gastos públicos, se establece que una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse el cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de los haberes correspondientes. Esta orden fue comunicada a la interesada. Sin embargo, antes de que llegara dicha notificación, se le realizará un nuevo nombramiento con fecha de 21 de marzo de 2013 para que, sin solución de continuidad, prestara sus servicios hasta el 30 de junio de 2013. El 30 de abril del mismo año la interesada interpone recurso de alzada contra la comunicación de cese y también contra el nuevo nombramiento, recurso resuelto por silencio administrativo negativo, lo que provocó interpusiera recurso contencioso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, alegando que la actividad que realizaba no era temporal sino permanente, existiendo fraude de ley en la contratación temporal realizada lo que conlleva su conversión en empleada indefinida.

**RESUMEN:** La utilización de la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública, si bien puede no dotar al trabajador del mismo sistema de garantías jurídicas y de derechos que pudiera llegar a tener en el ámbito del sector privado, sí supone la necesidad de respetar unos mínimos legales

1. Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

establecidos a nivel de la Unión Europea, que los Estados miembros deben proteger y garantizar.

#### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS
3. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Durante los años ochenta, la situación de crisis en la que se encontraba Europa llevó a la necesidad de introducir formulas flexibles en la contratación que permitieran a los empleadores adaptarse a sus necesidades reales. Asimismo, se señalaba que los trabajadores también podían encontrarse en situaciones concretas que aconsejaran que su relación de trabajo fuera temporal o de duración determinada. Se transformaba de esta forma una relación “atípica” en la más normal de las relaciones de trabajo existentes, tanto en el sector privado como público. Las medidas legales introducidas en los ordenamientos jurídicos nacionales para atender esa situación temporal fueron, sin embargo, utilizadas en ocasiones de manera fraudulenta, lo que llevó al abuso en la contratación temporal y a la necesidad por tanto de establecer “sanciones para los casos de uso abusivo de la contratación”, definiéndose este abuso a nivel de cada Estado miembro<sup>2</sup>.

Para poder comprender el alcance de la sentencia analizada debemos partir de algunos datos del mercado de trabajo español, especialmente los referidos a la utilización de la contratación indefinida y temporal. En el mes de agosto de 2016, en España se registran 65.907 contratos indefinidos, cifra que se concreta en la Comunidad de Madrid en 15.319 contratos. En cuanto a los contratos temporales, los datos registrados en agosto del presente año son los siguientes: en España se registran 534.045 contratos de obra o servicio y en la Comunidad de Madrid 55.930; en cuanto a los contratos eventuales a nivel nacional se registran 662.918 y a nivel de la Comunidad de Madrid 55.748; por último, el contrato de interinidad que es el que más puede interesar en este trabajo, a nivel nacional registra un total de 129.187 mientras que en la Comunidad Autónoma de Madrid estos contratos llegan a 15.290<sup>3</sup>. Puede observarse que la tendencia por la contratación temporal

2. Para más información puede consultarse CASTELLANO BURGUILLO E. y PÉREZ GUERRERO M.L. “El contrato de duración determinada en la jurisprudencia comunitaria”, Relaciones Laborales nº15-16/2008, pág. 245 y ss.; SCIARRA, S. “El trabajo de duración determinada en la jurisprudencia de la Corte de justicia europea. Una pieza en la modernización del derecho del trabajo”, Revista Relaciones Laborales nº 14/ 2007 (tomo II), pág. 1305 y ss.

3. Estos datos pueden consultarse en [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_avance/contratos/index.html](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/contratos/index.html). 6 de octubre de 2016

no ha cambiado respecto de épocas anteriores, aunque un examen más detallado del contrato indefinido y principalmente el estudio de sus medidas de fomento aprobadas en los últimos años, nos llevarían a concluir que éste ha experimentado un ligero aumento.

En este contexto se analiza el contenido y consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre 2016, asunto C-16/15, que resuelve el conflicto producido entre la demandante e interesada, la Sra. María Elena Pérez López y el Servicio Madrileño de Salud, en relación con la calificación jurídica y régimen que debe aplicarse a la relación de trabajo que existe entre ambas partes.

1.2.- El punto de partida del debate es el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE, y el CEEP<sup>4</sup> sobre trabajo de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999 y que se contiene en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. En la medida en que la forma jurídica adoptada es una Directiva europea, ésta deja en manos de los Estados miembros la correcta transposición de su contenido y del Acuerdo Marco al ordenamiento nacional, siendo en esta transposición donde se producen los elementos del debate que vamos a estudiar.<sup>5</sup>

Este Acuerdo Marco se aprueba para la consecución de varios objetivos relacionados entre sí. Uno de ellos es la necesidad de establecer los principios generales y las condiciones mínimas para que los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo tuvieran un mayor nivel de garantías, mejorando así la calidad de este tipo de trabajo, estableciendo además el principio o derecho fundamental de no discriminación basada en la duración de la relación laboral. Asimismo, se intentan establecer reglas para evitar el abuso en la utilización de este tipo de contratos a través de su justificación por razones objetivas. Con este acuerdo se pretende contribuir a la creación de una mayor flexibilidad del tiempo de trabajo sin renunciar a la seguridad de los trabajadores. Se parte de la base de que el contrato indefinido debería ser la regla común y el contrato temporal al que acudir sólo en los supuestos tipificados

4. Estas siglas hacen referencia a la Confederación europea de Sindicatos (CES), a la Unión de confederaciones de la industria Europea (UNICE) y al Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP).

5. Sobre esta materia puede consultarse AA.VV (Cruz Villalón J. y otros, *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos. 2000; AA.VV (García Murcia y otros) *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, Informes y estudios del MTAS. 2005; Linde Paniagua, E y Pilar Mellada, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, COLEX 200; Puente Egido, J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Dykinson; Palacio González, J., *El sistema comunitario de fuentes del derecho y su articulación con los ordenamientos nacionales*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1991.

legalmente, supuestos que atenderían tanto la necesidad de los empresarios como de los trabajadores, ya que ambos pueden tener necesidades temporales. Para ello además se parte de que serán los Estados miembros los que contemplen las situaciones sectoriales y estacionales que precisen un tratamiento diferente.

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, este Acuerdo Marco se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada, entendemos tanto en el sector público como privado. Este aspecto del ámbito de aplicación es una de las cuestiones tratadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrollaremos ampliamente en los epígrafes siguientes. El acuerdo permite que el Estado miembro, en el momento de la transposición, prevea exclusiones a su ámbito de aplicación motivadas éstas por la existencia de relaciones donde predomina la formación y aprendizaje del trabajador, la inserción o la reconversión profesional, o bien sean relaciones de naturaleza pública o sostenidas por los poderes públicos. Observamos pues un primer resquicio legal por el que permitir la no aplicación del contenido de este acuerdo en el ámbito público.

Sin perjuicio de su mayor detalle en las páginas siguientes, nos parece importante resaltar en este momento la cláusula 5.2 del acuerdo marco que expresamente señala que: *“Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”*. A través de esta cláusula se deja en manos de los Estados miembros determinar la abusividad de la relación de trabajo, ya que son ellos los que definen qué debe entenderse por “sucesivos” y es esta circunstancia precisamente la que hace que, en España, en el ámbito de la empresa privada se determine la existencia o no de abuso en la contratación temporal. Lo mismo ocurre con el concepto o definición de contrato por tiempo indefinido.

1.3.- La normativa nacional que se discute en el presente caso es la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En esta norma, el artículo 9 prevé que: *“por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Este nombramiento puede ser de interinidad, de forma eventual o de sustitución”*.

Como puede comprobarse, las razones para la contratación son la necesidad de personal, de forma urgente o temporal o coyuntural. Para atender esta necesidad

la contratación que se prevé es de duración determinada, concretamente sigue señalando este precepto:

- ✓ la interinidad se utilizará para el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. El cese del personal laboral temporal se producirá cuando se incorpore el personal fijo a la plaza que desempeñe o cuando ésta sea amortizada.
  
- ✓ El nombramiento eventual se producirá o bien cuando exista esa causa temporal o coyuntural, o bien cuando sea necesario garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios, o bien para la prestación de servicios complementarios por reducción de una jornada ordinaria. En este punto encontramos una contradicción con el Acuerdo europeo, ya que se posibilita la contratación temporal para cubrir una necesidad permanente y continuada. Sin embargo, en la norma nacional se prevé un límite a esta posibilidad, *“si se realizan dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de 2 años, se procederá al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”*- Como puede observarse el deber legal sólo hace referencia al “estudio no a la convocatoria” de un plaza estructural y permanente. La Administración puede apreciar libremente las razones que justifican la utilización de varios nombramientos y en el caso de que se cree la plaza, ésta se puede cubrir por personal temporal o permanente.

## 2. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO PLANTEADAS

En la sentencia que analizamos se exponen varias cuestiones de interpretación jurídica que el Juez nacional plantea al Tribunal Europeo, y cuya resolución puede crear importantes derechos en España para los trabajadores con contrato de duración determinada.

1. La primera de esas cuestiones de fondo es cómo debe interpretarse el artículo 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud para que no resulte contrario al Acuerdo europeo que regula la contratación de duración determinada, ya que este precepto favorece los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos; no fija una duración máxima de las relaciones eventuales; ni un número máximo de renovaciones, y además deja a la voluntad de la Administración Pública la creación de plazas estructurales cuando la necesidad de personal es también estructural

y permanente, considerando que existe esa necesidad permanente a partir de que se hayan producido 2 nombramientos temporales por un periodo de 12 o más meses en un periodo de 2 años.

Además, el Juez nacional plantea cómo debería interpretarse este artículo 9.3 del Estatuto Marco que prevé que cuando “se cree esa plaza estructural o permanente”, el trabajador con nombramiento eventual pasaría a tener un nombramiento “interino”.

2. La segunda cuestión de fondo es la relativa a la interpretación del artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid de 28 de enero de 2013, al señalar que a la finalización del nombramiento se producirá el cese de los trabajadores con nombramiento temporal y se liquidarán los haberes pendientes, incluso cuando a continuación se vaya a producir un nuevo nombramiento a favor de la misma persona y sin tener en cuenta, por tanto, la necesidad de que exista una causa objetiva conforme a la cláusula 3 del Acuerdo Marco europeo.
3. La tercera cuestión de fondo es hasta qué punto no estamos creando una situación discriminatoria, contraria al principio de no discriminación previsto en el Acuerdo Marco europeo, si permitimos que trabajadores con la misma cualificación presten servicios en los centros sanitarios, siendo uno de ellos titular de un contrato temporal sometido al Estatuto de los Trabajadores, mientras que otro estaría sometido al régimen del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios salud. El primero tendría derecho a una indemnización a la finalización del servicio, así como una garantía de conversión en trabajador indefinido en caso de abuso y fraude en la utilización de su contrato temporal, mientras que el segundo trabajador no tendría esas dos garantías a priori, al menos no garantizadas por el Acuerdo Marco europeo<sup>6</sup>.
- 1) Para responder a la primera de las cuestiones de fondo que hemos establecido, el Tribunal europeo, señala que a la hora de definir el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco se ha utilizado una fórmula amplia que engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello además con independencia de cómo hayan denominado o calificado jurídicamente al contrato en el derecho interno. Esto significa que la relación

6. Sobre esta cuestión puede consultarse la reciente Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14

existe con independencia de la categoría otorgada a la misma por el derecho nacional<sup>7</sup>.

En relación con el abuso en la utilización de la contratación temporal, según el Tribunal europeo, el Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera este acuerdo como garantía cuando en el Derecho interno no se contemplen medidas legales equivalentes. En concreto, se señala en el acuerdo europeo, que tendrá que comprobarse que existen razones objetivas que justifican la temporalidad, también deberá fijarse una duración máxima para la misma, y un número también máximo de renovaciones<sup>8</sup>. Se deja, por tanto, bastante margen de apreciación a los Estados miembros, los cuales además podrán tener presente las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores. Sin embargo, el Tribunal europeo deja claro que este margen de apreciación no puede poner en peligro el objetivo o efecto útil del Acuerdo Marco (prevención de abusos).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye el Tribunal europeo que será el Juez nacional el que deba dilucidar si el Estado español ha adoptado las medidas necesarias para la consecución del objetivo del acuerdo, medidas que deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias en relación con este objetivo de prevención y sanción del abuso en la contratación temporal.

Lo que hace el Tribunal europeo es orientar<sup>9</sup> al órgano judicial nacional en este cometido y para ello señala, en relación con la concurrencia o no de razón objetiva que justifique la contratación temporal, que debe analizarse cada caso concreto, cada circunstancia específica de una determinada actividad. Esta circunstancia específica puede tener su origen en la especial naturaleza de la tarea que se desarrolla, de manera que se busque un interés legítimo dentro de lo que puede ser la política social de un Estado. No se ajustaría a estos requisitos, una previsión nacional que autorice de forma abstracta y general a la utilización de sucesivos contratos de trabajo temporales.

7. Sobre esta materia pueden consultarse: Sentencias del Tribunal de Justicia europeo de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler y otros C-212/04; de 13 de marzo de 2014, Fiamingo y otros C-362/13, C-363/13 y C-407/13.

8. Sobre esta cuestión puede consultarse la reciente Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C/-197/15. Además de las Sentencias de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros C-378/07 a C-380/07; de 26 de enero de 2012, Kûcûk C-586/10; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano C-190/13.

9. Pueden consultarse las Sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros C-362/13, C-363/16, y C-407/13.

En el caso de la normativa española discutida, considera el Tribunal europeo que se fijan de manera precisa los requisitos cuando se prevé que la temporalidad del contrato responda a servicios de naturaleza coyuntural o extraordinaria o cuando exista previamente una reducción de jornada ordinaria. Además, en este caso señala el Tribunal que no hay una autorización general y abstracta porque se prevé que la Administración Pública estudie el caso cuando se produzcan 2 nombramientos seguidos de duración de 12 o más meses en un periodo de 2 años. A esto añade el Tribunal, que en una administración que dispone de numeroso personal, como es el caso del sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa de la indisponibilidad de los miembros del personal, por ejemplo, por situaciones de baja por enfermedad, permiso de maternidad, permiso parental, etc. La sustitución temporal de los trabajadores en estos casos constituye una causa objetiva que justifica el contrato de duración determinada. Asimismo, la obligación de organizar los servicios de salud de manera que se garantice la adecuación entre el personal sanitario y el número de pacientes, corresponde a la Administración Pública y esto depende de un gran número de factores que pueden demandar esa flexibilidad para la administración.

La duda surge en los casos de necesidades permanentes y continuas de los centros sanitarios, que inicialmente están contemplados como casos en los que se puede utilizar la contratación temporal según el artículo 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, pero que según el Tribunal europeo, se opondrían al Acuerdo Marco europeo que fija la contratación indefinida como la forma más común de relación laboral, y fija la contratación temporal como algo excepcional, cuando concurren determinados requisitos. Es decir, se dejaría vacío de contenido el Acuerdo Marco si se permitiera lo contrario. En el caso que se enjuicia, no parece que los respectivos nombramientos de la interesada, la Sra Pérez López, respondan a necesidades temporales del empleador.

Como dice el Juez nacional se debe considerar “un mal endémico” la cobertura de puestos de trabajo en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal, lo que en el caso concreto que se enjuicia supone que alrededor del 25% de las 50.000 plazas de la plantilla de personal sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramiento temporal, llegando incluso en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años. Esto supone que el contenido del artículo 9 del Estatuto Marco español se oponga a lo establecido en el Acuerdo Marco europeo, porque además el margen de apreciación que se

deja a la Administración Pública en este caso, para que se creen puestos estructurales y permanentes, realmente no entraña ninguna obligación de crearlos, pero es más, en el caso de crearlos, éstos pueden ser cubiertos por “personal estatutario temporal interino”, sin que exista una limitación en cuanto a la duración o número de estos últimos nombramientos. Esto hace que la situación de precariedad en la que se encuentran los trabajadores se convierta en permanente y ello a pesar de que se reconoce que el Estado español tiene un déficit estructural de puestos fijos en la sanidad.

En resumen, la norma española que regula la cobertura de los puestos estatutarios del servicio público de salud, si bien contempla situaciones de contratación temporal e indefinida, facultad el uso no adecuado de la contratación temporal al permitir que una actividad y servicios permanentes se cubran con personal temporal interino.

- 2) En relación con la segunda cuestión de fondo, la interpretación del artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid de 28 de enero de 2013, el Tribunal europeo considera que el Acuerdo Marco europeo no pretende armonizar los ordenamientos jurídicos europeos en relación con los contratos de duración determinada, sólo busca fijar un marco común para garantizar la igualdad de trato de los trabajadores con contrato de duración determinada respecto de los trabajadores indefinidos, y esto no se garantizaría, si se permitiera a un Estado miembro considerar razón objetiva el mero hecho de que una relación laboral se considere “nueva” en derecho nacional. Sin embargo, no es contrario al mencionado Acuerdo europeo, el hecho de que una normativa nacional señale que la relación temporal acabará en la fecha prevista en el nombramiento y que en dicho caso se abonarán las liquidaciones de haberes pendientes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma “no menoscabe el objetivo y efecto útil del Acuerdo Marco” lo que debe ser comprobado por el Juez nacional<sup>10</sup>. En resumen, es el juez nacional el que debe comprobar si esa Orden de la Comunidad de Madrid deja vacío de contenido el Acuerdo Marco por permitir nuevos nombramientos de la misma persona una vez llegada la fecha de conclusión prevista en el nombramiento anterior y una vez que se hayan liquidado los haberes pendientes. Es este punto el que deberá comprobar el titular del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Madrid, que deberá buscar la objetividad en la razón o causa que se alega por el servicio público sanitario.

10. En este punto puede consultarse los Autos de 11 de noviembre de 2010, Vino C-20/10 y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12.

- 3) La tercera cuestión de fondo se refiere a la comparativa de derechos entre el personal que presta servicios al amparo de una relación laboral sometida al Estatuto de los Trabajadores y el personal que lo hace al amparo de una relación estatutaria sometida al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En este punto señala el Tribunal europeo, que el Acuerdo Marco incluye una prohibición de tratar, en las condiciones de trabajo, de forma menos favorable a los trabajadores con contrato de duración determinada respecto de un trabajador fijo comparable<sup>11</sup>, por el mero hecho de que su contrato sea temporal y siempre que no exista una razón que justifique un trato diferente de forma objetiva.

En este sentido, el Tribunal europeo indica que el contenido del Acuerdo Marco se refiere a trabajadores temporales respecto de trabajadores fijos comparables, pero no se refiere a los trabajadores temporales con una relación funcionarial o laboral. Esta última situación no está prevista en el Acuerdo Marco ni estaría, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación que consagra el acuerdo. Sólo se incluiría en el ámbito del Acuerdo Marco la situación en la que se debatiera sobre las diferencias de trato entre el personal laboral temporal y el personal laboral fijo comparable, trasladando al contenido del derecho nacional la situación entre el personal estatutario temporal y el personal estatutario fijo, por lo que no procede pronunciarse sobre este punto en la institución europea.

### 3. CONCLUSIONES

Del supuesto de hecho analizado, así como del examen del Acuerdo Marco europeo sobre contratos de duración determinada y su transposición al ordenamiento jurídico español, en especial para la contratación de personal en el ámbito del sector público se extraen las siguientes conclusiones:

1. Existe en España un diferente tratamiento legal de la contratación temporal si comparamos el sector privado y el sector público, destacándose algunos privilegios o consideraciones especiales para el empleador en este último sector, ya que una vez que se ha constatado la existencia de una necesidad permanente en el servicio o actividad en cuestión, se facultad al servicio

11. En la cláusula 3ª del Acuerdo Marco europeo se define el “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” de la siguiente forma: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña (...).

sanitario español para ocupar dicho servicio con trabajadores indefinidos o con trabajadores temporales, lo que genera un trato diferenciado respecto del sector privado.

2. Según los datos estadísticos de España que hemos mostrado al comienzo de este trabajo, y en particular de la Comunidad de Madrid, el contrato temporal de interinidad es utilizado de forma numerosa a pesar de que es un contrato con un menor umbral de protección económica en caso de extinción del mismo, como puede comprobarse en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores de España al señalar que *“A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”*.
3. Debemos considerar que si existe una necesidad permanente de personal en el ámbito del sector público, no debiera permitirse su cobertura a través de la contratación temporal, y en caso de que se utilizara ésta, la “sanción” a aplicar en caso de abuso, debería ser la conversión de esa relación de trabajo en indefinida. Lo contrario genera una situación de discriminación entre los trabajadores del sector público y los trabajadores del sector privado, estando garantizado este principio y derecho fundamental por el Acuerdo Marco europeo que hemos estudiado y por nuestra norma suprema, la Constitución de España.
4. La situación de crisis económica y de déficit público que existe en nuestro país, así como los recortes presupuestarios realizados, no pueden justificar actuaciones contrarias al principio de igualdad de trato, no pudiendo por tanto, dejar a la discrecionalidad de la Administración Pública el examen de la concurrencia o no de una causa o razón objetiva que justificara el trato diferente. Si esa causa objetiva no es proporcional y razonable al objetivo perseguido, estaríamos colocando en situación de precariedad permanente a los trabajadores afectados.
5. Por último, el Tribunal europeo en esta sentencia no entra a valorar el importe de la indemnización a percibir a la finalización de un contrato temporal, esto se realiza en otra de las sentencias dictadas en la misma fecha y que ha sido citada en las notas al pie de este trabajo (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), en la cual se remite al ámbito nacional la fijación de dicha indemnización. Lo que se hace en esta otra sentencia europea y que ya ha sido aplicada en el ámbito español, es realizar el “razonamiento jurídi-

co necesario” para que el Juez nacional pueda garantizar los derechos de los trabajadores temporales de la Administración Pública cuya relación de trabajo está sometida al derecho administrativo y no al derecho del trabajo. Este razonamiento jurídico incluye las siguientes reflexiones:

- a) En caso de que se compruebe la existencia de abuso en la contratación temporal administrativa que realiza la Administración Pública, las autoridades nacionales deben adoptar medidas efectivas y disuasorias de esa conducta para garantizar la plena aplicación del Acuerdo Marco europeo sobre contratación de duración determinada.
- b) La cláusula 5ª del Acuerdo Marco europeo no se opone a que la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro, según estemos ante contratos celebrados con empleadores del sector público o privado.
- c) No obstante, lo anterior, el Estado miembro debe contar en esos casos con una medida efectiva que evite ese tipo de abusos, de manera que pueda sancionarlos. Esto es competencia del Juez nacional, no pues del Tribunal Europeo que, si bien no puede pronunciarse sobre ese aspecto, lo que sí puede hacer es aportar precisiones que orienten al órgano judicial nacional a resolver esta cuestión. Y esto es lo que hace al señalar la figura del “trabajador indefinido no fijo”, creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para los empleados públicos. Esta última figura se ha creado para los empleados laborales, no así para los titulares de una relación de trabajo administrativa.
- d) No existiendo para los empleados públicos sometidos a una relación estatutaria, una figura equivalente al trabajador indefinido no fijo, considera el Tribunal europeo que no existe para este colectivo de trabajadores una medida realmente eficaz para prevenir el uso y el abuso de la contratación temporal, y esta situación puede menoscabar el objetivo y efecto útil del Acuerdo Marco europeo sobre contratos de duración determinada. En este sentido, propone el Tribunal europeo que se asimilen a los trabajadores indefinidos no fijos, ya que ésta sería una medida apta para sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal también en las relaciones de trabajo sometidas al derecho administrativo.
- e) Como las obligaciones para los Estados miembros derivan de una “directiva europea”, esta fuente del derecho obliga a dichos Estados a conseguir un resultado, debiéndose adoptar según el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, todas las medidas generales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación.
- f) La particularidad de los empleados públicos, que opten por no realizar la reclamación oportuna, esperanzados por seguir empleados en el futuro en

el sector público, debe ser tenida en cuenta para que no sean disuadidos por esta circunstancia.

- g) Por último, dentro de la consideración de “condiciones de trabajo” protegidas por el Acuerdo Marco europeo (Clausula 4<sup>a</sup>), deben entenderse incluidas las indemnizaciones que el empresario debe abonar a la finalización de la relación de trabajo, ya que dichas indemnizaciones se generan por la “relación de trabajo que ha existido previamente entre trabajador y empresario”, como ocurre con el resto de elementos retributivos que existen en dicha relación de trabajo<sup>12</sup>.

Por último, entendemos que con este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los realizados en la misma fecha (asuntos acumulados C-184/15 y C/-197/15; y asunto C-596/14), se estructura una suerte de modificación del sistema de indemnizaciones aplicable en la contratación temporal y en la contratación indefinida según el ordenamiento jurídico español. Cuando el contrato de trabajo temporal sea utilizado correctamente, deberá abonarse al trabajar 12 días de salario por cada año de servicio. Cuando el contrato temporal sea utilizado incorrectamente, deberá asimilarse la situación a un contrato de trabajo indefinido y en caso de resolución del mismo por voluntad del empleador, el trabajador deberá recibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado con el límite que prevé la norma si la causa de resolución es objetiva y, en caso contrario, se aplicaría la indemnización de 33 y/o 45 días de salario según las reglas incorporadas por la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012.

12. Esto puede consultarse de forma más amplia en la Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14.



---

# Reseña de Legislación



# COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: MAYO A AGOSTO DE 2016

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

*Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**DECRETO DE LA PRESIDENTA 1/2016, DE 9 DE MAYO, POR EL QUE SE DISPONEN CESES Y NOMBRAMIENTOS DE MIEMBROS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA DENTRO DE LOS GRUPOS PRIMERO Y SEGUNDO** (BOJA núm. 93, de 18 de mayo de 2016).

Mediante este Decreto Presidencial se cesan determinados cargos y se eligen sus sustitutos:

- A) Dentro del Grupo Primero, en representación del sindicato UGT de Andalucía, se cesa a doña María del Carmen Barrera Chamorro, como miembro titular; y se designa a doña Sonia Gaya Sánchez.
- B) Por el Grupo Segundo, en representación de las organizaciones empresariales, designado por la CEA, es cesado don Carlos Molina Arróspide, como miembro suplente. Se nombra como sustituto a don Rafael Navas Ferrer.

**DECRETO DE LA PRESIDENTA 3/2016, DE 21 DE JUNIO, POR EL QUE SE DISPONE EL CESE Y NOMBRAMIENTO DE LAS PERSONAS MIEMBROS TITULARES Y SUPLENTES DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES EN REPRESENTACIÓN DE SUS ORGANIZACIONES MIEMBROS** (BOJA núm. 93, de 18 de mayo de 2016).

- A) Se aprueban los siguientes ceses:
  - Como miembro titular en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía a don Gregorio Gil Arjona.
  - Como miembro suplente en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía a doña Consuelo Núñez Correa.
  - Como miembro titular en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de la Central Sindical Comisiones Obreras de Andalucía a don José Martín Anaya.

- B) Se aprueban los siguientes nombramientos:
- Como miembros suplentes, en representación de la Confederación de Empresarios de Andalucía, se elige a doña María Teresa García Gómez y doña Mercedes Díaz Martín.
  - Como miembro titular, en representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía, se designa a don Emilio del Pino Mazuela.
  - Como miembro suplente en representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía, es designada doña Raquel Villasevil Cedeña.
  - Como miembro titular del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de la Central Sindical Comisiones Obreras de Andalucía, se nombra a doña María José López Garrido.

**DECRETO DE LA PRESIDENTA 4/2016, DE 28 DE JUNIO, POR EL QUE SE DISPONE EL CESE Y NOMBRAMIENTO DE LAS PERSONAS MIEMBROS TITULARES DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES EN REPRESENTACIÓN DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE ANDALUCÍA** (BOJA núm. 96, de 23 de mayo de 2016).

Se dispone el cese como miembro titular del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de la Central Sindical Unión General de Trabajadores de Andalucía, de doña María del Carmen Barrera Chamorro; y se designa en sustitución a doña Sonia Gaya Sánchez.

**DECRETO 103/2016, DE 17 DE MAYO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2017** (BOJA núm. 96, de 23 de mayo de 2016).

Se declaran como fiestas laborales propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con carácter retribuido y no recuperable, además del 28 de febrero, Día de Andalucía, la del 6 de enero, Epifanía del Señor y la del 13 de abril, Jueves Santo.

En consecuencia, las fiestas laborales -a las que se tendrán que añadir las dos de carácter local, corresponden con las siguientes fechas:

- 2 de enero (lunes).
- 6 de enero (viernes).
- 28 de febrero (martes).
- 13 de abril (jueves).
- 14 de abril (viernes).

- 1 de mayo (lunes).
- 15 de agosto (martes).
- 12 de octubre (jueves).
- 1 de noviembre (miércoles).
- 6 de diciembre (miércoles).
- 8 de diciembre (viernes).
- 25 de diciembre (lunes).

**RESOLUCIÓN DE 6 DE ABRIL DE 2016, DE LA PRESIDENCIA, POR LA QUE SE ORDENA LA PUBLICACIÓN DE LA DEROGACIÓN DEL DECRETO LEY 1/2016, DE 15 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICAN LA LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO; EL DECRETO LEY 6/2014, DE 29 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@JOVEN Y LA INICIATIVA @MPRENDE+, Y EL DECRETO LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+ (BOJA núm. 88, de 11 de mayo de 2016).**

La Presidencia del Parlamento de Andalucía emitió esta resolución al no haberse convalidado el Decreto Ley 1/2016, de 15 de marzo, quedando en consecuencia derogado el Decreto Ley 1/2016; finalmente, la convalidación prosperó mediante en sesión celebrada el 11 de mayo de 2016, teniendo su reflejo con la publicación de la siguiente disposición:

**RESOLUCIÓN DE 11 DE MAYO DE 2016, DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE ORDENA LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONVALIDACIÓN DEL DECRETO LEY 2/2016, DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICAN LA LEY 2/2015, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA FAVORECER LA INSERCIÓN LABORAL, LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO, EL RETORNO DEL TALENTO Y EL FOMENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO; EL DECRETO LEY 6/2014, DE 29 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@JOVEN Y LA «INICIATIVA @MPRENDE+», Y EL DECRETO LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+ (BOJA núm. 103, de 1 de junio de 2016).**

**ORDEN DE 10 DE MAYO DE 2016, POR LA QUE SE DESIGNA A LA PERSONA TITULAR DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO RECTOR DEL CONSORCIO CENTRO DE FORMACIÓN EN TÉCNICAS INDUSTRIALES Y SE NOMBRAN A LOS VOCALES EN REPRESENTACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA** (BOJA núm. 91, de 16 de mayo de 2016).

Mediante esta Orden se procede:

A) A designar como persona titular de la Presidencia del Consejo Rector del Consorcio Centro de Formación en Técnicas Industriales (en aplicación de lo señalado en el art. 7 de sus Estatutos, aprobados por la Orden de 9 de abril de 1996, de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales) a la persona titular de la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, en la provincia de Cádiz.

B) A nombrar vocales del Consejo Rector en representación de la Junta de Andalucía, a los titulares de la Secretaría General Provincial, de la Jefatura del Servicio de Industria, Energía y Minas, y del Servicio de Cooperación Económica y Desarrollo Tecnológico de la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo en la provincia de Cádiz.

C) A señalar que forman parte del citado Consejo Rector, a propuesta de los órganos de dirección de CC.OO. y UGT (sindicatos más representativos del sector del metal de la provincia de Cádiz) un representante por cada una de ellas en calidad de vocales.

D) A dejar sin efecto las designaciones y nombramientos efectuados para este Consorcio por la Orden de la Consejería de Educación de 3 de junio de 2013.

**ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS** (BOJA núm. 107, de 7 de junio de 2016; corrección de errores en BOJA núm. 143, de 27 de julio de 2016).

Las bases reguladoras se desarrollan en la Orden de 5 de octubre de 2015, por la que se aprueban las bases reguladoras tipo y los formularios tipo de la Administración de la Junta de Andalucía para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva (BOJA núm. 215, de 5 de noviembre de 2015).

Al mismo tiempo de concretarse las bases, se delega en la persona titular de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo la competencia para convocar estas subvenciones, mediante resolución que será publicada en el BOJA en la que se establecerá el plazo de presentación de solicitudes, junto con la cuantía total máxima destinada a esta línea de subvención.

**ORDEN DE 2 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE REGULAN LOS PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS, TALLERES DE EMPLEO Y UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Y SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA A DICHS PROGRAMAS** (BOJA núm. 107, de 7 de junio de 2016; corrección de errores en BOJA núm. 143. de 27 de julio de 2016).

Concreta las bases reguladoras que regirán la concesión de las subvenciones destinadas a financiar proyectos formativos, impartidos en la modalidad presencial, de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, así como Programas de Unidades de Promoción y Desarrollo.

La norma se estructura en dos Capítulos;

1. En el Capítulo I, relativo a las “Disposiciones generales” (arts. 1 a 24), se concretan las entidades beneficiarias de los programas, las cuales -siempre que reúnan los requisitos establecidos en el art. 4 de la Orden- serán:

- a) Las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas Corporaciones Locales.
- b) Los Consorcios y entidades de Derecho Público con sede en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- c) Las Asociaciones, Fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro con sede en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El resto del capítulo regula, entre otros aspectos: los gastos subvencionables (art. 5); la financiación y Régimen de compatibilidad de las subvenciones (art. 7); el procedimiento de concesión (art. 8); el contenido de las solicitudes y la documentación adjunta (arts. 9 y 10); los criterios objetivos para la concesión de la subvención (art. 11); la tramitación de los expedientes, una vez finalizado el plazo de presentación de solicitudes, actividad que corresponde realizar a la Delegación Territorial competente en materia de Formación Profesional para el Empleo (art. 12); los trámites administrativos necesarios hasta culminar con la notificación y resolución de la subvención (arts. 13 a 16); las medidas de publicidad y transparencia pública sobre las subvenciones concedidas (art. 17);

las obligaciones de las entidades beneficiarias (art. 18); la forma de efectuarse el pago, de justificar la subvención y reintegrarla en su caso, las sanciones y las consecuencias al incumplimiento de lo acordado (arts. 19 a 24). Finalmente, en atención a la falta de titulación del alumnado, se desarrolla en el art. 25 la necesaria formación complementaria obligatoria que se le deberá de facilitar a los participantes de los distintos programas.

2. El Capítulo II se titula “Regulación de los proyectos subvencionables”, este se distribuye en cuatro secciones:

- En su Sección 1.<sup>a</sup>, se desarrollan las disposiciones comunes a los proyectos (arts. 25 a 32), siendo muy relevantes los arts. 30 -que recoge los criterios relativos a la selección del alumno trabajador- y 31 -relativo a la selección y determinación del perfil del personal directivo, formador y de apoyo-.
- En su Sección 2.<sup>a</sup>, se concretan los términos del Programa de Escuelas Taller y Casas de Oficio (arts. 33 a 37). El objetivo es la creación de proyectos de carácter temporal destinados a personas jóvenes desempleadas mayores de 16 años y menores de 25 en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con un trabajo productivo. Se articulan a través de las dos modalidades de ayudas: las destinadas a Escuelas Taller y a las destinadas a Casas de Oficio. Ambas modalidades se desarrollan, básicamente, a través de una etapa formativa en la que alumnado trabajador recibirá formación profesional adecuada a la ocupación a desempeñar, según el plan formativo incluido en la memoria; y una segunda fase, de formación en alternancia con el empleo, en la que los alumnos trabajadores completan su formación, siendo contratados por las entidades promotoras. El art. 37 desarrolla los Incentivos a los Proyectos, las cantidades que corresponden a los alumnos trabajadores en cada fase formativa han sido modificadas por la corrección de errores indicada en BOJA núm. 143. de 27 de julio de 2016.
- En su Sección 3.<sup>a</sup> se regulan de forma específica los programas de Talleres de Empleo (art. 38 a 42). Son proyectos de carácter temporal destinados a personas desempleadas de más de 25 años, en los que el aprendizaje y la cualificación se alternan con el empleo productivo. Los importes máximos a incentivar por la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que la entidad beneficiaria decida incrementar los mismos o de los que resulten de su posible actualización, han sido modificados por la corrección de errores.
- En la Sección 4.<sup>a</sup> se concreta el Programa de Unidades de Promoción y Desarrollo (arts. 43 a 47), que tiene por objetivo desarrollar proyectos de carácter temporal destinados a colaborar en la preparación, acompañamiento y evaluación de los proyectos de Escuelas Taller,

Casas de Oficio y Talleres de Empleo así como en la tarea de promoción e inserción del alumnado trabajador.

En todo caso, las subvenciones se encuentran limitadas por las disponibilidades presupuestarias existentes, de acuerdo con el artículo 119.2.j) del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

En este cuatrimestre, también se han publicado las siguientes disposiciones:

**1. DECRETO 106/2016, DE 31 DE MAYO, POR EL QUE SE DICTAN NORMAS PARA FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS AGENCIAS EN LAS ELECCIONES GENERALES, CONVOCADAS PARA EL DÍA 26 DE JUNIO DE 2016 (BOJA núm. 106, de 6 de junio de 2016).**

**2. ACUERDO DE 21 DE JUNIO DE 2016, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE ACTUACIÓN PARA EL TRABAJO AUTÓNOMO DE ANDALUCÍA -HORIZONTE 2020- (BOJA núm. 121, de 27 de junio de 2016).**

El texto del documento se encuentra disponible en el sitio web oficial de la Junta de Andalucía:

<http://juntadeandalucia.es/economiaconocimiento/>

**3. ACUERDO DE 28 DE JUNIO DE 2016, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA ESTRATEGIA MINERA DE ANDALUCÍA 2020 (BOJA núm. 129, de 7 de julio de 2016).**

Se desarrolla en el Anexo del Acuerdo, a lo largo de 76 páginas.

**4. ACUERDO DE 19 DE JULIO DE 2016, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA ESTRATEGIA INDUSTRIAL DE ANDALUCÍA 2020 (BOJA núm. 142, de 26 de julio de 2016).**

Disponible en el sitio web:

<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/sobre-junta/planes/detalle/95604.html>

**5. RESOLUCIÓN DE 18 DE ABRIL DE 2016, DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE DISPONE LA PUBLICACIÓN DE LA**

**RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, DE 18 DE ABRIL DE 2016, POR LA QUE SE HACE PÚBLICA DETERMINADOS INCENTIVOS CONCEDIDOS EN EL INTERVALO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2007-2014, AL AMPARO DE LAS ÓRDENES DE 19 DE ABRIL DE 2007, 9 DE DICIEMBRE DE 2008 Y 18 DE ENERO DE 2012, POR LAS QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE UN PROGRAMA DE INCENTIVOS PARA EL FOMENTO DE LA INNOVACIÓN Y EL DESARROLLO EMPRESARIAL EN ANDALUCÍA (BOJA núm. 84, de 5 de mayo de 2016).**

**6. RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE ABRE CONVOCATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS PÚBLICOS DIRIGIDOS A FINANCIAR LOS COSTES SALARIALES DERIVADOS DEL MANTENIMIENTO DE LOS PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, PARA EJERCICIOS ANTERIORES, REGULADOS EN LA ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014 (BOJA núm. 84, de 5 de mayo de 2016).**

El plazo para solicitar los incentivos fue de 20 días a contar desde el día siguiente al que se publique en el BOJA, el extracto previsto en el artículo 20.5ª) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. El citado extracto es el siguiente:

**7. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE ABRE CONVOCATORIA EXTRAORDINARIA PARA LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS PÚBLICOS DIRIGIDOS A FINANCIAR LOS COSTES SALARIALES DERIVADOS DEL MANTENIMIENTO DE LOS PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, PARA EJERCICIOS ANTERIORES, REGULADOS EN LA ORDEN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2014 (BOJA núm. 84, de 5 de mayo de 2016).**

A la fecha de publicación de este resumen legislativo, el plazo de solicitud de los incentivos ha finalizado, puesto que fue de 20 días hábiles a contar desde el día siguiente al que se publique en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, el extracto previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

**8. EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO POR LA QUE SE CONVOCAN, PARA EL EJERCICIO 2016, LAS SUBVENCIONES A CONCEDER, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA EL IMPULSO DEL ASOCIACIONISMO Y PROMOCIÓN COMERCIAL EN MATERIA DE ARTESANÍA, EN FAVOR DE ASOCIACIONES, FEDERACIONES Y CONFEDERACIONES DE ARTESANOS Y ARTESANAS Y EN FAVOR DE EMPRESAS, PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS, ARTESANAS -MODALIDAD ARA /E- (BOJA núm. 167, de 31 de agosto de 2016).**

**9. RESOLUCIÓN DE 22 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO, POR LA QUE SE CONVOCAN, PARA EL EJERCICIO 2016, LAS SUBVENCIONES A CONCEDER, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA EL IMPULSO DEL ASOCIACIONISMO Y PROMOCIÓN COMERCIAL EN MATERIA DE ARTESANÍA, EN FAVOR DE ASOCIACIONES, FEDERACIONES Y CONFEDERACIONES DE ARTESANOS Y ARTESANAS Y EN FAVOR DE EMPRESAS, PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS, ARTESANAS -MODALIDAD ARA/E- (BOJA núm. 167, de 31 de agosto de 2016).**

Mediante esta disposición se procedió a aprobar la convocatoria para el año 2016, de las subvenciones a conceder, en régimen de concurrencia competitiva, para el impulso del asociacionismo y promoción comercial en materia de artesanía, en la modalidad de asociaciones, federaciones y confederaciones de artesanos y artesanas y en la modalidad de empresas, personas físicas o jurídicas, artesanas, estableciendo que el plazo para la presentación de solicitudes será de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a la publicación del extracto de la presente Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

## ESTUDIOS

Derecho del Trabajo y políticas sociales: un programa para la investigación transnacional

Tiziano Treu

La reforma laboral en Francia

Philippe Martin

Trabajadores pobres y pobreza de los ocupados: una primera aproximación

Fco. Javier Calvo Gallego

El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio

Margarita Miñarro Yanini

El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas

Alejandra Selma Penalva

Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente

Magdalena Llopart Bennassar

## MERCADO DE TRABAJO

La reciente transformación de las tareas laborales en relación con el nivel educativo

Joaquín Vera Grijalba, Francisca Cea D'ancona y Raquel Llorente Heras

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

Derecho de huelga y responsabilidad civil extracontractual

Juan Escribano Gutiérrez

### PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

Derechos de información a los representantes de los trabajadores y despido colectivo

María Isabel Ribes Moreno

### EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

De nuevo sobre el control de las horas extraordinarias, pero en la modalidad de teletrabajo

Raquel Poquet Catalá

### DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Uso y abuso de la contratación temporal en la Administración Pública, en particular, por los Servicios Públicos de Salud

Emilia Castellano Burguillo

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M<sup>a</sup> Dolores Rubio De Medina

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO