



REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

mayo-octubre 2023

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

7

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

MAYO-OCTUBRE 2023

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECCIÓN

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

SECRETARÍA GENERAL

Estefanía González Cobaleda

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

La revista nace en el marco de las siguientes acciones investigadoras:

- Proyecto Estatal de I+D+i “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (RTI2018-094696-B-I00).
- Proyecto Autonómico de I+D+i “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico” (P18-RT-2585).

Este número se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos:

- Grupo PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”, financiado por la Junta de Andalucía.
- Red de I+D+i “Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores”.

ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) que desde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocer trabajos originales, inéditos y dedicados a las materias que sean propias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, cuenta con una significativa presencia en Europa y Latinoamérica, está vinculada a la actualidad sociolaboral, quiere reflexionar y aportar soluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho, y tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad y seriedad.

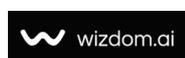
Asimismo, esta revista interuniversitaria es una publicación de periodicidad semestral, con dos números ordinarios por año (además de los números extraordinarios) que cubren los períodos mayo-octubre y noviembre-abril, editada en formato electrónico. Y se dirige a profesores universitarios, investigadores, estudiantes, abogados, graduados sociales, asesores y personas en general interesadas en los estudios jurídico-laborales, siempre con la finalidad de promover la investigación, la transferencia y la actualización académica y profesional dentro de su especialidad.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número / Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Clásicos del Derecho
- Reseñas bibliográficas

La revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

CIRC (D, Ciencias Sociales), **Dialnet**, **Latindex**, **MIAR**, **DRJI**, **REBIUN**, **ROAD**, **Wizdom**, **WorldCat**, **CSUC**, **Google Académico** (Google Scholar), **Crossref Metadata Search**, **EZB** (EZB Electronic Journals Library), **WZB** (WZB Berlin Social Science Center), **ZDB** (Zeitschriften Datenbank), **Dulcinea**, **REDIB** (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), **Journal TOCs**, **Scilit**, **DOAJ** y **ERIHPLUS**.



DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN
<http://www.revistas.uma.es/indexphp/REJLSS/>



PRESENTE EN TWITTER



PRESENTE EN FACEBOOK



CONSEJO ASESOR

VOCALES

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Stefano Bellomo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Paola Bozzao

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Riccardo Del Punta

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Firenze (Italia)

Ángel Luis de Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)

Carmen Elena Domínguez Soto

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Marco Esposito

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

Antonio Márquez Prieto

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social



María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Rosa Quesada Segura

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León (España)

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Franco Scarpelli

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

Francisco Tapia Guerrero

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Adriana Topo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Padova (Italia)

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaime I de Castellón (España)

CONSEJO EDITORIAL

Se pueden consultar los miembros del Consejo Editorial en el siguiente [enlace](#).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Se pueden consultar los miembros del Consejo de Redacción en el siguiente [enlace](#).

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

Se pueden consultar los miembros del Comité de Evaluación en el siguiente [enlace](#).



SUMARIO

EDITORIAL

Francisco Vila Tierno

LA IMPORTANCIA DE LA CONCILIACIÓN EN EL SEÑO DE LAS EMPRESAS

THE IMPORTANCE OF CONCILIATION WITHIN COMPANIES 9-11

ESTUDIOS DOCTRINALES

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

LA LEY RIDER DOS AÑOS DESPUÉS: ENSEÑANZAS DE UNA EXPERIENCIA PARTICULAR

THE RIDER ACT TWO YEARS LATER: LESSONS FROM A PARTICULAR EXPERIENCE 13-35

Jesús Lahera Forteza y Valeriano Gómez Sánchez

REGULACIÓN LABORAL EN ESPAÑA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: Presente y futuro

LABOR REGULATION IN SPAIN OF DIGITAL PLATFORMS: Present and future 36-55

José Eduardo López Ahumada

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO

THE DEVELOPMENT OF NEW FORMS OF EMPLOYMENT FROM THE PERSPECTIVE OF WORKING TIME 56-74

Patricia Nieto Rojas

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL A TRAVÉS DEL RD LEY 5/2023

THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/1158 ON WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS AND CARERS THROUGH RD LAW 5/2023 75-102

Isabel Olmos Parés

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

THE NEW CONTRIBUTORY PENSION SUPPLEMENT TO REDUCE THE GENDER GAP 103-114

Fuminobu Okabe

SITUACIÓN ACTUAL Y CUESTIONES PENDIENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS EN JAPÓN: ¿Por qué los trabajadores japoneses no las toman?

CURRENT SITUATION AND PENDING ISSUES OF THE LEGAL REGIME OF PAID ANNUAL LEAVE IN JAPAN: Why don't Japanese workers take it? 115-143



Aydeé Tamara Sosa Fernández

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MUJER TRABAJADORA
EN EL SECTOR CUENTAPROPISTA EN CUBA

LEGAL PROTECTION OF AUTONOMOUS WOMEN IN CUBA 144-157

Sebastián Nahuel Pasarín

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA: ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA POPULAR Y POR
QUÉ ES IMPORTANTE PARA EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

*CLASSIC-SUBORDINATED WORK CRISIS IN ARGENTINA: ¿WHAT IS "POPULAR ECONOMY" AND WHY IS IMPOR-
TANT FOR LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW?*..... 158-185

José Iván Pérez López

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATACIÓN LABORAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND HIRING JOB 186-206

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Arturo Montesdeoca Suárez

LA PRESUNCIÓN "TIEMPO DE TRABAJO" A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE
DE TRABAJO: El infarto de miocardio sufrido por la persona teletrabajadora

*THE CONCEPT OF "WORK TIME" FOR THE PURPOSES OF CLASSIFYING AN WORK ACCIDENT:
Myocardial infarction suffered by remote worker* 207-223

CLÁSICOS DEL DERECHO

José Luis Monereo Pérez

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO DE MAX WEBER: Juridificación, legitimación y racionalización
del poder público y privado

*THE SOCIOLOGY OF LAW OF MAX WEBER: Juridification, legitimization and rationalization of
public and private power* 225-301

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Aída Cabello Roldán

RESEÑA DE "EL SISTEMA DE PENSIONES ESPAÑOL EN UNA SOCIEDAD EN CONSTANTE
TRANSFORMACIÓN: UN ESTUDIO DESDE UNA PERSPECTIVA HOLÍSTICA Y COMPARADA" ...

303-304



Rafael José López Bedmar

RESEÑA DE "FORMALIDADES E IMPLICACIONES PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO
EXTINTIVO INDIVIDUAL DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO" 305-307

Stefano Bini

RESEÑA DE "TIEMPO DE TRABAJO Y ECONOMÍA DIGITAL: LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE
TRABAJO Y GARANTÍA DEL DESCANSO LABORAL" 308-310

Sheila López Vico

RESEÑA DE "ESCRITOS SELECTOS POR EMILE DURKHEIM" 311-313

Rafael José López Bedmar

RESEÑA DE "TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. METODOLOGÍA DEL DERECHO"
Estudio preliminar: José Luis Monereo Pérez 314-317

LA IMPORTANCIA DE LA CONCILIACIÓN EN EL SENO DE LAS EMPRESAS

THE IMPORTANCE OF CONCILIATION WITHIN COMPANIES

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Of Counsel Martínez Echevarría Abogados

fvila@uma.es ORCID ID [0000-0001-5718-4160](https://orcid.org/0000-0001-5718-4160)

Recibido: 13-09-2023 - Aceptado: 13-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 9-12

*People are people
So why should it be
You and I should get along so awfully*

*So we're different colours
And we're different creeds
And different people have different needs
It's obvious you hate me
Though I've done nothing wrong
I've never even met you so what could I have done*

*I can't understand
What makes a man
Hate another man
Help me understand...*

People are people (Some Great Reward), Depeche Mode, 1984

En un momento en el que el debate se centra en los equilibrios para formar Gobierno o en la polémica del famoso beso del ya ex Presidente de la Real Federación Española de Fútbol, no pueden obviarse u olvidarse que hay otros aspectos que, incluso, tienen mucha más trascendencia que la meramente mediática. Tal es el caso de la garantía de los derechos fundamentales.

En este marco, el derecho de igualdad y no discriminación, como derecho fundamental inespecífico, es un eje que actúa sobre el resto a través de un principio esencial como es el de la dignidad (Monereo). Y así, es posible observar como las políticas de igualdad cada vez tienen más peso, cómo éstas adquieren



un carácter transversal, afectando a todos los aspectos de la vida diaria, entre otros, a las relaciones laborales en las empresas.

Ello ha implicado el que en los últimos tiempos hayan aparecido un importante número de normas que tienen por objeto establecer mecanismos de protección frente a posibles vulneraciones de tal derecho. Con un significativo número de medidas de un carácter más preventivo que reparador.

Estas novedades, sin embargo, no deben alejarnos sobre la posibilidad de poner en valor instrumentos ya más clásicos que no pierden conexión con aquellas políticas de igualdad. En este sentido, todas aquellas cuestiones que impliquen el desarrollo de la corresponsabilidad tienen también una importante repercusión en la planificación de los RR.HH. en las empresas y para la ordenación de una adecuada política laboral en estos entornos.

No obstante, cuando se habla de conciliación no debemos perder de perspectiva que nos referimos diferentes perfiles, pero de lo que se trata, en esencia, es garantizar una compatibilidad entre las necesidades personales, de un lado, las familiares (si estas existen), de otro y; las estrictamente laborales. En esta línea, permitir el desarrollo personal (y el tiempo de ocio), así como la atención a la familia, favorece, sin duda, el clima laboral y disminuye el absentismo y la conflictividad.

En los últimos años, se pueden aludir a muy diversas medidas que adquieren un importante valor y que deben ser tenidas en cuenta en el ámbito socio-laboral. Siendo muy variadas, destacamos algunas muy concretas dentro del amplio marco que se encuentra, sustancialmente, en los arts. 34.8, 37, 45, 46, 48 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores.

De una parte, por ejemplo, en la organización de la prestación de servicios cobra especial protagonismo la posible utilización del teletrabajo, dentro del contexto del trabajo a distancia, como forma de prestación para garantizar las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. Es una fórmula que introduce un margen de flexibilidad muy significativo que evita tener que acudir a otras soluciones, por una y otra parte, que va en perjuicio de la persona trabajadora o de la empresa.

En segundo término, existe un amplio abanico de derechos incluidos dentro de los artículos citados del Estatuto de los Trabajadores que permiten esa conciliación y cuyo desconocimiento puede generar una relevante conflictividad judicial que, en gran parte de las ocasiones no concluye de manera positiva para las empresas (con una modalidad procesal específica de reclamación a través del art. 139 LRJS). Conviene, por tanto, planificar con carácter previo.

Una de las novedades más recientes es el nuevo permiso parental que, desde ya, permite suspender el contrato hasta 8 semanas al año y hasta que el menor cumpla 8 años. De momento no se contempla compensación económica durante esa suspensión, pero el Gobierno español está obligado a regularla antes de agosto de 2024 (podría hacerse mediante el pago de una prestación), por lo que se prevé que es una medida que puede tener un efecto muy significativo y que va a obligar a las empresas a organizar sus plantillas teniendo en cuenta esta posibilidad.



Por último, entre las medidas de flexibilidad que se introducen en los convenios colectivos, no solo están aquellas que responden a las necesidades de las empresas, sino que tienen un sustancial protagonismo las que tienen la finalidad específica para permitir la conciliación. Debe, al efecto, no solo consultarse las cláusulas convencionales, sino que dentro de las políticas de negociación con la parte social, estas medidas (o las incluidas en los planes de igualdad), son muy relevantes. La pregunta es si los Directivos están al tanto de estas medidas en los procesos de negociación. Y deberían estarlo, porque su repercusión es muy alta en la organización de la plantilla.

Con estos mimbres podemos sentarnos y reflexionar si es o no es importante una correcta política en materia de conciliación. Pero eso ya corresponde al lector...



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2023 - núm 7 ISSN-e: 2660-437X

LA LEY RIDER DOS AÑOS DESPUÉS: ENSEÑANZAS DE UNA EXPERIENCIA PARTICULAR*

THE RIDER ACT TWO YEARS LATER: LESSONS FROM A PARTICULAR EXPERIENCE

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

mrodriguez7@us.es

Recepción de trabajo: 01-06-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 13-35

- 1. PRESENTACIÓN. ■ 2. PUDO HABER SIDO UNA HISTORIA MUY BONITA. ■ 2.1. Ley Rider en su contexto ■ 2.2. La aplicación de la Ley Rider. ■ 2.3. El impacto sobre los trabajadores.
- 3. MÁS ALLÁ DE LA LEY RIDER: LEGISLACIÓN POSTERIOR SOBRE PLATAFORMAS.
- 4. ALGUNAS ENSEÑANZAS. ■ 4.1. La eficacia de la acción colectiva. ■ 4.2. Los cambios legales no bastan. ■ 4.3. Las plataformas son empleadores especiales. ■ 4.4. El papel del trabajo autónomo. ■ 4.5. Nuevas formas de economía sumergida. ■ 5. CONCLUSIONES.
- 6. BIBLIOGRAFÍA.

* Este capítulo es un resultado científico del Proyecto PID 2022 – 1412010B, TRABEXIT, de la convocatoria de ayudas del Ministerio de Ciencia e Innovación para proyectos de generación de conocimiento 2022, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. Tiene su origen en una intervención de su autor en la 8th Regulating for Decent Work Conference, organizada por la Organización Internacional del Trabajo y celebrada en Ginebra del 10 al 12 de julio de 2023, con el título de "The Power of Collective Action and the Limits of Regulation: The Struggle for Riders' Rights in Spain".

RESUMEN

España ha sido pionera en la regulación del trabajo de plataforma, y por muchas razones su experiencia es interesante desde un punto de vista académico y de políticas públicas. Y no sólo por disponer de una ley monográfica derivada del diálogo social, sino también por poner de manifiesto la relevancia de la acción colectiva de los trabajadores en el siglo XXI, ya que ha sido el colectivo de riders el que ha conseguido cambiar su situación y forzar una nueva regulación. Sin embargo, la aprobación de la Ley Rider no ha tenido el impacto esperado en los contratos de estos trabajadores ni en sus condiciones económicas y laborales. Las plataformas se han resistido a la aplicación de sus consecuencias de diversas maneras, defendiendo un modelo de negocio basado en la contratación de trabajo autónomo. Incluso tras la laboralización la situación del mercado no ha permitido una mejora en la situación de este colectivo. En este trabajo se identifican las causas que han producido este fenómeno, no contemplado cuando se elaboró la nueva regulación.

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales, riders, nuevas formas de empleo, diálogo social, acción sindical.

ABSTRACT

Spain has been a pioneer in the regulation of platform work, and for many reasons its experience is interesting from an academic and public policy point of view. Not only for having a monographic law derived from social dialogue: it highlights the relevance of workers' collective action in the 21st century as well, since it has been the riders' collective that has managed to change their situation and to force a new regulation. The Rider Act has not been as effective as it was foreseen, though. Some relevant actors in the sector have stubbornly refused to comply with its main mandates, staying at their traditional business model based on self-employment of riders. At the same time, the impact on working and economic conditions has not been as positive as expected. In many cases their income has been reduced, and the social protection they have acceded to has been of low quality. This paper identifies the causes that have produced this phenomenon, which was not contemplated when the new regulation was drawn up.

KEYWORDS: digital platforms, riders, new forms of employment, social dialogue, industrial action.

1. PRESENTACIÓN

Desde el año 2016, cuando se nos concedió una subvención para desarrollar un proyecto de investigación monográfico sobre nuevas formas de empleo vinculados con los cambios tecnológicos, nuestro equipo ha estado trabajando sobre la cuestión del trabajo en plataformas¹. La fecha de concesión de este proyecto hizo que comenzara a ocuparme de esta forma de empleo en una fase relativamente temprana de su presencia en España, y esto, a su vez, me permitió seguir con atención todo su desarrollo, tanto desde la perspectiva de las relaciones laborales en este sector, como en el análisis de los aspectos jurídicos que éstas estaban planteando. Tuve suerte, puede decirse, en la elección del tema.

Y ha sido un buen tema de investigación no sólo por su actualidad y por la cantidad de cambios relevantes producidos durante este periodo². También lo ha sido por su atipicidad y por su escasa homologación con otras actividades económicas. Es, puede decirse, una forma de empleo del siglo XXI, tanto desde un punto de vista estrictamente cronológico (surgió y se ha desarrollado en esta centuria), como por lo que representa, porque encaja perfectamente en las grandes tendencias de este periodo: digitalización, nuevas formas de empleo, pérdida de calidad del empleo, revolución del trabajo autónomo... Resulta también indicativa, seguramente, de otros fenómenos que irán apareciendo, teniendo en gran medida un carácter de vanguardia y de aviso de las cosas que vendrán en el mercado de trabajo.

No es mi objetivo presentar con detalle los aspectos jurídicos del trabajo en plataforma, sobre lo que tenemos mucha y muy buena bibliografía en España³. Mi intención es, por el contrario, analizar dos cuestiones: cuál ha sido el impacto real de esta legislación; para después deducir, a partir del estudio de esta experiencia, algunas conclusiones sobre las tendencias actuales en el Derecho del Trabajo y en las relaciones laborales en general.

La hipótesis de partida es que esta legislación no ha tenido el impacto esperado por una serie de factores, que tienen que ver sobre todo con las peculiaridades de las plataformas como empleadoras y como actores económicos. Su actitud ha sido de clara resistencia este cambio legal, que consideran no sólo injustificado sino también incompatible con su modelo de negocio. Con esta actitud no es de extrañar que los cambios normativos no les afecten tanto como cabría esperar. Lo que ha supuesto, al menos en España, dos cosas: que los objetivos de la Ley Rider no se hayan podido alcanzar en gran medida, por un lado; y que hayan sido necesarias otras intervenciones legislativas posteriores para incrementar su eficacia, por otra.

1 Se trata del proyecto Der 2015-63701-C3-3-R, "Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico".

2 Como muestra de los resultados de este trabajo, HERNÁNDEZ BEJARANO, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; Y TODOLÍ SIGNES, A., "Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real", Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020.

3 En esta misma revista, MORENO GENÉ, J., "Presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto ¿Y ahora qué?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 4, 2022.

Este trabajo se basa en los trabajos anteriores del autor sobre estas materias, especialmente en cuanto a los datos y valoraciones sobre el impacto de la ley⁴; pero pretende ir más allá en cuanto intenta deducir de esta experiencia enseñanzas que permitan identificar tendencias en las relaciones laborales del siglo XXI avanzado, en sociedades post-pandemia altamente digitalizadas.

2. PUDO HABER SIDO UNA HISTORIA MUY BONITA

Cuando un laboralista español explica la Ley Rider a sus colegas de otros países debe tener ciertas precauciones. El hecho de haber sido uno de los primeros países que ha elaborado una ley específica al respecto ha hecho que haya mucho interés en conocer y entender lo que ha ocurrido en nuestro país, por lo que es común que participemos en encuentros científicos y en publicaciones académicas, para aportar nuestra visión sobre cómo afrontar los problemas generados por tales empresas. Si explicamos que hay una Ley específica, que promueve la calificación de estas personas como trabajadores asalariados; y que esta proviene del diálogo social, entonces es posible que deduzcan algo muy distinto a lo que realmente ha ocurrido.

Podría presentarse incluso como una historia bonita, ya que tiene todos los elementos para ello: unos trabajadores explotados; una organización de éstos para defender sus intereses; un apoyo de los sindicatos y de algunos partidos políticos; una actuación decidida de la administración laboral y de los tribunales de lo social; un consenso entre los interlocutores sociales sobre la necesidad de cambiar las cosas; un acuerdo de éstos, convertido en una norma legal por un Gobierno decidido a mejorar la situación de los trabajadores; y, en fin, la imposición de un mecanismo para impedir la práctica más abusiva de estas empresas, el fraude en la calificación de los servicios prestados por sus empleados. El final feliz estaba a la vista: riders reconocidos como trabajadores; mejora general de las condiciones de trabajo; protección social adecuada; fin, en suma, de la precariedad, mientras plataformas y riders negocian convenios para siempre jamás. Justo lo que a los laboralistas nos gusta, una verdadera historia de éxito. Y, sin embargo, esto no fue lo que ocurrió, porque la implementación de la Ley Rider ha estado lejos de adecuarse a este guión. Veamos porqué.

2.1. La Ley Rider en su contexto

La Ley Rider, como es sabido, proviene del diálogo social⁵. Concretamente, del acuerdo de 10 de marzo de 2021 entre los interlocutores sociales a nivel nacional, los sindicatos más representativos y

4 Los datos los he obtenido de un trabajo de investigación recién finalizado, "Analysing the impacts of legislative measures introduced to protect workers on digital labour platforms in Spain", desarrollado dentro del proyecto de la Organización Internacional del Trabajo "Enhancing labour standards and protection measures for platform workers", y desarrollado por las profesoras Emilia Castellano Burguillo y María Luisa Pérez Guerrero, de la Universidad de Huelva, y yo mismo.

5 Un excelente análisis de la historia de la norma, lleno de información interna, en DIEZ, F., "Las plataformas de reparto y la ley "rider" en España. Historia, seguimiento y análisis", *Observatorio de trabajo, algoritmos y sociedad*. Madrid, 2023

las asociaciones patronales. Este acuerdo fue el producto de un largo proceso de negociación entre los interlocutores sociales, que dio lugar a un texto que sería reconvertido en su práctica totalidad en una norma legal, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Esta norma ha sido universalmente conocida como la “Ley Rider” y esta denominación fue propuesta por los sindicatos desde que el inicio del proceso negociador⁶.

Cabe destacar que las propuestas originales se centraban casi exclusivamente en la lucha contra los falsos autónomos en este sector, sin ninguna referencia a los algoritmos. Con el tiempo las prioridades sindicales cambiaron, especialmente a partir del momento en que el Tribunal Supremo aclaró la cuestión de la naturaleza jurídica de sus servicios. Cuando incorporaron la cuestión algorítmica en la negociación las plataformas y otras empresas incrementaron su oposición, lo que retrasó la firma del acuerdo. Su argumento fue que los algoritmos no eran un tema relevante para las empresas tradicionales, pero sí para las digitales, a las que no se estaba representando adecuadamente.

El hecho de contar con un texto legal originado en el diálogo social puede llevar a pensar que se ha producido una verdadera concertación entre los interlocutores sociales de este sector, que han sido capaces de desarrollar relaciones de cooperación y entendimiento entre ellos. Nada más lejos de la realidad, puesto que lo que ocurrió fue precisamente lo contrario, ya que las plataformas no estaban dispuestas a acordar con sus empleados ninguna cuestión, y menos aún la regulación de su actividad.

La verdadera explicación del acuerdo de 2021 fue el contexto general de las relaciones laborales en el país en ese momento. El gobierno español, conformado por una coalición de partidos de izquierda, inició un proceso de negociación con los interlocutores sociales de los principales problemas laborales, produciendo un elevado número de acuerdos sociales en temas como el salario mínimo, el teletrabajo y la reforma de la legislación laboral. Este no es más que uno de estos acuerdos. Por lo tanto, no podemos estudiarlo desde una perspectiva sectorial, como un producto de las relaciones laborales en la economía de plataforma, sino como el resultado de las negociaciones en todo el país. De hecho, este documento fue negociado por organizaciones nacionales, y no sectoriales, en ambos lados de la mesa.

Si algo había caracterizado a las plataformas en España hasta esa fecha había sido su resistencia a establecer relaciones con los representantes de sus empleados, rechazando su representatividad y

⁶ La utilización de esta palabra tiene su historia: las plataformas inventaban denominaciones para sus trabajadores (riders, drivers, turks), tomándolas generalmente del inglés, con una finalidad muy clara, la de evitar la de trabajador asalariado, que es lo que eran en muchos casos. Al margen de posibles consideraciones organizativas y de marketing, lo que se pretendía era generar un indicio más contrario a la calificación de trabajo dependiente. El origen de la expresión está, pues, en las plataformas mismas. Los propios trabajadores, sin embargo, la asumieron, utilizándola como un elemento de identidad. Se denominaban a sí mismos como riders, y esta práctica la asumieron también los sindicatos, que comenzaron a referirse al conjunto de medidas que proponían como una verdadera “ley de riders”.

acudiendo incluso a prácticas antisindicales. Lo cierto es que hubo un problema de representación, y este hecho explica algunos de los problemas que han surgido en la aplicación del nuevo marco legal. Las plataformas se opusieron al acuerdo que inició la reforma legal, y algunas llegaron a abandonar la patronal CEOE.

2.2. La aplicación de la Ley Rider

A la vista del proceso que llevó a su aprobación, la Ley Rider fue percibida como un hito en la evolución del sector de las plataformas de delivery en España, como un factor que cambiaría realmente la situación. Un verdadero “game changer” regulatorio. El final de la Larga Marcha de estos trabajadores, en la hermosa metáfora de Antonio Baylos⁷.

Lo cierto es que la norma se encontró con problemas para su aplicación desde un primer momento. Y estos problemas no vinieron de defectos técnicos de la norma o de falta de medios de la administración, sino de la resistencia de las propias empresas que estaban llamadas a aplicarlas.

La Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) ya se había pronunciado en contra de esta nueva legislación, presentando en octubre de 2022 (mientras se desarrollaba el diálogo social) un informe en el que se analizaba el impacto económico de una potencial laboralización de los riders autónomos. De acuerdo con sus cálculos, se perderían 23.000 empleos de repartidores, un 7% del total, mientras que los restaurantes españoles perderían más de 250 millones de euros en ingresos.

El sector se movilizó contra la aprobación de la norma, ofreciendo un modelo alternativo de regulación basado en una libertad de elección de los propios trabajadores, que podrían decidir si preferían ser contratados según esquemas subordinados o autónomos. Su preferencia era por un contrato TRADE para los repartidores, cuyas condiciones vendrían fijadas por acuerdos de interés profesional firmados con sus representantes. Esta idea fue defendida, por cierto, por algunos partidos políticos durante la tramitación parlamentaria de la Ley 12/2021.

Aparte de las actuaciones institucionales, cada una de las grandes empresas del sector adoptó una posición y una estrategia diferentes frente a la nueva regulación, teniendo en cuenta que en este mercado se ha producido la concentración en algunas pocas grandes empresas.

La oposición más radical a la nueva legislación fue de Deliveroo, que en el mes de julio del mismo año 2021 declaró que había tomado la decisión de poner fin a su actividad en nuestro país. Como consecuencia de ello, inició un procedimiento de despido colectivo para despedir a toda su plantilla,

7 BAYLOS GRAU, A., “La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 40, Nº 1, 2022, págs. 95-113.

más de tres mil personas en ese momento⁸. El abandono efectivo del mercado español se produjo en noviembre de este mismo año⁹.

Glovo se opuso también a la aplicación de la ley, aunque continuó presente en nuestro país (que es, en general, un buen mercado para estas empresas). Su postura fue diferente, ya que partieron de que la norma no les obligaba a cambiar su forma de contratar, ya que sólo contenía una presunción de laboralidad frente a la que cabía prueba en contrario. Esto es, que la contratación por cuenta propia seguía siendo válida si se correspondía con la realidad de los servicios prestados. Su resistencia a la laboralización le llevó a actuar en dos líneas: por un lado, una defensa legal ante las sanciones administrativas y ante las demandas ante la jurisdicción social, a la que dedicaron importantes recursos y en la que involucraron a algunos de los principales asesores legales del país; por otro, el rediseño de su arquitectura contractual para acercar la prestación de servicios de delivery a un modelo de trabajo autónomo real. Así, introdujo importantes novedades en sus modelos de contratación de personas para intentar que pasaran el test legal de no laboralidad, ahora más exigente. Estos cambios incluyeron una serie de controvertidos cambios en su sistema de asignación de pedidos y en las condiciones contractuales con los restaurantes cuya comida reparten. En ambos casos se encontraron con fuertes resistencias de los afectados, trabajadores y productores de comida, que vieron sus condiciones empeoradas, lo que llevó a la empresa a retirar algunas de ellas. Sí se recurrió al empleo de riders mediante contratos de trabajo para una parte de su actividad, la de los dark supermarkets.

La postura de Glovo generó mucha visibilidad, y muchos costes, especialmente cuando la administración laboral rechazó sus pretensiones de no laboralidad y les sancionó de manera recurrente, llegando a batirse records en la cuantía de las multas¹⁰. Sin embargo, en la fecha de cierre de este trabajo todavía no se ha dictado sentencia alguna sobre sus prácticas aplicando la nueva legislación, ya que las que se han venido emitiendo se originan en momentos previos a la aprobación de la Ley 12/2021. Esto ha sido utilizado por la empresa como argumento para apoyar que su estrategia no ha sido condenada por los tribunales laborales españoles, por lo que su ilegalidad no está acreditada. Mientras tanto, siguen prestando servicios de acuerdo con sus esquemas operativos tradicionales, con trabajadores autónomos.

-
- 8 Esta reacción puede considerarse inusual para una empresa normal, pero no así para una plataforma. Si analizamos la experiencia de este tipo de actores económicos encontramos que se trata casi de un patrón, una forma de presionar a los reguladores y a la administración para oponerse a los cambios legislativos que consideraban inaceptables. Por poner algunos ejemplos, Uber suele amenazar a las autoridades locales con dejar a sus ciudades fuera de sus operaciones si aprueban alguna normativa que les afecte. En España abandonó las mayores ciudades del país, Madrid y Barcelona, después de que las autoridades laborales y de transporte amenazaran su modelo de negocio tradicional.
 - 9 No es la primera vez que una plataforma abandona el país. Hace unos años una de las empresas pioneras en el reparto de comida a domicilio, Take Eat Easy, dejó de operar tras ser fuertemente multada por la Inspección de Trabajo. Tampoco es la primera ocasión en que Deliveroo decide abandonar un mercado nacional. Parece, sin embargo, que había razones de negocio también detrás de esta decisión.
 - 10 Según información publicada en la prensa económica, las cantidades que afronta pueden alcanzar los 400 millones de euros en cuotas, multas potenciales o impuestos no pagados

Una de las grandes plataformas había tenido una postura diferente desde un primer momento, utilizando un modelo de negocio diferente. Se trata de Just Eats, cuyo modelo no se basaba en el trabajo por cuenta propia desde antes de que se aprobara la Ley de 2021, seguramente por considerarlo una opción arriesgada. Su estrategia operativa se basaba en la cooperación con empresas de transporte más pequeñas, que eran las que empleaban a los repartidores que se requerían para desarrollar las operaciones. A esto se le conoce como “modelo de flota”, en el sentido de que se contrata con la transportista la puesta a disposición de una flota de repartidores. Tras la ley se continuó con esta política, que no estaba exenta de riesgos, y así se han presentado denuncias ante la Inspección de Trabajo y los tribunales laborales por cesión de trabajadores, que han dado lugar a la imposición de sanciones, algunas con una cuantía muy elevada. Al margen de esta subcontratación, la plataforma procedió a contratar directamente, mediante contratos de trabajo, a un número importante de personas¹¹.

Uber Eats, otra de las grandes, optó inicialmente por adaptarse a la ley, evitando la contratación de autónomos mediante la colaboración con empresas externas, a través de la subcontratación, en lugar de contratar directamente a los trabajadores. Pero esta postura cambió con el tiempo, cuando esta firma comprobó que Glovo mantenía su posición. En marzo de 2022 la directora general de Uber Eats en España envió una carta abierta a la Ministra de Trabajo la que criticaba la situación de desigualdad en la que se encontraban las plataformas, al competir entre sí manteniendo modelos laborales diferentes. Apuntaba especialmente a la empresa Glovo, a la que acusaba de resistirse al cumplimiento de la nueva legislación¹². La denuncia de este incumplimiento que vulneraba la competencia en el sector venía acompañada de la amenaza de hacer lo propio, volviendo al modelo de repartidores autónomos. Esta carta se publicó en la prensa, y generó bastante alarma, porque ponía de manifiesto la existencia de un efecto llamada que ponía en riesgo la eficacia de la ley. La amenaza de Uber Eats se hizo realidad a los pocos meses, y esta empresa anunció que procedía a emplear a un número importante de personas para esta tarea mediante contratos de arrendamiento de servicios. Al igual que Glovo lo había hecho anteriormente, esta plataforma modificó sus condiciones de contratación, para incluir elementos más coherentes con el trabajo autónomo.

De esta manera, la puesta en práctica de la Ley 12/2021 no se tradujo en un cambio total de comportamiento de las plataformas, muchas de las cuales se empeñaron en mantener sus modelos anteriores a ésta por todos los medios. La conflictividad laboral y judicial no cesó tras su aprobación, sino que incluso se incrementó.

No ha sido ésta la única consecuencia negativa, sino que la reacción diferenciada de las plataformas ha tenido su impacto en la organización y representación del sector. Puede decirse que se ha

¹¹ Just Eat sostiene que esta contratación benefició a unos 2.000 trabajadores. La empresa convirtió esta opción incluso en un elemento publicitario, inundando las redes con anuncios en los que se indicaba que trabajar para ella significaba tener contrato laboral, salarios justos, vacaciones...

¹² Decía sobre esta plataforma lo siguiente: con estas palabras: “Glovo [...] el mayor unicornio español, en contra de la ley rider. ¿Debemos seguir el ejemplo de Glovo y trabajar con autónomos para poder competir en igualdad de condiciones?”

generado un auténtico cisma entre estas empresas, que se acusan mutuamente de infringir la ley para obtener una ventaja competitiva.

2.3. El impacto sobre los trabajadores

Un primer aspecto a considerar es el impacto de la norma en el volumen de empleo, partiendo de que, según varias fuentes, España es uno de los países europeos con mayor volumen de empleo a través de plataformas digitales (DIGITAL FUTURE SOCIETY, 2020). El primer informe COLLEEM, financiado por la Comisión Europea, señalaba que España tenía la segunda tasa más alta de trabajadores de plataformas en Europa, mientras que su segunda edición (COLLEEM II) sitúa a España en el primer lugar en proporción de personas que tienen plataformas como principal fuente de ingresos, con un 2,6% de la población activa total. Estos estudios muestran cierta continuidad en el porcentaje de trabajadores que encuentran en estas empresas su principal fuente de ingresos, mientras que el volumen de personas que las utilizan esporádicamente como empleadores ha aumentado significativamente. Un estudio de ETUI de 2022 sitúa a España en el cuarto lugar entre 14 países en la media de trabajadores que tienen las plataformas como principal ingreso, muy por encima de la media europea (1,4% vs. 1,1%). En el contexto de una forma de empleo que está creciendo en toda la Unión Europea, España es la que acredita el mayor crecimiento (INSTITUTO NACIONAL DE SALUD Y SEGURIDAD LABORAL, 2023).

Parece, según las informaciones disponibles, que el volumen de personas contratadas por las plataformas de delivery se redujo en un primer momento tras la entrada en vigor de la Ley, aunque no puede considerarse que este factor fuera la única causa de este fenómeno¹³.

Es indudable, con todo, que la promulgación de la Ley 12/2021 tuvo efectos en el volumen de empleo. Así, algunos repartidores perdieron directamente su empleo, ya que Deliveroo procedió a un despido colectivo de toda su plantilla antes de abandonar el mercado español. Uber Eats desconectó a los trabajadores autónomos de su aplicación una vez que la norma también entró en vigor, viéndose estos forzados a trabajar en otras empresas, de transporte, generalmente en peores condiciones.

Ya se ha indicado que el informe de la patronal ADIGITAL de octubre de 2020 auguraba una pérdida de en torno a 23.000 puestos de trabajo de estas personas de producirse una transición desde el modelo de autónomos al de flota. Parece que la realidad ha sido muy distinta a lo que esta entidad previó, extrapolarando datos a partir de un cambio de modelo similar aplicado en la ciudad de Viena.

Parece que se ha alterado la importancia relativa de los diferentes modelos de empleo dentro del sector. Según los datos que aporta el informe de ESADE, la nueva legislación ha tenido un impacto positivo en cuanto a la presencia de contratos laborales del sector del reparto, por lo que el número total de trabajadores del sector del reparto sujetos a contrato de trabajo se ha duplicado desde 5.464

¹³ Hay que tener en cuenta que el fin de las restricciones a la movilidad impuestas por la pandemia COVID-19 impactó también en el volumen de operaciones del sector, que había crecido sustancialmente como consecuencia de éstas.

en mayo de 2021 a 10.980 en agosto de 2022 (ESADE, 2022). En la Comunidad Valenciana, donde se dispone de datos de la situación antes y después de la Ley de 2021, se ha constatado un aumento notable del porcentaje de trabajo dependiente (TODOLÍ & PEIRÓ, 2021, 2022). Es preciso recordar, sin embargo, que muchas de estas personas con contratos de trabajo no han sido empleadas las propias empresas de reparto, sino por una serie de empresas de transporte que contratan grupos de éstas y se los suministran, en virtud de distintas formas de subcontratación, a las plataformas.

Este tránsito hacia un modelo laboral ha tenido como efecto colateral un incremento de la calidad en la contratación de estas personas. Así, algún informe destaca que la mayoría de los nuevos empleados han sido contratados con contratos indefinidos, lo que ha producido que la presencia de este tipo de contratos en este sector ha aumentado un 167% tras la ley, pasando de un 73,42% a un 97,78% de los nuevos contratos (ESADE, 2022).

Por lo que se refiere a las condiciones económicas y laborales de las personas que trabajan en esta actividad, resulta más complicado valorar cómo les ha afectado la promulgación de la Ley 12/2021, aunque parece que el impacto de la norma no ha sido tan positivo como se esperaba. En muchos casos los riders cuyo estatus contractual cambió tras la aplicación de la Ley 12/2021 vieron reducidos sus ingresos porque trabajan menos horas en cada plataforma. La condición de trabajador asalariado limita las posibilidades de autoexplotación que sí tienen los autónomos. Además, la reclasificación como trabajadores dependientes ha producido una limitación de la posibilidad de registrarse en más de una plataforma, ya que éstas en muchos casos no permiten a sus empleados hacerlo. Este efecto colateral ha propiciado una reducción de ingresos para muchos de éstos.

Sólo los riders con un contrato de trabajo de 40 horas semanales ganan un salario medio de 1.100 o 1.200 euros, mientras que los que tienen un contrato a tiempo parcial obtienen unos ingresos mucho más reducidos, que pueden rondar los 500 o 600 euros. Lo malo es que ser contratado indefinidamente a tiempo completo es más una excepción que una regla. De hecho, el aumento del número de trabajadores dependientes en los últimos meses ha sido especialmente intenso en el caso de los empleados con contrato a tiempo parcial (ESADE, 2022).

El acceso a la condición de trabajadores por cuenta ajena también afecta a su situación ante la seguridad social, ya que el régimen general ofrece una mejor protección en muchos aspectos. Sin embargo, no siempre han podido acceder a un nivel adecuado de protección, debido a lo reducido de sus jornadas de trabajo y de sus ingresos.

Este empeoramiento de condiciones económicas y de trabajo no sólo afecta a los empleados por estas empresas. Así, y por un lado, las nuevas condiciones contractuales impuestas a los repartidores autónomos para burlar la aplicación de la ley han producido este efecto, porque en muchos casos reciben menos pedidos de la empresa que utiliza sus servicios. Mientras que, por otro, los empleados por las empresas de transporte contratistas de una plataforma también se vieron afectados, porque éstas aplicaban convenios colectivos diferentes (del sector del transporte). Además, estos contratistas estaban bajo presión de la empresa cliente para reducir sus costos laborales, y esta presión se transfirió a sus empleados.

Por el contrario, la clasificación como trabajadores dependientes tiene algunos efectos positivos inmediatos. Así, los costes económicos de su actividad (vehículos, combustible, equipos) se trasladan de los riders a las plataformas, y lo mismo ocurre con las cotizaciones a la seguridad social, en la parte correspondiente al empleador.

3. MÁS ALLÁ DE LA LEY RIDER: LEGISLACIÓN POSTERIOR SOBRE PLATAFORMAS

Pronto se comprobó que la Ley Rider no iba a tener una aplicación fácil, ante la resistencia de algunas plataformas, lo que ponía en peligro un de los logros más importantes del diálogo social y seguramente de toda la legislatura. La primera reacción fue la intensificación de la actuación de la Inspección de Trabajo, ya que tenía a este sector entre sus prioridades. Pero cuando la postura negacionista de Glovo se extendió a Uber Eats se hizo patente que la norma estaba flaqueando, y que era necesario adoptar medidas adicionales. Se pueden identificar dos grandes reformas para romper esta resistencia, dos normas a las que podríamos llamar, siguiendo la costumbre reciente en el mundo del Derecho, como la “Ley Glovo I y II”, porque contra esta empresa se elaboraron en gran medida.

La primera, y sin duda la más llamativa, fue el diseño de nuevas medidas sancionadoras. Esto se hizo con la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, que incluye una reforma del Derecho Penal del Trabajo. En lo que a nosotros interesa, se añade un nuevo numeral 2.º al artículo 311, que contiene algunos de los delitos contra los derechos de los trabajadores, con la siguiente redacción:

«2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.»

Esta reforma se presentó como una medida necesaria ante la incapacidad del Derecho vigente para detener y corregir la actuación de algunas plataformas. En la Exposición de Motivos leemos que *“cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal”*¹⁴. Esto es precisamente lo que hay ocurrido, la presencia unas prácticas que la legislación laboral ordinaria y el Derecho administrativo sancionador no han sido capaces de evitar.

¹⁴ Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2022 cuando afirma que *“el conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento jurídico laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales, que permiten asegurar la vigencia de las normas y de las decisiones judiciales. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta el ordenamiento laboral ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como última ratio, al Derecho penal”*.

Dos son los motivos concretos que han llevado a esta reforma: “por un lado, el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo (...). Por otro lado, pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras”. La conexión con la experiencia de la Ley Rider es clara, porque se les acusa de diseñar modelos de contratación que mantienen la no laboralidad de sus empleados a pesar de la presunción legal en contrario.

El nuevo tipo penal criminaliza la calificación fraudulenta de los servicios profesionales prestados por personas físicas. El bien jurídico protegido sería la calificación real de los servicios prestados por las personas, de la que depende la aplicación de la legislación laboral y el ejercicio efectivo de una serie de derechos, legales y convencionales.

La conducta perseguida es contratar personas en fraude de ley, “mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo”; como falsos autónomos, por supuesto, pero es posible pensar en otras formas, también frecuentes en nuestras relaciones laborales. Esta práctica debe producir la imposición de condiciones ilegales; de tal modo que, si éste no se produce, no nos encontraríamos ante el tipo penal. De la misma manera, si las condiciones ilegales son impuestas a través de otros medios, el tipo penal sería otro, quizás el del número 1 del mismo artículo 311 del Código Penal¹⁵.

Este tipo persigue la lesión de los derechos de los trabajadores, como consecuencia de la forma en que han sido contratados. Pero en estos fraudes en la contratación hay otro bien jurídico lesionado, la cotización a la Seguridad Social, que se ve afectada por la calificación inadecuada de la relación de servicios. Tal efecto podría suponer la aplicabilidad de otro tipo penal, el artículo 307 del Código Penal, que castiga a quienes defrauden a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas exceda de cincuenta mil euros. De darse el caso, por la cuantía defraudada, podríamos encontrarnos ante un concurso de delitos, que sería ideal (por constituir una misma acción más de un delito) y heterogéneo (por afectarse dos bienes jurídicos distintos), aplicándose el artículo 77 del Código Penal.

Este nuevo delito es castigado con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses, salvo que la conducta se lleve a cabo con violencia o intimidación, en cuyo caso se impondrán las penas superiores en grado.

La segunda medida dirigida al trabajo en plataformas se ha introducido por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en cuya disposición final novena aparece una “Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, cuyo contenido se limitaba a disponer que “se suprime el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”.

¹⁵ Que castiga a “los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Este precepto de la Ley procesal laboral prevé la forma en que podrá iniciarse el procedimiento de oficio. Y entre éstas se disponía una forma de inicio consistente en “*las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora*”.

De acuerdo con esta previsión, ya derogada, ante un acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, siempre que hubieran sido impugnadas por el sujeto responsable, era necesario iniciar este procedimiento. Se exigía que la impugnación se basara en la naturaleza no laboral de la relación jurídica afectada; esto es, que la empresa alegara, aportando alguna prueba, que no había conducta sancionable porque no existía contrato de trabajo alguno. Esta previsión se aplicaba a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 de la misma ley reguladora; esto es, entre otras materias, las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a la afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores; y los de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas.

La consecuencia práctica de esta previsión era el inicio de un procedimiento de oficio ante el órgano judicial competente, lo que retrasaba la imposición de la sanción hasta que éste concluyera con una sentencia que declarara la naturaleza laboral del contrato de servicios y la existencia de un fraude en la contratación.

La vinculación de esta modificación legal con el trabajo en plataformas es directa porque esta previsión legal se había convertido en un elemento central en la estrategia de negocio de algunas de éstas. En efecto, gracias a ella retrasaban afrontar su responsabilidad en caso de fraude en el empleo de riders, lo que les permitía remitir el pago de las sanciones y de las cotizaciones correspondientes. De hecho, la mayoría de la litigiosidad generada por estas prácticas era por aspectos de seguridad social, ya que una calificación deficiente de la naturaleza jurídica del vínculo contractual existente entre la plataforma y el rider se traducían también en un encuadramiento defectuoso, y en una actuación inspectora que podía llevar aparejada una sanción¹⁶. Aunque la Inspección proponía sanciones muy elevadas, dado el alto número de trabajadores afectados, la realidad es que su pago se dilataba en el tiempo mediante la sustanciación de un procedimiento de oficio en todos los casos¹⁷.

Esta segunda medida tiene el efecto de impedir esta práctica, y hacer que las sanciones por encuadramiento defectuoso sean mucho más inmediatas y operativas. Dado que la estrategia de

¹⁶ En extenso PÉREZ GUERRERO, M.L., & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Social security for Spain's platform workers: Self-employed or employee status?”, *International Social Security Review*, Volumen 74, no. 3-4, 2021, pg.177-194.

¹⁷ Esto explica, entre otras cosas, que las mayores sanciones a estas empresas se produjeran una vez entrada en vigor la Ley 12/2021; porque se trataba de conductas anteriores a ésta.

estas empresas consiste en mantener su modelo de contratación por cuenta propia todo el tiempo posible, adelantar la imposición de sanciones económicas puede ser de una medida muy efectiva.

4. ALGUNAS ENSEÑANZAS

4.1. La eficacia de la acción colectiva

La enseñanza más importante, a mi juicio, de la experiencia española es que la acción colectiva funciona. A pesar de todos los problemas indicados en la aplicación de la Ley Rider, lo cierto es que en España se actuó con decisión desde un primer momento contra las prácticas más nocivas para los trabajadores. Y fueron éstos los que iniciaron la reacción.

Fueron los repartidores, en efecto, quienes se organizaron y plantearon una negociación con sus empleadores (algo que éstos rechazaron); quienes crearon sus primeras organizaciones profesionales; quienes acudieron a la Inspección de Trabajo para denunciar su contratación fraudulenta; quienes presentaron las primeras demandas ante la jurisdicción social.

Es interesante subrayar que en un primero momento los riders operaron al margen de los sindicatos tradicionales, creando asociaciones específicas, como plataformas, para la defensa de sus derechos. Sólo después los sindicatos más representativos asumieron la defensa del colectivo, en muchos casos apoyando sus propuestas y estrategias. La iniciativa la tuvieron los propios riders, concienciados y orgullosos de formar parte de un grupo de trabajadores muy combativo.

Fueron sujetos colectivos los que protagonizaron también la regulación legal: los sindicatos llevaron sus propuestas a algunos grupos parlamentarios, que las presentaron en el Congreso de los Diputados sin éxito en cuanto a la aprobación de normas concretas. También fueron los sindicatos más representativos los que incluyeron esta regulación entre las prioridades del diálogo social, y los que firmaron el acuerdo que dio lugar a la Ley Rider.

No sólo ha servido para reordenar el sector y para dotarle de un marco normativo adecuado. En la aplicación de la Ley 12/2021 está siendo igualmente relevante la actuación de los sujetos colectivos, que en el sector del delivery han sido capaces de firmar el primer convenio colectivo de empresa¹⁸ (una vez más con Just Eat, que está demostrando tener una actitud diferente al resto en la gestión de sus recursos humanos); de continuar denunciando los incumplimientos empresariales; de convocar elecciones sindicales y poner en marcha los primeros órganos de representación unitaria; y, sobre todo, de realizar huelgas con gran impacto. Estamos hablando de una actividad con una presencia muy activa de organizaciones sindicales, a pesar de las dificultades que produce para su actividad la temporalidad y la dispersión geográfica del personal.

¹⁸ Firmado entre la plataforma Just Eat y los sindicatos CC.OO. y UGT en diciembre de 2021.

Esta enseñanza resulta especialmente relevante en el siglo XXI, porque viene a quitarles la razón a quienes afirman que el momento del sindicalismo ya ha pasado, y que la dimensión colectiva de las relaciones laborales ha perdido su sentido, al no generar interés entre las nuevas generaciones de personas trabajadoras. La realidad es otra, y el trabajo en plataformas ha sido una buena muestra de la fortaleza y la capacidad de actuación de los movimientos sociales ante las nuevas realidades y los nuevos problemas.

4.2. Los cambios legales no bastan

Acabamos de vivir un período de alta productividad normativa, ya que el Gobierno de coalición ha aprobado un número importante de disposiciones laborales, por un lado, y con contenido laboral, por otro. En este activismo han colaborado los interlocutores sociales, al protagonizar una etapa de gran éxito en el diálogo social; y también la Unión Europea, ya que el Gobierno se encontró con un nutrido grupo de directivas a implementar, ya que también en Europa se había producido un giro en sus planteamientos laborales tras la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Han sido muchas, pues, las normas aprobadas. Entre éstas destaca la Ley 12/2021, por su carácter pionero y por servir de soporte a la iniciativa europea de elaborar una directiva que armonice las legislaciones laborales de los Estados miembros respecto de esta forma de empleo¹⁹.

Nuestra ley se centra en el sector de las plataformas, y apunta a su práctica de contratación de trabajo autónomo, que es lo que estaba generando abusos, resistencias y condenas judiciales. Se construye sobre una importante sentencia del Tribunal Supremo, que había optado claramente por declarar la laboralidad de los servicios de estas personas trabajadoras²⁰. Contaba con el apoyo de los interlocutores sociales y de la administración laboral, que sigue teniendo estas empresas como una de sus prioridades de actuación. Utilizaba un instrumento legal efectivo y bien conocido entre nosotros, la presunción de laboralidad. Y, sin embargo, no ha sido capaz de alcanzar los objetivos de transición hacia un modelo de contratación laboral y de mejora de las condiciones económicas y de trabajo de estas personas. Ya he intentado explicar a qué se debe esto. Con todas las reservas, y reconociendo el valor de una iniciativa legislativa verdaderamente significativa, creo que ha fracasado hasta cierto punto, en tanto estos objetivos siguen sin cumplirse. Las ulteriores reformas legales, que acabamos de ver, son buena muestra de ello.

Este fracaso se explica por una pluralidad de factores, pero creo que es el más relevante es la particularidad de las plataformas como empresas. Han sido éstas, como ahora veremos, las que han impedido a la nueva legislación alcanzar sus objetivos.

¹⁹ Aprobación que puede suponer, paradójicamente, un problema para España, puesto que la Directiva adopta una técnica regulatoria diferente y tiene un ámbito de aplicación igualmente diverso. De aprobarse nuestra legislación deberá ser sustancialmente adaptada para cumplir con las exigencias unioneuropeas.

²⁰ Así lo dice expresamente la Exposición de Motivos: "La nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, primera dictada en unificación de doctrina, valiéndose para ello de la prevalencia del principio de realidad en el sentido señalado por sentencias precedentes, como la STS 263/1986, de 26 de febrero de 1986, o STS de 20 de enero de 2015, recurso 587/2014, y en la que se destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los requisitos de dependencia y ajenidad al contexto actual".

El cumplimiento de las normas parece haberse deteriorado en los últimos años, en general, y esto explica que se hayan introducido mecanismos o palancas para fortalecerlo, entre los que pueden destacarse el registro de jornada, el plan de igualdad, el canal de denuncias y el uso de técnicas intransnormativas como las presunciones o la inversión de la carga de la prueba.

El Gobierno ha reaccionado promoviendo cambios legales que sirven para debilitar la estrategia de estas empresas. La administración laboral continúa con su actuación inspectora y sancionadora en esta actividad económica, y los tribunales siguen dictando sentencias en las que rechazan la pretensión de no laboralidad de sus relaciones de servicios. Una parte de la capacidad de resistencia de las plataformas se debe, sin embargo, a la falta de medios de la inspección, que les impide realizar un control completo de su actividad; y de los tribunales, cuyas sentencias se retrasan y permiten a las empresas continuar operando según su modelo original. La debilidad de los instrumentos tradicionales para hacer cumplir las normas laborales se hace patente en este campo. Es un problema general, que además se incrementa en el caso del orden social de la jurisdicción por las sucesivas huelgas que han convocado varios colectivos de funcionarios de este sector; huelgas que a lo que parece van a extenderse también a la Inspección de Trabajo, que protesta precisamente por la falta de medios para cumplir su función. Y esto es importante, porque tiene efectos en todo nuestro mercado de trabajo, de tal modo que los derechos de los trabajadores están insuficientemente protegidos en muchos casos.

Junto a esta mayor dotación de medios a los operadores públicos resulta imprescindible avanzar en la regulación colectiva de este sector. Sólo cuando exista una presencia importante de sindicatos, se hayan elegido órganos de representación en todas las plataformas y se haya dotado a éstas de un marco convencional adecuado se estará en condiciones de desarrollar el modelo de trabajo de los repartidores que se pretende en España, adecuado a la ley y ofreciendo condiciones laborales dignas.

4.3. Las plataformas son empleadores especiales

Antes he sostenido que la Ley 12/2021 ha fracasado hasta cierto punto, y que el factor que más ha incidido en esto ha sido que las plataformas digitales del sector de delivery han demostrado ser unos empleadores especiales, diferentes a aquellos a los que estábamos acostumbrados hasta ahora. Lo más llamativo es su actitud ante la legislación en la que deben moverse, que de alguna manera pasa de ser una variable independiente, fuera de su control y a la que deben adaptarse, para convertirse en algo de lo que se puede disponer.

Estas empresas han diseñado un modelo de negocio sobre el que construyen toda su estrategia, y que se resisten a cambiarlo aunque se hayan producido cambios legislativos dirigidos directamente a ello. No es que su modelo sea intocable, todo lo contrario, puesto que estas empresas han sido capaces de ajustarse a lo largo de sus pocos años de experiencia para mejorar su situación: así, pasaron de considerar que sus servicios eran prácticamente una actividad no económica a defender la contratación de su personal mediante arrendamiento de servicios; tras haberlos tratado como autónomos ordinarios optaron por entender que eran TRADES; cuando se aprobó la Ley Rider

modificaron sus modelos contractuales para desactivar su presunción de laboralidad; en el momento en que consideraron que el uso de trabajo autónomo era demasiado arriesgado recurrieron a la subcontratación con empresas de transporte; y, últimamente, defienden un modelo en el que es el propio repartidor el que elige la naturaleza del contrato mediante el que quiere vincularse. Incluso hubo una que comenzó en la actividad del transporte de pasajeros para pasarse al reparto de comidas cuando tuvo los primeros problemas con la justicia en algunas ciudades. Se merecen la calificación de “empresas líquidas” que se ha acuñado para designar a algunos sujetos económicos en la economía digital. Y sin embargo el tránsito hacia el trabajo por cuenta ajena es un límite que no están dispuestas a traspasar.

Hay varios motivos que pueden explicar, a mi juicio, esta resistencia de las plataformas. Uno primero tiene que ver con la lógica de la economía del contenedor, que se aplica a todas las empresas que actúan como mercados/intermediarios digitales: necesitan alcanzar el mayor volumen posible para poder resultar viables, algo que se traduce en la tendencia a la concentración de la actividad en unos pocos proveedores, los supervivientes tras los primeros años de funcionamiento del mercado. Deben aguantar al proceso de depuración que siempre se produce en estos mercados, por lo que deben continuar operando aunque presenten pérdidas. Para ello, y éste sería el segundo motivo que explica esta resistencia, es fundamental mantener sus precios bajos para ser más competitivos que el resto, aunque éstos sean artificialmente pequeños. Esto supone que deben mantener todo el tiempo posible la contratación de personal por cuenta propia, al suponer esto un importante ahorro de costes; y deben operar con el mayor número posible de riders, para tener una reserva de capital humano para los momentos de mayor demanda. Aunque esto se traduce en una pérdida de ingresos para los riders, que reciben menos encargos a medida que se incrementa el número de personas dadas de alta en la aplicación.

Por estos motivos las plataformas han defendido su modelo de contratación de personal autónomo a toda costa y con todos los medios disponibles. Han recurrido a todo tipo de técnicas para hacerlo posible: arbitraje regulatorio, grupos de presión, las campañas políticas y de opinión, amenazas abiertas a gobiernos y sindicatos... Promueven estudios que dan soporte a sus pretensiones, y utilizan los lobbies disponibles²¹.

Las plataformas se han involucrado también en la acción colectiva, recurriendo a instrumentos de presión poco comunes o completamente desconocidos en España. Una forma de actuación bastante común para estas empresas es el abandono del mercado (o la amenaza de hacerlo). Cuando han alcanzado un volumen de operaciones suficiente, y consideran que el marco en el que operan no les es favorable, intimidan a las autoridades anunciando el cese de sus operaciones en una ciudad o país. Estos abandonos se han producido por lo general en el marco de conflictos con los sujetos reguladores de su actividad, bien a nivel municipal o al estatal (como ha ocurrido en España). Pero estos conflictos son, en gran medida, conflictos laborales, por lo que nos encontramos ante prácticas cercanas a un cierre patronal, lo que pone su legalidad en entredicho.

²¹ Lo que explica, por ejemplo, los retrasos en la aprobación de la propuesta de directiva sobre trabajadores de plataforma.

En las estrategias de relaciones laborales de estas empresas hemos encontrado actuaciones abiertamente antisindicales, incluyendo el despido (vía desconexión o cese de encargos) de los trabajadores más activos en las reivindicaciones. Pero también otras diferentes, menos agresivas, dirigidas a desactivar éstas mediante la mejora unilateral de las condiciones de empleo y el establecimiento de relaciones negociales con sujetos representativos de sus plantillas al margen de los sindicatos. En concreto, la defensa del modelo TRADE que han puesto en práctica tiene como corolario la negociación de acuerdos de interés profesional con asociaciones de repartidores autónomos más favorables a sus posiciones, con el objetivo de hacer que los empleados no consideren necesaria la presencia de los sindicatos²². Todo esto en un país en el que las medidas de conflicto colectivo de las empresas son poco frecuentes.

Lo cierto es que estamos ante unos empleadores particulares, a los que tendremos que prestar atención tanto para comprobar el impacto de sus iniciativas, como para detectar si se trata de comportamientos aislados o si por el contrario indican una nueva tendencia en las relaciones laborales en el siglo XXI, con mayor activismo empresarial.

4.4. El papel del trabajo autónomo

La investigación de campo desarrollada con los actores de este sector económico ha puesto de manifiesto una realidad seguramente inesperada, al menos cuando se planteó una regulación de esta forma de empleo: la oposición de algunos trabajadores a su calificación como trabajadores subordinados. En efecto, hay muchos trabajadores del delivery y del transporte de último kilómetro en general que han manifestado su preferencia por mantener el estatus jurídico acordado con la empresa, el de trabajador por cuenta propia, común o económicamente dependiente.

Son varias las razones que explican esta postura. Por un lado, hay trabajadores que operan como microempresas, a veces con colaboradores, que disponen de medios de transporte propios y que pueden obtener ingresos elevados trabajando para varias plataformas²³; por otro, hay otros que priorizan recibir la mayor cantidad de dinero posible, por encima de cualquier otra consideración, aceptando la autoexplotación como la única forma de hacerlo²⁴.

Lo cierto es que en la práctica española, como se ha visto, son muchos los casos en los que la aplicación del modelo asalariado se ha traducido en una pérdida de ingresos. Los límites de jornada y las medidas preventivas reducen la posibilidad de multiplicar los servicios, la única forma de asegurar ingresos adecuados para este colectivo. Ello incluso cuando se produce la aplicación de las tablas

22 Utilizando la terminología tradicional en las relaciones laborales estadounidenses, han aplicado tanto técnicas de resistencia a los sindicatos como de evitación de los mismos ("union-resistance" y "union-avoidance").

23 Esto es más común en el reparto de último kilómetro, según la información de la que disponemos.

24 Este fenómeno se produce sobre todo en el sector del delivery, especialmente cuando se trata de trabajadores migrantes, para los que poder acumular dinero para enviar remesas a sus familias es prioritario; y para los que las expectativas de obtener una pensión futura no resultan especialmente relevantes.

salariales convencionales, porque el verdadero problema es que se requiere una gran disponibilidad y un gran esfuerzo

Se ha generado, de esta manera, un segundo cisma dentro del sector, esta vez dentro de los trabajadores, ya que hay grupos de éstos que se oponen a la laboralización y defienden su estatus de autónomos, al considerar que éste les otorga mejores condiciones económicas. Cada grupo se organiza en sus propias asociaciones, las cuales defienden firmemente cada alternativa laboral, enfrentándose o apoyando a las propias plataformas

Los laboristas tendemos a prestar poca atención a este tipo de fenómenos de promoción del empleo por cuenta propio, considerándolos fraudulentos, desde una perspectiva individual, o anti-sindicales, por “amarillismo”, desde la colectiva. En este caso, sin embargo, hemos podido comprobar que no siempre hay una manipulación o presión para aceptar este marco contractual, sino que son numerosos los trabajadores que realmente lo prefieren y lo defienden. Hay una lógica económica y personal detrás de quienes prefieren el modelo tradicional.

La existencia de este colectivo, cuyas asociaciones han sido reconocidas y apoyadas por las plataformas, ha servido de soporte a la postura de éstas, que defienden, frente a la presunción de laboralidad, un patrón regulatorio alternativo, basado en la libertad de elección, de modo que estos trabajadores puedan optar entre ser contratados como autónomos o como asalariados.

4.5. Nuevas formas de economía sumergida

Este sector, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo tiene la particularidad de que señala lo que pueden ser desarrollos futuros del trabajo en otros ámbitos, más convencionales. Uno de los aspectos que se ha puesto de manifiesto durante su desarrollo en España ha sido la aparición de nuevas formas de economía sumergida y de fraude en la contratación. Cuando hablamos de éste en esta actividad inmediatamente pensamos en el recurso a los falsos autónomos, precisamente aquello que se pretendía evitar con la Ley Rider. Pues bien, además de esto, que no ha sido erradicado como hemos visto, durante su funcionamiento en España se han detectado otras prácticas igualmente fraudulentas, y en gran medida inesperadas.

Este es el caso del llamado “alquiler de cuentas”, una práctica consistente en que los riders titulares de una cuenta en una plataforma permiten que otras personas trabajen utilizándola, haciéndose pasar por aquél. El término “alquiler” es adecuado, porque los “riders” propietarios de las cuentas cobran de las otras personas que las utilizan, normalmente un porcentaje de los ingresos totales que obtienen repartiendo comida. Este “alquiler” varía según los casos, y puede oscilar entre el 20% y el 40%, según las fuentes de información disponibles. Este acuerdo satisface a ambas partes: los titulares de las cuentas obtienen una cantidad adicional de dinero sin tener que realizar trabajo adicional, y sus valoraciones mejoran a medida que aumenta el número de encargos; mientras que el arrendatario accede a una cuenta a la que, por diferentes motivos, no tiene derecho.

Las partes se ponen en contacto a través de las redes sociales. Acuerdan las condiciones de este intercambio, incluida la forma en que se pagará al arrendatario, ya que la plataforma sólo paga al arrendador-titular de la cuenta. Esto genera un riesgo para los arrendatarios, dado que en ocasiones los titulares de las cuentas no les pagan lo convenido. Como el arrendatario suele ser un inmigrante irregular, las posibilidades de denunciar estas prácticas son escasas.

Los titulares de estas cuentas generan unos ingresos mensuales superiores a los que facturarían trabajando exclusivamente ellos, ya que no hay límite de horas de trabajo, se puede estar disponible para varias plataformas, etc. Existen cuentas de personas que no realizan ningún tipo de encargo, y obtienen ingresos únicamente alquilando su cuenta. Esto es posible si la cuenta goza de una valoración alta que asegure a su titular un flujo continuo de encargos. Esta práctica se retroalimenta, porque la capacidad de aceptar más pedidos al haber varias personas operando con la misma cuenta hace que ésta reciba aún más encargos por parte del algoritmo.

Esta práctica fraudulenta es bien conocida en el sector y entre las propias empresas. Se dio a conocer a raíz de un accidente mortal de un rider en Barcelona, que dio lugar a la primera huelga de este colectivo en España. Pudo comprobarse que se trataba de un trabajador extranjero que estaba en España en una situación irregular, que llevaba poco tiempo en nuestro país y que operaba con una plataforma mediante una cuenta ajena.

El alquiler de cuentas genera muchos problemas, y uno tiene que ver con la inmigración irregular. De hecho, se trata de uno de los pocos sectores en los que una persona en esta situación puede encontrar empleo en España, dado que la falta del visado no le impide acceder a una plataforma, camuflado bajo la identidad de otra persona que sí está regularizado, por ser español o por cumplir todas las exigencias administrativas. Esto se constata en el hecho de que hay un porcentaje muy significativo de este colectivo que no tiene la nacionalidad española. Entre los inmigrantes hay una presencia constante de personas nacionales de un mismo país, que conocen esta práctica y vienen a España con la intención de incorporarse al mercado de trabajo de manera rápida, aun sin estar regularizado. Existen verdaderas redes de información a través de las que se facilita el alquiler de las cuentas como mecanismo para obtener ingresos una vez entrado en España como turista.

Es la tecnología la que hace posible esta práctica, dado que se suplantan los perfiles digitales registrados en la plataforma, sin que los algoritmos que la rigen sean capaces de conocer la realidad de quien presta los servicios. La escasa atención que se presta a los riders por parte de restaurantes y clientes, unido a la falta de controles de su actividad por la administración y las organizaciones sindicales, hace que resulte difícil de descubrir, a pesar de su ubicuidad y visibilidad. Algunas plataformas han intentado evitar esta práctica, en cuanto falsea sus operaciones y les genera riesgos y responsabilidades. Para ello han usado también la tecnología, imponiendo controles biométricos en el acceso a la plataforma, de tal modo que sólo la persona realmente titular de la cuenta pudiera activarla. Parece, sin embargo, que los mismos riders han encontrado formas de burlar este mecanismo, por lo que este fraude no ha llegado a ser evitado del todo.

5. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores he estudiado el impacto de la Ley Rider en el mercado español a los dos años de su entrada en vigor²⁵. Las particularidades de esta experiencia están a la altura de la propia figura del trabajo en plataformas, modalidad original y atípica donde las haya. Si se identificaban dos objetivos que justificaron la aprobación de la norma, evitar el fraude en la contratación y mejorar las condiciones laborales de estas personas, creo que es justo afirmar que ninguno de los dos se ha conseguido plenamente. Desde este punto de vista, la norma habría fracasado. Ésta sería una primera conclusión de este trabajo.

Pero sería enormemente injusto limitarnos a este análisis, porque también hay otros aspectos a considerar para valorar esta iniciativa legal. La Ley Rider nos ha puesto en la vanguardia del Derecho del Trabajo, al ser capaces de generar una regulación para un fenómeno reciente y complejo. Ha puesto la base para una regulación de los algoritmos, para construir un verdadero “Derecho Algorítmico”, dónde estamos siendo igualmente avanzados. La oportunidad de esta medida se comprueba con la existencia de sendas iniciativas legislativas en la Unión Europea que coinciden en las dos grandes novedades de la Ley 12/2021, plataformas y algoritmos.

Se ha fijado unos objetivos plenamente legítimos, que se alienan perfectamente con la legislación laboral española de los últimos años, cuando hemos experimentado el nacimiento del verdadero Derecho del Trabajo del Siglo XXI, el inicio de un “siglo corto” para esta rama del ordenamiento jurídico tras el “siglo largo” como lo fue el XX, cuyas características esenciales se mantuvieron durante las dos primeras décadas de la centuria siguiente.

A ello se une la postura de las propias plataformas de delivery, que han defendido su modelo de negocio frente a la intervención del legislador laboral. Seguramente hubo un exceso de optimismo por parte de los promotores de la ley, asumiendo una aceptación del nuevo modelo por parte de sus destinatarios que nunca se produjo. Estas empresas han demostrado tener una gran versatilidad y resiliencia, que ha llevado a que continúen operando sin grandes cambios durante todo este período. Creo que ninguna norma reciente ha tenido que afrontar estos obstáculos, y esto explica porque sus objetivos sólo se han alcanzado parcialmente, en el mejor de los casos.

Desde otro punto de vista, el mercado de las plataformas de delivery ha demostrado la centralidad de la tecnología en las relaciones laborales de este siglo. Ha sido la tecnología la que hizo surgir esta forma de empleo, pero también lo que permitió a los riders organizarse, relacionarse entre ellos, obtener ayuda de otros colectivos, convocar acciones de lucha sindical. Medidas de presión usando el soporte tecnológico que, por cierto, han sido manejadas también por determinadas plataformas, las cuales han demostrado un activismo mucho mayor de lo común en el empresariado español.

²⁵ El *Real Decreto-ley 9/2021*, del que proviene la Ley 12/2021, se aprobó el de 11 de mayo, y entró en vigor el 12 de agosto de 2021, según lo dispuesto en su disposición final segunda.

Ha sido la fuente, finalmente, de prácticas irregulares en la contratación laboral, llegando incluso a facilitar el empleo de trabajadores en situación irregular en España. La digitalización, además de incrementar las posibilidades de control, tiene el potencial de hacerlo inútil mediante prácticas como el alquiler de cuentas, en la que se suplantan perfiles digitales previo acuerdo con el suplantado²⁶.

En relación con lo apenas dicho, puede deducirse que la actitud de algunas empresas respecto de la legislación laboral está cambiando, al demostrar una mayor resistencia a su cumplimiento. No hace falta, en realidad, incumplir la ley. Lo hemos visto con la negociación colectiva de empresas, convertida en ocasiones en un instrumento para obtener una ventaja competitiva en su mercado, llegándose al extremo de algunas cuyo modelo de negocio se basaba en la agresividad en los precios obtenida a costa de los derechos laborales, mediante convenios negociados internamente. La actitud de algunas plataformas de mantener la contratación de autónomos responde a una lógica similar. Su postura no se presenta como un incumplimiento, sino que sería una utilización innovadora de los instrumentos legales disponibles. Se mueven, si se quiere, en la legalidad, aunque sea forzando ésta.

Lo que nos lleva a otro aspecto interesante de las relaciones laborales en el siglo XXI, la pérdida del efecto ordenador de la competencia del Derecho del Trabajo, cuando en un mismo mercado compiten empresas que lo cumplen con otras que evitan hacerlo, o que lo hacen de una manera interesada y sesgada. Esto es algo preocupante, porque cuando se generan modelos de negocio basados en el abaratamiento artificial de los costes laborales -la misma lógica de la deslocalización en una economía global- los efectos son destructivos sobre las condiciones laborales, sobre las empresas cumplidoras y sobre la misma legislación laboral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau, A., "La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021", *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 40, Nº 1, 2022, págs. 95-113.

Bogliacino F., Cirillo V., Codagnone C., Guarascio D., "Quantity and quality of work in the platform economy", in Zimmermann K. F. (ed.), *Handbook of Labor, Human Resources and Population Economics*, Berlin, Springer, pp.1-28, 2018.

Bogliacino F., Cirillo V., Codagnone C., Fana M., Lupiáñez-Villanueva F., Veltri G. a., "Shaping individual preferences for social protection: the case of platform workers", LEM Working Papers Serie n.21, Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa, 2019.

Boston Consulting Group, "Economía Digital en España", ADIGITAL, Madrid, 2022.

²⁶ Resulta paradójico recordar como muchos, entre los que me incluyo, vieron en las plataformas un mecanismo para facilitar la regularización de prestaciones de servicios de escasa entidad, dado el nivel de control que suponen sobre éstas.

LA LEY RIDER DOS AÑOS DESPUÉS: ENSEÑANZAS DE UNA EXPERIENCIA PARTICULAR

- Cruz Villalón, J., "The debate around the adaptation or overcoming of subordination as a referential element of Labor Law in the face of new forms of work. A global debate from the Spanish perspective", *Labour & Law Issues*, vol. 6, nº 2, 2020, (disponible en: <https://labourlaw.unibo.it/article/view/12010>).
- Diez, F., "Las plataformas de reparto y la ley "rider" en España. Historia, seguimiento y análisis", *Observatorio de trabajo, algoritmos y sociedad*. Madrid, 2023.
- Digital Future Society, "Work on digital platforms in digital platforms in Spain: what do we know? A literature review", Madrid, 2020.
- ETUI, "Results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey", Bruselas, 2022.
- Eurofound, "Employment and working conditions of selected types of platform work", Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- Foro De Humanismo Tecnológico ESADE, "Ley Rider, un año después", ESADE, Barcelona, 2022.
- Ginés And Fabrellas, A., "El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider", IUS Labor 2/2021. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/389840>
- Guarascio D. (a cura di), "Report sull'economia delle piattaforme digitali in Europa e in Italia", Inapp Report n.7, Roma, Inapp, 2018.
- Hernández Bejarano, M.; Rodríguez-Piñero Royo, M.; Y Todolí Signes, A., "Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real", Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020.
- Martín González, J., "La emergencia de riesgos psicosociales y el trabajo de plataformas digitales", Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, INSST, Madrid, 2022.
- Moreno Gené, J., "Presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales de reparto ¿Y ahora qué?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 4, 2022.
- Nunu M., Nausedaite R., Eljas-Taal K., Svatikova K., Porsch L. (2018), "Study to monitor the economic development of the collaborative economy at sector level in the 28 EU Member States", Brussels, European Commission - Directorate General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs.
- Ouishare, "El mercado laboral digital a debate. Plataformas, Trabajadores, Derechos y WorkerTech", Fundación Cotec, Madrid, 2020.
- Pastor, A.; Molina, O.; Godino, A.; & Romero, J., "Plataformas digitales: condiciones laborales y representación colectiva. Retos de futuro", Institut d'Estudis del Treball, Barcelona, 2020.
- Pérez Guerrero, M. I., & Rodríguez-Piñero Royo, M., "Social security for Spain's platform workers: Self-employed or employee status?", *International Social Security Review*, Volumen 74, no. 3-4, 2021, pags. 177-194.
- Todolí, A. & Peiró, J. M., "El trabajo en plataformas digitales en la Comunidad Valenciana", Valencia, 2021.
- Urzi Brancati C., Pesole A., Fernández-Macías E. (2020), "New evidence on platform workers in Europe". Results from the second COLLEEM survey, Luxembourg, Publications Office of the European Union.

REGULACIÓN LABORAL EN ESPAÑA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: Presente y futuro

LABOR REGULATION IN SPAIN OF DIGITAL PLATFORMS: Present and future

Jesús Lahera Forteza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

jesuslahera@cps.ucm.es ORCID [0000-0002-9734-3952](https://orcid.org/0000-0002-9734-3952)

Valeriano Gómez Sánchez

Economista y ex Ministro de Trabajo

Recepción de trabajo: 26-06-2023 - Aceptación: 13-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 36-55

- 1. LA NUEVA DA 23^a ET TRAS LA LEY 12/2021: PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO.
- 2. APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DE LA DA 23^a ET: CAUSAS DE UNA FRUSTRACIÓN.
- 3. EL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA DE PLATAFORMAS DIGITALES: ESPACIOS DE REGULACIÓN CON CRITERIOS CLAROS.
- 4. ALTERNATIVAS FUTURAS DE REGULACIÓN EN ESPERA DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE PLATAFORMAS DIGITALES.
- 4.1. La reforma de la DA 23^a ET con criterios claros de laboralidad y espacios para el trabajo autónomo.
- 4.2. Relación laboral especial en plataformas digitales.
- 4.3. El modelo de la externalización de actividad a través de empresas contratistas: la necesidad de reformular la contrata legal y cesión ilegal del art.42 y 43 ET.
- 4.4. El autónomo económicamente dependiente en las plataformas digitales y un nuevo modelo social.
- 5. CONCLUSIONES.
- 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La conocida como Ley Rider (Ley 12/2021), fruto de un acuerdo social, establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto de mercancías. Esta presunción asocia la laboralidad a la organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Nuestro estudio no es tanto un análisis de las condiciones de esta presunción, que ha sido objeto de atención doctrinal, sino de las consecuencias de su aplicación en los dos años de vigencia de esta norma. La realidad muestra que el sector de plataformas digitales de reparto de mercancías continúa operando con modelos, corregidos, de trabajo autónomo y que, en las empresas con libertad de elección del Rider, la presencia de trabajo autónomo es abrumadora. La aplicación de esta Ley ha creado, por tanto, una gran frustración. En este artículo indagamos sobre las causas de este conflicto entre el deseo normativo y la realidad. Sobre esta base, analizamos el camino que marca ya el proyecto de directiva europea de plataformas digitales, con mayor seguridad jurídica y flexibilidad. Y, desde estas consideraciones, aportamos propuestas de regulación de las plataformas digitales que no conduzcan a esta frustración, abriendo tres modelos: relación laboral especial, flotas y autónomo económicamente dependiente con protección social.

PALABRAS CLAVE: plataforma digital, rider, laboralidad, autónomo económicamente dependiente.

ABSTRACT

The so-called Rider Law (Law 12/2021), the result of a social agreement, establishes a presumption of employment in the field of digital merchandise delivery platforms. This presumption associates employment with the organization, direction and control directly, indirectly or implicitly, through the algorithmic management of the service or working conditions, through a digital platform. Our study is not so much an analysis of the conditions of this presumption, which has been the subject of doctrinal attention, but of the consequences of its application in the two years of validity of this norm. The reality shows that the sector of digital merchandise delivery platforms continues to operate with corrected models of self-employment and that, in companies with freedom of choice for the rider, the presence of self-employment is overwhelming. The application of this Law has therefore created great frustration. In this article we investigate the causes of this conflict between normative desire and reality. On this basis, we analyze the path that the draft European directive on digital platforms already marks, with greater legal certainty and flexibility. And, from these considerations, we provide proposals for the regulation of digital platforms that do not lead to this transformation, opening three models: special employment relationship, fleets and economically dependent self-employed with social protection.

KEYWORDS: digital platform, rider, employment, economically dependent self-employed.

1. LA NUEVA DA 23ª ET TRAS LA LEY 12/2021: PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

La nueva DA 23ª ET tras la Ley 12/2021, fruto de un acuerdo social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y patronales más representativas estatales, establece una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto en los siguientes términos:

*“Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se **presume** incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen **las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.***

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.”

La DA 23ª ET tiene claro y conocido origen jurisprudencial en la STS 25 Septiembre 2020, Rec.4746/2019, que aplica la laboralidad a personas que prestan servicios retribuidos a través de la plataforma digital GLOVO al entender acreditados indicios de dependencia jurídica y ajenidad, sobre la base del art. 1 y 8.1 ET.

Los indicios clásicos de dependencia jurídica (centro de trabajo, horario, instrucciones, propiedad de medios, control empresarial) han sido reformulados desde hace tiempo por la sala social del TS hacia la integración en una organización empresarial que produce bienes y servicios en un mercado, con una prestación retribuida por cuenta ajena, con cesión automática de la utilidad económica a la empresa a cambio de una retribución. La STS 25 Septiembre 2020, Rec.4746/2019, que inspira la DA 23ª ET, es resultado de esta evolución de la sala IV del TS que venía reformulando ya la dependencia jurídica en supuestos donde el trabajador tiene márgenes de libertad para elegir horarios o su jornada, cierta autonomía en la prestación de sus servicios, rechazo de encargos o ausencia de centro de trabajo, relativizando la presencia de otros indicios clásicos como la propiedad de la herramienta de producción o un control directo empresarial (SSTS 20 Enero 2015, Rec.587/2014 (limpiadora escaleras), 14 Julio 2016, Rec.539/2015 (agentes de seguros), 30 Abril 2009, Rec.1701/2008 (recogedor productos higiénicos), 19 Julio 2010, Rec.1623/2009 (dobladores películas), 16 Noviembre 2017, Rec.2806/2015 (traductores en plataforma informática), 8 Febrero 2018, Rec.3205/2015 (montadores de ascensores), 29 Octubre 2019, Rec.1338/2017 (trabajo *on line* lugar elección trabajador)¹. En todos estos casos, y otros, lo esencial para determinar la laboralidad ha sido la integración en una organización

¹ Ver Todoli Signes, A., “Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario sobre la Ley Rider y los derechos de información de algoritmos”, *Ius Labor*, núm. 2, 2021, pág. 32 y ss.

empresarial y la prestación del servicio por cuenta ajena, sobre la base de la presunción de laboralidad del art.8.1 ET, pese a la presencia de una dependencia jurídica muy matizada con una autonomía profesional necesaria en la prestación del servicio (STS 8 Febrero 2018, Rec.3205/2015). Toma así especial relevancia la ajenidad, con entrega o puesta a disposición del trabajador a la empresa de los productos o servicios realizados, a cambio de una remuneración periódica, con decisiones de mercado de la empresa, como fijación de tarifas o selección de clientela, en las que no participa el trabajador.

La STS 25 Septiembre 2020, Rec.4746/2019, asunto GLOVO, consolida esta evolución, con la importancia de aplicarla a una plataforma digital de reparto de mercancías, incorporando la gestión con algoritmos dentro de los medios de ejercicio del poder de dirección y control de la empresa que determina la laboralidad. Los indicadores de laboralidad parecen contundentes: la organización del trabajo la realiza GLOVO, bien que con una libertad condicionada del trabajador; la infraestructura digital es propiedad de la empresa y determina la prestación del servicio, siendo intrascendente la posible propiedad del vehículo del trabajador; la teórica elección de franjas horarias del repartidor está condicionada por penalizaciones económicas y de asignación de encargos sobre la base de criterios empresariales; se acredita un control de la empresa mediante medios digitales y evaluación de clientes; el sistema tiene mecanismos de resolución contractual próximos a un despido y la retribución es periódica de la empresa —no de los clientes— en un mercado de tarifas ajeno al trabajador. Con esta dependencia jurídica flexible, indicador de laboralidad, al no existir plena libertad en la prestación del servicio, se constata la ajenidad porque GLOVO se apropia del resultado de prestación de trabajo. Queda descartado que esta empresa sea una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores, y queda constatada una organización empresarial, donde se integran trabajadores por cuenta ajena, con una gestión algorítmica que expresa un poder de dirección y control propio de la laboralidad.

Esta sentencia da origen a la antes transcrita presunción legal de la nueva DA 23ª ET, que convive con la presunción general de laboralidad del art.8.1 ET, en los supuestos específicos de prestación de servicios retribuidos en plataformas digitales de reparto de mercancías. La técnica de la presunción legal de laboralidad desplaza la carga de la prueba a la empresa —plataforma digital— que puede acreditar, si es posible, la ausencia de dependencia jurídica y ajenidad. Ello ya operaba con el art.8.1 ET, y fue lo que fundamentó la sentencia que motiva la reforma, pero la novedad más significativa es el reconocimiento legal de la organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo como expresión de laboralidad, en el marco de una plataforma digital. Se despeja la duda al respecto, consolidando la tendencia jurisprudencial expansiva de laboralidad.

Pero la técnica es la presunción, no la inclusión declarativa legal, por lo que cabe siempre prueba en contra, que acredite la presencia de un trabajo por cuenta propia y autónomo, fuera de la laboralidad².

2 Todoli Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización...", *op. cit.*, pág. 35; Rodríguez-Piñero Royo, M., "Por fin la Ley Rider", *Blog Trabajo, persona y derecho*, 2021, Universidad de Huelva.

El problema es que la presencia de una *gestión algorítmica* del servicio ya se consolida como criterio legal claro de *organización, dirección y control* empresarial en el sector de las plataformas digitales y dificulta mucho esta prueba en contra. Si el algoritmo fija trayectos, encargos y jornadas en la plataforma digital, aunque exista cierto margen de libertad del trabajador en la elección, terminará predominando la laboralidad. Lo mismo cabe decir del control empresarial mediante algoritmos, o GPS, frente a la libertad del prestador de servicios de conexión o desconexión, que suele ir asociada a incentivos económicos. Las opciones generadas por el algoritmo, que condicionan la libertad del prestador de servicios, determinan ya el ejercicio de un poder de dirección y control empresarial propio de la laboralidad. Las decisiones del consumidor final dentro del propio sistema digital tampoco parece que deben alterar esta conclusión porque forma parte de esta organización, dirección y control que, de forma *directa, indirecta o implícita*, —términos muy abiertos— demuestran una dependencia jurídica del repartidor en un trabajo por cuenta ajena prestado mediante la plataforma digital. Parecería que la DA 23ª ET asocia la propiedad del algoritmo, que es de la plataforma digital, con una organización empresarial que conduce inevitablemente a la laboralidad, siendo muy difícil la prueba en contra que destruya dependencia y ajenidad. Esta opción legal es discutible porque la propiedad del algoritmo puede, en hipótesis, convivir con un modelo de trabajo autónomo, y, además, tiene el agravante de la inseguridad jurídica porque no existen criterios claros de dependencia y ajenidad, más allá de los ya explicitados por el TS en un asunto concreto como el de GLOVO. La opción de la propuesta de directiva europea, como luego veremos, otorga más seguridad jurídica porque enumera criterios claros de laboralidad o, en sentido contrario, de posibles organizaciones digitales con trabajo autónomo donde lo relevante no es, en sí mismo, la propiedad del algoritmo.

La remisión, finalmente, en la DA 23ª ET, al art. 1.3 ET, en el sentido de que esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma, es especialmente importante. No sólo porque no implica cambios en la exclusión legal de transportistas con camión propio de alto tonelaje del apartado correspondiente, factible mediante plataforma digital, sino porque abre la posibilidad de otras opciones de prestación del servicio como la de socio de cooperativa de trabajo asociado o, si se dan las condiciones, autónomo económicamente dependiente. De igual modo, la nueva DA 23ª ET no impide, de inicio, la posibilidad de subcontratación del servicio de reparto por la plataforma digital con otra empresa, lo que sitúa el problema en las fronteras entre contrata legal y cesión ilegal de los arts.42 y 43 ET, como luego apuntamos. Esta remisión, a su vez, abre la puerta a posibles reformas futuras que pudieran optar en las plataformas digitales, de reparto u otras, por soluciones distintas con un encaje, por ejemplo, en autónomos económicamente dependientes fuera de la laboralidad con regulación específica dentro siempre de la normativa europea vigente en cada momento.

2. APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DE LA DA 23ª ET: CAUSAS DE UNA FRUSTRACIÓN

Culminado ya un periodo de aplicación suficientemente dilatado de la denominada Ley Rider, con esta analizada DA 23ª ET, merece la pena desarrollar algunas conclusiones a la luz de la experiencia de dos años desde su aprobación a mediados de 2021. Las cuatro grandes plataformas digitales de reparto reaccionaron de diferente manera ante el cambio de regulación.

- GLOVO mantiene un modelo de trabajo autónomo, corrigiendo algunos criterios de organización del trabajo a la luz de la citada STS 25 Septiembre 2020, aumentando la libertad del repartidor y quitando las penalizaciones económicas o sancionadoras por rechazos de pedidos o desconexiones.
- UBER EATS optó en un inicio por un modelo de flotas, empresas con los repartidores laboralizados, que prestan el servicio mediante plataforma digital. Finalmente, ante la escasez de oferta de trabajo originada en no poca medida por la preferencia de los repartidores por una relación mercantil como autónomos el modelo recoge la posibilidad de opción al repartidor entre elegir modelo de flotas con contrato de trabajo o de autónomo, en una nueva organización de trabajo con plena libertad del rider y un sistema de fijación de precio por el mismo. Hasta el momento, la gran mayoría, 85 por 100, de repartidores optan por el modelo autónomo.
- JUST EAT en realidad ya operaba como intermediaria entre negocios de restauración, con repartidores propios, y los consumidores que utilizan la plataforma digital, por lo que el impacto del cambio normativo ha sido menor.
- DELIVEROO como es conocido se fue del mercado español tras el cambio regulatorio.

En este contexto, el cuestionamiento de facto de la nueva normativa por parte del principal operador del mercado, GLOVO, ha introducido una enorme distorsión en el funcionamiento del sector tras una primera etapa en la que el resto de los operadores (esencialmente UBER EATS) han optado por el cumplimiento de la nueva normativa y sus implicaciones de laboralización del conjunto de los repartidores, bien directamente por parte de las plataformas, bien a través de relaciones laborales establecidas a través de compañías de flotas, bien, como es el caso de JUST EAT, mediante operaciones de mera intermediación.

Desde el punto de vista económico, la estructura del mercado de “delivery” ha sufrido una destacable transformación que se traduce en una importante ganancia de cuota por parte de GLOVO que ocupa en torno al 50% del mercado a costa de la participación de los otros dos grandes operadores, UBER EATS y JUST EAT, y de la huida de España de DELIVEROO. La consecuencia es una paradoja, pues la sentencia del TS es un asunto de esta empresa y la DA 23ª ET una consolidación legal de la misma, siendo la gran favorecida en el mercado por el cambio regulatorio.

Aunque la acción de las autoridades laborales se ha centrado en la persecución de la aceptación del nuevo marco laboral por parte de GLOVO, lo cierto es que todavía hoy no se ha culminado ninguna resolución de la Inspección de Trabajo por actuaciones llevadas a cabo tras la aprobación de la Ley “Rider”. Las numerosas actas levantadas por Inspección son íntegramente actuaciones que se corresponden con el marco laboral aplicable anterior a la nueva DA 23ª ET de forma que, en buena medida, se consolida el marco estratégico definido por GLOVO alrededor de que el incumplimiento de la norma produce importantes rendimientos en términos de ganancia de posición de mercado frente al resto de operadores.

Ante la situación generada, la reacción de algunos operadores, UBER EATS entre ellos, ha consistido en la revisión de su modelo de negocio tratando de introducir diseños que afianzaran la posibilidad de seguir desempeñando la actividad esencialmente a través de relaciones mercantiles con los repartidores, aunque sin renunciar de forma absoluta a la fuerza de trabajo en régimen laboral. La opción libre del repartidor en este caso entre modelo laboral de flotas y modelo autónomo con gran libertad expresa este movimiento, con una conclusión que parece clara. Los Riders quieren ser autónomos porque huyeron a GLOVO cuando el resto de operadores intentaron laboralizar sus operaciones y ahora en estos modelos de elección libre la gran mayoría elige ser autónomo. La DA 23ª ET ha creado, en consecuencia, una gran frustración porque no consigue el objetivo propuesto —laboralizar—, termina beneficiando a quien siguió con modelo autónomo, y certifica que los riders prefieren ser autónomos a trabajadores por cuenta ajena.

Se deben indagar las causas de la frustración de la aplicación de la Ley Rider en la realidad del sector digital. Hay una que creemos fundamental. El acuerdo social que articula la nueva DA 23ª ET, con esta presunción de laboralidad en plataformas digitales de reparto de mercancías, opta por no regular, de manera singular y específica, la prestación laboral dependiente y por cuenta ajena en esta forma de organización del trabajo y prestación de servicios. La cobertura que ofrece el art.2.1.I ET para que el Gobierno elabore Decretos de relaciones laborales especiales, más allá de las tasadas en el precepto, con aplicación subsidiaria o no de las reglas generales del ET, era idónea para afrontar esta tarea, porque la laboralización —bien que mediante una presunción salvo prueba en contra— debería haber ido acompañada de una regulación especial que podría haber sido objeto de un acuerdo social. Ello explica que el problema no se haya solucionado porque las dificultades de aplicación de las reglas generales del ET a la prestación laboral en plataformas digitales es enorme y la ausencia de reglas específicas, en un Decreto de relación laboral especial, desincentiva el cambio de modelo. Las soluciones provienen, más bien, de salidas, en forma de subcontratación o cooperativas, permitidas por la nueva DA 23ª ET, que de una transformación del modelo de autónomo a laboral en la contratación directa de plataformas digitales de las personas que prestan servicios (de reparto de mercancías u otras actividades). La otra razón ha sido ya apuntada, los riders prefieren ser autónomos a trabajadores por cuenta ajena, y así lo reflejan modelos de libertad de opción como el aplicado en UBER EATS. Si la empresa no tiene una relación laboral adaptada y los repartidores prefieren ser autónomos, la consecuencia es una frustración en la aplicación legal.

La Ley Rider no ha solucionado el problema del sector de plataformas digitales de reparto por la falta de adaptación normativa y la ineficiencia de un modelo laboral. Es conocido que persisten

las sanciones, hasta ahora por hechos anteriores a la reforma, o la amenaza de sanciones, por falsos autónomos, con el agravante ahora del nuevo tipo penal art.311 CP, ante incumplimientos de requerimientos o actuaciones administrativas en estos supuestos de hecho, en una dinámica de penalización del sector digital que no es positiva ni constructiva.

3. EL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA DE PLATAFORMAS DIGITALES: ESPACIOS DE REGULACIÓN CON CRITERIOS CLAROS

En este escenario español de una Ley Rider, con frustración en su aplicación y objetivos no alcanzados, se está tramitando el proyecto de directiva europea de plataformas digitales que va a ser esencial para determinar los espacios de regulación nacional en esta materia.

Durante la segunda mitad de 2021 y a lo largo de 2022, la Comisión Europea ha continuado desarrollando los trabajos previos a su propuesta de directiva sobre condiciones de trabajo en plataformas digitales. Entre ellas merece la pena destacar las propuestas sometidas a consulta durante los primeros meses de 2022 destinadas a aclarar las circunstancias en que el Derecho de la competencia no se opone a los convenios colectivos para mejorar las condiciones laborales de determinados trabajadores autónomos, es decir, de las personas que trabajan completamente por cuenta propia y no emplean a otras. Sobre la base de la jurisprudencia existente, el proyecto de Directiva describe en primer lugar las circunstancias en las que los trabajadores por cuenta propia sin asalariados son comparables a los trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, no están sujetos al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)", y que *"afecta a muy diversos trabajadores por cuenta propia sin asalariados: personas económicamente dependientes o que trabajan codo con codo con otros trabajadores en el mundo en línea y fuera de línea, personas que trabajan a través de plataformas digitales o personas que negocian sus condiciones laborales con contrapartes de cierta potencia económica, o que participan en convenios colectivos en consonancia con la Directiva sobre derechos de autor y las disposiciones del Derecho laboral nacional"*.

Por supuesto, se trata de una legislación a escala europea todavía en fase de desarrollo pero de la que parece desprenderse la intención del legislador europeo de impulsar un proceso de mejora en las condiciones de trabajo en las plataformas digitales destinado, por una parte, a estimular la laboralización del trabajo en los operadores digitales y, por otra, a establecer mecanismos que permitan la acción de la negociación colectiva en la fijación de condiciones para el trabajo llevado a cabo a través de relaciones mercantiles y no laborales, lo que no descarta un modelo de trabajo autónomo.

Como indica la Comisión Europea, la propuesta de Directiva incluye medidas *"para determinar correctamente la situación laboral de las personas que trabajan a través de plataformas digitales, así como nuevos derechos tanto para los trabajadores como para las personas que trabajan por cuenta propia por lo que respecta a la gestión algorítmica"*, y de forma más concreta *"pretende*

garantizar que a las personas que trabajan a través de plataformas digitales se les reconozca la situación laboral que corresponde a su modalidad de trabajo real, proporcionando una lista de criterios de control para determinar si la plataforma es un «empleador». La opción europea, a diferencia de la inseguridad jurídica creada por la norma española, es determinar criterios que diferencian modelos de negocio digital diferenciados, el laboral y el autónomo, con vocación de protección en ambos. Esta opción de determinar criterios tiene seguridad jurídica y otorgará certidumbre al sector de las plataformas digitales, lo que no sucede en la actualidad con la norma española por todo lo expuesto.

A lo largo de 2022 y 2023 se ha desarrollado un intenso debate académico y doctrinal, además del inherente a las opiniones expresadas por los protagonistas del diálogo social, las organizaciones empresariales y sindicales. En términos generales el principal elemento de discusión reside en las características y las condiciones para la clasificación adecuada de la relación de trabajo como mercantil, trabajo autónomo, o laboral, trabajo asalariado. Por supuesto se trata de una cuestión crucial sobre la que todavía resulta prematuro pronunciarse, pero respecto de la cual cabe mencionar el texto de la Resolución del Parlamento Europeo de 16/09/2021 “sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital” que afirma con total claridad lo siguiente:

*“Observa que los casos de clasificación errónea ocurren con más frecuencia en las plataformas de trabajo digitales que organizan en gran medida las condiciones y la remuneración de su trabajo directamente o por medio de un algoritmo; insta a la Comisión a introducir en su próxima propuesta una **presunción refutable de la relación laboral** para los trabajadores de plataformas, con arreglo a las definiciones nacionales previstas en la legislación o los convenios colectivos de cada Estado miembro, junto con la inversión de la carga de la prueba y posiblemente medidas adicionales, con el fin de facilitar la clasificación adecuada de los trabajadores de plataformas; destaca, por lo tanto, que siempre que los trabajadores de plataformas impugnen la clasificación que se haya hecho de su situación laboral en procedimientos judiciales ante un órgano jurisdiccional o administrativo en virtud de la legislación y las prácticas nacionales, será la parte reputada como empleadora la que deberá demostrar la inexistencia de la relación laboral; pone de relieve que la presunción refutable de una relación laboral **no debe conllevar la clasificación de oficio de los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta ajena**; considera que la clasificación de los trabajadores se debe basar en el desempeño real del trabajo y el cumplimiento de una serie de criterios, de conformidad con la legislación nacional, y no en la descripción de las partes sobre la relación; hace hincapié en que la presunción refutable garantiza que los **verdaderos trabajadores por cuenta propia puedan seguir siéndolo** y continuar accediendo a empleo a través de las plataformas; pide, asimismo, a la Comisión que precise con claridad que en ningún caso se puede contemplar la creación de un tercer estatuto laboral a escala europea entre el de trabajador por cuenta ajena y el de trabajador por cuenta propia, ya que no contribuiría a resolver los problemas existentes y podría difuminar aún más conceptos que ya de por sí pueden confundirse, y que garantice que los trabajadores de plataformas solo puedan clasificarse como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, de conformidad con la legislación nacional”.*

Adicionalmente, la Comunicación de la Comisión y la Propuesta de Directiva Europea van en consonancia con este punto de partida del parlamento europeo pues señalan la problemática de la clasificación de esta prestación de servicios en todos los Estados Miembros, la necesidad de articular, con reglas comunes, una presunción refutable de laboralidad acompañada de criterios claros con seguridad jurídica, la posibilidad de modelos de trabajadores reales por cuenta propia —no falsos autónomos— en plataformas digitales y la relevancia que puede tener la negociación colectiva con independencia de la calificación jurídica de la relación entre el prestador de servicios y la plataforma digital. Los textos oficiales europeos muestran que el debate nacional español es mucho más limitado y está más ideologizado en aras de una posición rígida laboral, no adaptada al sector digital, que el debate europeo, más abierto a modelos distintos, que atiende a la importancia de la economía competitiva digital, busca la seguridad jurídica con criterios mucho más claros y tiene objetivos de protección atendiendo a las enormes singularidades de esta forma de trabajar, sin rechazar, por ello, modelos reales de trabajo por cuenta propia. La técnica de la presunción de laboralidad puede parecerse a la de la DA 23ª ET, admitida la prueba en contra, pero el resto del diseño de regulación, desde criterios claros hasta la aceptación de modelos de negocio sustentados en autónomos cuando sea viable, se aleja de la regulación maximalista española. Además, el ámbito de la DA 23ª ET está limitado al reparto de mercancías mientras que la norma europea tiene vocación más amplia y general en el sector digital.

La última versión que manejamos del proyecto de directiva europea de plataformas digitales —7 Junio 2023— se sustenta en una presunción legal de laboralidad con prueba en contra: *“se presumirá que, desde un punto de vista jurídico, la relación entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando la plataforma digital de trabajo ejerza el control y la dirección sobre la ejecución del trabajo por parte de la persona”*

Sobre esta base, y como hemos anticipado, la clave de la futura norma europea es que ofrece seguridad jurídica estableciendo unos criterios que, si son cumplidos, en la última versión 3 sobre 7, verifican la laboralidad. De este modo, el proyecto de directiva europea enuncia que *“el ejercicio de control y dirección sobre la ejecución del trabajo en plataformas digitales”* cumple *“al menos tres de los siguientes criterios”*:

1º La plataforma digital de trabajo determina límites máximos para el nivel de la remuneración

2º La plataforma digital de trabajo exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo

3º La plataforma digital de trabajo supervisa la ejecución del trabajo, en particular por medios electrónicos

4º La plataforma digital de trabajo restringe, en particular mediante sanciones, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar la discrecionalidad para elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia

5° La plataforma digital de trabajo restringe la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo al limitar la discrecionalidad para aceptar o rechazar tareas

6° La plataforma digital restringe, en particular mediante sanciones, la libertad de organizarse el propio trabajo, al limitar la discrecionalidad para utilizar subcontratistas o sustitutos

7° La plataforma digital restringe la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros

En conclusión, se adivina en el horizonte una norma europea de criterios de laboralidad en las plataformas digitales que dejará margen para organizaciones del trabajo prestado con autónomos, en la idea también de ampliar la negociación colectiva al trabajo por cuenta propia y ofrecer vías de protección social a este cauce, con un señalado respeto a las decisiones del Rider. La formulación definitiva de este proyecto de directiva europea dará así mayor seguridad jurídica al sector digital, en sus distintos modelos de negocio y organización del trabajo, con el valor añadido de una regulación común y coordinada en la Unión Europea.

4. ALTERNATIVAS FUTURAS DE REGULACIÓN EN ESPERA DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE PLATAFORMAS DIGITALES

4.1. La reforma de la DA 23ª ET con criterios claros de laboralidad y espacios para el trabajo autónomo

Esta lista de criterios de laboralidad, en la última versión del proyecto de directiva europea, cumplidos al *menos tres de los criterios* enunciados de *control y dirección de ejecución del trabajo* que determina la dependencia y ajenidad marcará el terreno de las legislaciones nacionales, incluido por supuesto España, que deberá modificar la DA 23ª ET en los términos de la norma europea. Si bien el proyecto de directiva europea prevé normas nacionales más favorables, la referencia europea de estos criterios exigirá, sin duda, reformular la DA 23ª ET. Así, las plataformas digitales, de reparto y de otros servicios, tendrán la certidumbre jurídica de construir un modelo laboral o un modelo autónomo, sin el perjuicio de asociar la propiedad del algoritmo con la laboralidad, que no es el modelo europeo. La DA 23ª ET quedará desfasada cuando se apruebe la directiva europea porque se sustenta en la asociación entre propiedad del algoritmo, la gestión algorítmica y la laboralidad, frente a esta opción más abierta, desvinculada de la propiedad y gestión algorítmica, que va a permitir modelos de organización con autónomos cuando sea viable.

Por tanto, la principal alternativa futura de regulación será acomodar la DA 23ª ET a los criterios de la directiva europea, sobre la misma base de una presunción salvo prueba en contra, pero construida sobre fundamentos distintos no sustentados en la propiedad del algoritmo o la mera gestión algorítmica. Queda por despejar cuales serán estos criterios que determinarán, de manera clara, la frontera entre el modelo laboral o de autónomo en las plataformas digitales. Si utilizamos la última

versión de la directiva europea (7 Junio 2023), antes transcrita, se puede hacer el ejercicio de organizaciones con al menos tres de estos siete criterios de ejecución del trabajo, que se presumen laborales, y las que no, que no se presumen laborales.

4.2. Relación laboral especial en plataformas digitales

Ha sido ya subrayado que un defecto de la DA 23ª ET es que establece una presunción de laboralidad muy exigente sin una regulación adaptada a las plataformas digitales. De *lege ferenda*, se podría regular, por tanto, de manera específica y singular una *relación laboral especial* de reparto en plataformas digitales para hacer eficiente el modelo laboral o incluso que pudiera englobar cualquier otro tipo de plataforma digital. Se debe abandonar la dinámica estrictamente sancionadora en torno a la DA 23ª ET y proceder a esta tarea, más constructiva, que es técnicamente viable a través de un Real Decreto, del Gobierno, con la cobertura legal del art.2.1.I ET.

Apuntamos algunas deficiencias del modelo laboral de plataformas digitales que deberían ser solucionadas con esta normativa especial.

- **Contratación laboral.** Son aplicables las reglas generales del art. 12 y 15-16 ET, en la contratación indefinida, temporal, fijo discontinuo y a tiempo parcial. La modalidad fijo discontinuo, tras la reforma laboral pactada del Decreto-Ley 32/2021, de prestaciones periódicas intermitentes, predeterminadas en el contrato, podría encajar en una relación laboral de plataforma digital pero la imprevisibilidad del encargo o servicio lo dificulta. Resulta obvio que no se pensó en este sector al regular esta modalidad de fijo discontinuo, como tampoco en la modalidad de ETT, exclusiva para este sector de puesta a disposición temporal de trabajadores en otras empresas usuarias. Tampoco el fijo discontinuo de contrata parece acoplarse a las plataformas digitales, salvo en prestaciones específicas de mediana o larga duración, cuando lo frecuente es el encargo inmediato de cliente. La reforma laboral pactada no integró la regulación de plataformas digitales en los profundos cambios normativos de contratación, seguramente porque el sector estaba ausente en el diálogo social. La regulación del trabajo a tiempo parcial del art. 12 ET, apenas alterada, no encaja bien en la prestación de servicios de plataformas digitales, donde los encargos son a llamada. Puede ser viable firmar un contrato a tiempo parcial con una determinada distribución horaria, con horas complementarias y voluntarias a disposición de la empresa, con preavisos de 3 días, dentro de los márgenes legales o convencionales (30/60 por 100, 15/30 por 100) pero es difícil que ello solucione esta prestación laboral a llamada. No tenemos en nuestro ordenamiento un contrato de trabajo de cero horas a llamada, que se vaya llenando a disposición de la empresa conforme a los encargos de clientes. Esta opción podría formar parte, de manera excepcional y singular, de una relación laboral especial de plataformas digitales donde la relación del cliente con la empresa es inmediata, e imprevisible, dentro de unos criterios organizativos, lo que condiciona cada prestación de servicio. Se debe articular un contrato de trabajo flexible a llamada, quizás con un mínimo de horas pactado, a disposición de la empresa —plataforma digital— conforme a los encargos de clientes que vaya aceptando el trabajador y con unos procedimientos ágiles de comunicación y aceptación digital.

- **Exclusividad.** Son aplicables las reglas generales del art.21 ET, dirigidas a evitar la competencia desleal y con pactos de no competencia. El fundamento de exclusividad del contrato de trabajo va en contra de la realidad de las plataformas digitales, donde es frecuente el prestador de servicios esté conectado a dos o más de ellas en el mismo sector (reparto de mercancías o otra actividad). La regulación especial debería partir de la no exclusividad, admitir el pluriempleo en el mismo sector con conexiones a distintas plataformas digitales, y restringir este tipo de pactos.
- **Tiempo de trabajo.** La dificultad en la aplicación de las reglas generales de tiempo de trabajo de los arts.34 y ss ET es una de las grandes cuestiones que explican la ineficiencia de un modelo laboral de plataformas digitales. Ello está conectado con la inexistencia de un contrato de trabajo singular a llamada en función de los encargos recibidos (y su posible rechazo). La elección de los tiempos de trabajo y horarios propia de este sector choca con el planteamiento contrario de las reglas generales, donde es la empresa la que organiza e impone, en el marco legal, convencional y contractual, el tiempo de trabajo y la distribución horaria. En estas plataformas digitales, organizadas por franjas horarias son los repartidores (u otros prestadores de servicios) quienes eligen las horas de trabajo, en un planteamiento de conexión y desconexión libre. Parecería razonable en una regulación especial garantizar esta libertad de elección horaria que satisface a los trabajadores del sector (de hecho en algunos ámbitos se reclama la condición de autónomo que favorece frente a la determinación horaria del trabajador por cuenta ajena). Al igual que habría que reconocer el derecho a rechazar encargos dentro de los criterios marcados por la organización de la empresa. Sobre esta base, y en el marco de un contrato flexible a llamada, se podrían determinar jornadas diarias máximas y, por supuesto, reconocer los derechos de descanso del ET (pausa, descanso entre jornadas, descanso semanal, festivos, permisos, vacaciones anuales retribuidas), con especial incidencia de la desconexión digital reconocida en la Ley 3/2018 con protocolos empresariales que deberían ser obligados para el sector. Se debe tener en cuenta la necesidad de regular tiempos de presencia y disponibilidad, dadas las características de las plataformas digitales, al modo del art.8 y 10 del Decreto 1561/1995 de jornadas especiales del transporte (de hecho se puede mantener que estas reglas son aplicables ya al menos en el reparto de mercancías). El tiempo de presencia en estas normas es aquel donde se está a disposición de la empresa sin prestar trabajo efectivo, computando sin embargo como tal. En plataformas digitales sería más adecuado distinguir tiempo de conexión, activo e inactivo, dotando de tiempo de trabajo efectivo el activo y de alguna consecuencia retributiva —plus de disponibilidad— al inactivo sin computar tiempo, partiendo de la base del derecho de desconexión del trabajador dentro de los criterios de organización del trabajo de la empresa.
- **Retribuciones.** La dificultad en aplicar las reglas generales de retribución, fijadas por unidad de tiempo, del ET y de los convenios colectivos es otro de los factores que puede explicar la ineficiencia del modelo laboral en plataformas digitales. La retribución suele ser por unidad de obra, encargo de cliente aceptado, lo que tiene que ser tenido en cuenta en una regulación específica. El contrato propuesto flexible a llamada, que va llenando horas y con ello la retribución del servicio prestado, debe contemplar la regulación especial de esta vertiente retributiva. También deben contemplarse pluses de disponibilidad o de conexión, en espera de servicio, distinguiendo el cómputo de jornada ordinaria de esta dimensión económica que retribuye la mera disponibilidad.

- **Extinción.** Se pueden aplicar las reglas de extinción objetiva por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de los arts.52.c y 51 ET, pero sería conveniente una especificación, siguiendo el modelo de la reforma laboral pactada en Construcción, de determinadas causas objetivas adaptadas a plataformas digitales (por ejemplo, determinado número de rechazo de encargos dentro de lo acordado en el contrato o la mala evaluación de clientes con determinados criterios que pudiera expresar un bajo rendimiento involuntario o la elección de trayectos fuera del algoritmo que determina el más corto en determinadas condiciones etc...). Los procedimientos aplicables en estas extinciones objetivas serían los generales del art.51, si hay dimensión colectiva, o del art.53 ET, en despidos individuales. La baja voluntaria del trabajador también merecería ciertas singularidades en un sector con amplios márgenes de libertad en la conexión a la plataforma digital.
- **Negociación colectiva.** Resulta evidente que las reglas de legitimación negociadora de convenios colectivos estatutarios de los arts.87-89 ET son ineficientes en las empresas y sectores de las plataformas digitales. Del lado sindical, porque las elecciones sindicales a delegados y comités por centro de trabajo conforme al Título II ET fundamentan la representatividad sindical, en la empresa y sector, que otorga esta legitimación y muchas plataformas digitales se caracterizan por la ausencia de centros de trabajo. Del lado empresarial, porque la representatividad sectorial se determina por asociación y ocupación, sin un sistema fiable de medición, lo que dificulta la configuración de unidades convencionales específicas y la entrada de patronales del sector digital no integradas en la CEOE. El resultado es que no existen marcos convencionales sectoriales de plataformas digitales y que los convenios colectivos clásicos, donde no están estos sectores, incluyen dentro de su ámbito funcional este tipo de prestación de servicios (transporte por carretera, hostelería, consultoría...). El trasfondo de este problema esconde un problema de competencia. No conviene a los actores clásicos incentivar unidades convencionales de plataformas digitales que puedan tener reglas propias frente a los convenios de referencia en la prestación no digital de servicios. La propuesta de una relación laboral especial de plataformas digitales lleva implícita la necesidad de crear unidades convencionales sectoriales, o de empresa, capaces de pactar condiciones salariales y laborales adecuadas y adaptadas a esta forma de trabajar. Para ello se deben crear reglas específicas de legitimación negociadora tanto sindical como empresarial, superando las actuales resistencias. Ello exige abrir un diálogo social con los actores presentes en la realidad de las plataformas digitales. Adicionalmente, como más adelante se indica, sería necesario, con las adaptaciones legales adecuadas, promover el desarrollo de acuerdos convencionales —al modo previsto en los acuerdos de interés profesional para el trabajo autónomo económicamente dependiente— que permitan la regulación de condiciones entre los trabajadores autónomos y las plataformas para las que desempeñen su labor profesional.
- **Seguridad Social.** Se deberían adecuar las reglas de cotización y protección social a las características de este nuevo modelo laboral a llamada siguiendo los esquemas de la vigente contratación a tiempo parcial, con sus efectos correctores que no perjudican a esta tipología de trabajadores.

4.3. El modelo de la externalización de actividad a través de empresas contratistas: la necesidad de reformular la contrata legal y cesión ilegal del art.42 y 43 ET

La ineficiencia del modelo laboral, por esta falta de regulación singular, que está pendiente, ha motivado, como ha sido explicado, al sector de plataformas digitales aplicar modelos de externalización de actividad con terceras empresas, de tal modo que la relación laboral aparece en este vínculo, pero no con la propia plataforma. La plataforma digital mantiene los activos esenciales —marca, contacto con clientes y tecnología con algoritmos— pero la mano de obra es proporcionada por otra empresa, que tiene contratos de trabajo con los prestadores de servicios, integrados en esta estructura digital de la empresa contratante. La relación mercantil entre plataforma y empresa externa permite la gestión eficiente que no es posible con el modelo directamente laboral. En las VTC —UBER, CABIFY— se ha implantado este modelo de externalización a través de flotas de vehículos, constituidas como empresas con las correspondientes licencias, que entablan relaciones contractuales laborales con los conductores, que consiguen los servicios gracias a plataforma digital que ofrece su empresa. Como ya ha sido expuesto al inicio, esta fue la opción inicial de UBER EATS, luego matizada con una libertad de opción del Rider entre el modelo laboral de flotas o el autónomo directo con la plataforma digital, con una gran mayoría que opta por esta vía con mayor libertad y flexibilidad.

Cabe, de inicio, un modelo de externalización a través de flotas (modelo VTC) donde el contrato de trabajo se celebre entre flota y trabajador y el servicio se preste en plataforma digital. Pero existen riesgos de cesión ilegal aplicando el art.43 ET, que recoge desde 2006 los indicios utilizados por la jurisprudencia: si la empresa contratista no tiene suficiente estructura productiva ni ejerce los poderes de organización, dirección y control propios de un contrato de trabajo, siendo realmente la empresa la plataforma digital que aporta los activos materiales esenciales, la marca en el mercado, el algoritmo en la gestión empresarial, la evaluación a través de clientes y las correspondientes penalizaciones económicas o en forma de sanciones que aplica tan sólo formalmente la empresa interpuesta. La regulación del art.43 ET no se adapta bien a esta estrategia de las plataformas digitales, lo que ha dado lugar a determinadas actuaciones inspectoras también por cesión ilegal en la aplicación de este modelo de externalización de la prestación de servicios³.

La jurisprudencia de cesión ilegal suele hacer una interpretación integradora de estos indicios del art.43 ET y acepta como contratas legales supuestos cercanos a plataformas, sin ser casos del sector, donde se trabaja a llamada, en una relación mercantil entre empresas, prestando servicios el trabajador de la empresa contratista, con un papel de organización y gestión significativo de la principal: STS 8 Julio 2020, Rec.14/2019, servicio de averías de Telefónica, y STS 4 Octubre 2022, Rec.805/2022, en un caso especialmente relevante que acepta una contrata de servicios de transporte donde la empresa principal pone a disposición de la contratista una herramienta electrónica de organización

3 Ver Esteve Segarra, A. y Todoli Signes, A., "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales", *Revista Derecho Social*, núm. 95, 2021; Jurado, A., "En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales", *Labos*, núm. 2.

y control de repartos, con ciertas facultades contractuales, sin dejación de funciones de dirección ni disciplinarias de la contratista. Es una jurisprudencia que, pese a este obstáculo legal, puede favorecer este modelo digital de externalización de actividad. De igual modo, como he apuntado, la nueva DA^ª 23 ET es una presunción de laboralidad, si la prestación de servicios es directa con la plataforma digital con una gestión algorítmica empresarial, pero no es una presunción de cesión ilegal si la estructura digital y el algoritmo es objeto de negocio entre empresas, prestando el servicio el empleado con una tercera empresa. El art.43 ET no se ha reformado en la Ley Rider.

Estos factores favorables no deberían ocultar que es conveniente regular de manera específica y singular (como en ETT o enclaves laborales de centros especiales de empleo), este modelo de externalización de actividad de plataformas digitales, reformando los arts. 42 y 43 ET con seguridad jurídica para el sector. Es un modelo que no puede quedar en manos de actuaciones inspectoras o casos judiciales con una regulación vigente que puede desembocar en cesiones ilegales con consecuencias negativas para las plataformas digitales. No se debe caer en la misma dinámica sancionadora o penalizadora de los falsos autónomos, replicándola en cesiones ilegales. Por ello de manera proactiva, sería conveniente proponer una reforma del art.43 ET que aceptara claramente las contrataciones entre plataformas digitales y empresas prestadoras de servicios con utilización de estos activos materiales —marca, clientela, algoritmos, organización digital de encargos con clientes— ejerciendo los poderes de dirección y sanción la empresa contratista, que puede ser la propietaria de los medios de producción, como sucede con los vehículos. Esta vía, al fin y al cabo, consigue la laboralización del colectivo por vía indirecta, a través de terceras empresas, con el mismo objetivo que la nueva DA 23 ET. Se debe aceptar que la integración y coordinación entre actividades diferentes de empresas —marca, clientela, algoritmos, reparto de encargos en contraposición con propiedad de vehículos, licencias, organización de trabajo y poderes contractuales empresariales— es una formulación positiva para la economía digital, y abandonar una concepción industrial de la cesión de mano de obra. El hecho de que los algoritmos de mercado, de la plataforma digital, incidan en la organización del trabajo, de la empresa contratista, no debe ser indicador de cesión ilegal. En contrapartida con esta decisión legal, favorable a la economía digital, se debería, en el art. 42 ET, establecer algún tipo de responsabilidad solidaria en salarios y seguridad social de este tipo de contrataciones digitales, siguiendo el modelo de propia actividad. De este modo, se conjuga la seguridad jurídica del modelo de externalización de actividad con la protección de trabajadores de estas terceras empresas, implicando a la plataforma digital en las garantías de salario y seguridad social. Puede ser un intercambio favorable en un diálogo social dentro del sector.

4.4. El autónomo económicamente dependiente en las plataformas digitales y un nuevo modelo social

La utilización de autónomos económicamente dependientes (TRADES) como alternativa a un modelo laboral (o de cooperativistas de trabajo asociado en otra opción posible) es viable si se cumplen las notas del trabajo autónomo y por cuenta propia porque, como se ha razonado, la nueva DA 23^ª ET establece una presunción de laboralidad salvo prueba en contra, en el contexto de una jurisprudencia que aprecia indicios de laboralidad en los asuntos resueltos de plataformas digitales de reparto, lo que dificulta esta actividad probatoria. De igual modo, la remisión de la nueva DA 23^ª ET al art.1.3 ET,

que admite exclusiones de laboralidad abiertas (siguiendo el modelo transportistas con vehículo propio de gran tonelaje), hace posible una opción política de encuadre en la categoría TRADES por decisión legal que exigiría añadir un apartado específico en dicho precepto. Todo ello en espera de la analizada propuesta de directiva europea de plataformas digitales que establecerá criterios de presunción de laboralidad que abren la puerta a modelos autónomos donde podría encajar el TRADE.

En cualquier caso, el modelo TRADE en las plataformas digitales exigiría una reforma de la Ley que, en la actualidad define al colectivo con las siguientes notas en el art. 11 Ley 20/2007:

1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

2. Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes...

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

La dependencia económica del 75 por 100 conduce a una práctica exclusividad, cuando este sector, como se ha expuesto, debería descartarla y aceptar la conexión a varias plataformas digitales. La exigencia de infraestructura productiva y material propios no es adecuada en determinadas relaciones de plataformas donde este elemento es intrascendente teniendo en cuenta que lo determinante es la libertad y auto-organización del conectado. Tampoco las retribuciones cuadran bien en este tipo de relación, donde no existe conexión con el cliente, fijando las tarifas la plataforma. La negociación colectiva de los TRADE tiene una regulación insuficiente y apenas ha tenido experiencias en la realidad.

Por tanto, si se opta por este modelo alternativo, a medio camino entre el laboral y el autónomo puro, se debería reformar esta normativa, con especial incidencia de los acuerdos colectivos TRADE. Y en ello se podría plantear trasladar las cotizaciones sociales a cargo de la plataforma en un intercambio dentro del diálogo social del sector. De un lado, sin laboralidad, con un TRADE flexible adaptado a las plataformas, y, de otro, con garantías de protección social de este colectivo.

Esta opción legal puede ser atractiva, si se combina con las anteriores. Pueden perfectamente existir modelos puros laborales con relación laboral especial, modelos de flotas externalizadas con trabajadores propios y modelos de TRADE con protección social adicional, en los términos aquí aportados. Y estos tres modelos pueden abrir otros en los que sea el Rider el que decida optar libremente por cada uno de ellos, consiguiendo el deseado equilibrio entre la protección, la adaptación a la economía digital competitiva y el respeto a las decisiones de la persona que presta servicios en plataformas digitales.

5. CONCLUSIONES

1ª La presunción de laboralidad de la Ley 12/2021 Rider, en plataformas digitales de reparto de mercancías, es consecuencia de la jurisprudencia indiciaria de dependencia y ajenidad, salvo prueba empresarial en contra, pero termina vinculando prácticamente la propiedad del algoritmo por parte de la plataforma con una organización empresarial abocada inevitablemente a la laboralidad de sus prestadores de servicios, cuando ello no es inevitable, pues caben modelos reales de trabajo autónomo. La opción legal se hace con el agravante de la inseguridad jurídica porque no existen criterios normativos claros de dependencia y ajenidad en este tipo de trabajos propios de la economía digital.

2ª Los dos años de aplicación de la Ley Rider, empeñada en la laboralización de las plataformas digitales de reparto, muestran, como hemos expuesto con detalle, hechos sorprendentes que conducen a una gran frustración. La empresa que originó el conflicto ha continuado un modelo de trabajo autónomo y ha ganado cuota de mercado frente a operadores que intentaron la laboralidad o sencillamente huyeron de España. Ello ha obligado a estas empresas a ofrecer al rider la opción entre ser autónomo o laboral, en distintos modelos de prestación de servicios, con los relevantes resultados de una decisión hegemónica favorable al trabajo autónomo. La aplicación de la Ley Rider ha creado una gran frustración porque no ha conseguido el objetivo propuesto —laboralizar— y ha terminado potenciando modelos autónomos por deseo de los repartidores, mientras persiste una dinámica penalizadora de las empresas, hasta ahora por hechos anteriores a esta Ley, utilizando incluso el Código Penal.

3ª Creemos que existen causas que explican este desajuste entre deseo normativo y realidad. La Ley opta por no regular, de manera singular y específica, la prestación laboral dependiente y por cuenta ajena en esta particular forma de organización del trabajo. La ausencia de una relación laboral especial en plataformas digitales origina las disfunciones expuestas que terminan desembocando en la

opción por modelos de trabajo autónomo con mayor flexibilidad y adaptados a la realidad. La otra razón de esta frustración es la evidencia de preferencia por el rider de modelos de trabajo autónomo cuando la empresa da una opción libre, también seguramente por esta falta de adaptación de la norma del lado del prestador de servicios y por la tipología del colectivo.

4ª En este contexto, aparece como esperanza el proyecto de directiva europea de plataformas digitales, suficientemente expuesto en este análisis, que determina criterios claros de laboralidad —3 entre 7 en la última versión— aceptando, de suyo, modelos autónomos que no cumplen dichos criterios. La opción europea, que obligará a España a revisar la frustrante Ley Rider, dará seguridad jurídica, sobre reglas comunes, y permitirá modelos laborales o de autónomos, rompiendo la asociación entre propiedad del algoritmo y laboralidad. El proyecto de directiva europea es menos maximalista que la regulación vigente española, tiene mayor seguridad jurídica, y se adapta mejor a la realidad, sin renunciar a objetivos de protección, vía negociación colectiva o seguridad social, en posibles modelos de trabajo autónomo.

5ª Creemos necesario ofrecer, al menos, tres modelos al sector digital con seguridad jurídica. El primero, el estrictamente laboral si se cumplen criterios claros de dependencia y ajenidad, en el marco de la futura directiva europea, con una regulación específica que atienda a las numerosas singularidades de las plataformas digitales en contratación, tiempo de trabajo, retribuciones, extinción contractual y negociación colectiva, como hemos desarrollado con detalle. El segundo, el respaldo normativo a un consolidado modelo laboral de flotas donde el prestador de servicios tiene contrato de trabajo con una empresa que suscribe contratos con la plataforma digital, evitando cualquier riesgo de cesión ilegal. El tercero, la articulación de un autónomo económicamente dependiente adaptado al sector digital, un TRADE, que, bajo la cobertura de la norma europea, ofrezca seguridad jurídica a negocios con trabajo autónomo con determinada protección en salud y aseguramiento social, y espacios de negociación colectiva del colectivo.

6ª Hay que regular, en definitiva, mejor las plataformas digitales. No caben maximalismos ni opciones contrarias a la realidad y ajenas a la futura directiva europea. España debe situarse en el mismo plano que el resto de Estados Europeos en competitividad, eficiencia y operatividad de la economía digital, con una auténtica protección del colectivo de riders, y sin entrar en dinámicas destructivas de penalización a las empresas. La presencia de estos tres modelos, que pueden convivir y son compatibles, puede conseguir el deseado equilibrio entre la protección, la adaptación a la economía digital competitiva y el respeto a la libertad de las personas que prestan estos servicios.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Esteve Segarra, A. y Todoli Signes, A., "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales", *Revista Derecho Social*, núm. 95, 2021.

Jurado, A., "En torno a la externalización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales", *Labos*, núm. 2.

Rodríguez-Piñero Royo, M., "Por fin la Ley Rider", *Blog Trabajo, persona y derecho*, 2021, Universidad de Huelva.

Todoli Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario sobre la Ley Rider y los derechos de información de algoritmos", *Ius Labor*, núm. 2, 2021.

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO*

THE DEVELOPMENT OF NEW FORMS OF EMPLOYMENT FROM
THE PERSPECTIVE OF WORKING TIME

José Eduardo López Ahumada

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Investigador del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT)

Universidad de Alcalá

eduardo.lopez@uah.es ORCID [0000-0001-7380-5932](https://orcid.org/0000-0001-7380-5932)

Recepción de trabajo: 30-05-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 56-74

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. NUEVAS FORMAS DE EMPLEO Y TIEMPO DE TRABAJO. ■ 3. EL DESARROLLO DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO ANTE EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS. ■ 4. EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO. ■ 5. EL RECURSO AL *SMART WORKING* Y SUS EFECTOS EN EL MODELO DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO. ■ 6. CONCLUSIONES. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Labordig: "La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo". PID2020-112731RB-I00. Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Investigador principal: J. Eduardo López Ahumada.

RESUMEN

El presente estudio analiza el desarrollo de las nuevas formas de empleo, teniendo en cuenta los márgenes de flexibilidad que permite el Derecho del Trabajo y, en especial, su aplicación desde la perspectiva del tiempo de trabajo. Actualmente, se está produciendo un profundo debate sobre la aplicación de las innovaciones tecnológicas a los procesos productivos, teniendo en cuenta sus consecuencias en el empleo y en la calidad de las condiciones de trabajo. Sin duda, una de las especiales manifestaciones de desarrollo de las nuevas formas de trabajo se produce desde la perspectiva de la aplicación del tiempo de trabajo. Desde esta perspectiva, la flexibilidad del tiempo de trabajo afecta esencialmente a la aplicación de los límites legales de ordenación de la jornada laboral. Estas limitaciones legales tenían como presupuesto jurídico el modelo de trabajo industrial y no estaban pensando en su aplicación en el contexto de la economía digital. A raíz de las profundas transformaciones que se están produciendo en el modelo de trabajo protegido, este estudio analiza la repercusión de las nuevas formas de trabajo teniendo en cuenta una necesaria interpretación de carácter tuitiva.

PALABRAS CLAVE: nuevas formas de empleo, innovación tecnológica, tiempo de trabajo, plataformas digitales, trabajo inteligente.

ABSTRACT

This paper analyzes the development of new forms of employment, considering the margins of flexibility that Labor Law allows and, especially, its application from the perspective of working time. There is currently a profound debate on the application of technological innovations in production processes. Its consequences on employment and the quality of working conditions are considered. Undoubtedly, one of the special manifestations of the development of the new forms of work occurs from the perspective of the application of working time. In this sense, the flexibility of working time essentially affects the application of the legal limits for organizing the working day. These legal limitations were based on the industrial work model and were not considering its application in the context of the digital economy. As a result of the profound transformations that are taking place in the protected work model, this study analyzes the repercussion of the new forms of work considering a necessary protective interpretation.

KEYWORDS: new forms of employment, technological innovation, working time, digital platforms, smart working.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, las reflexiones sobre el futuro de trabajo y su modelo de protección están centrando las líneas de investigación del Derecho del Trabajo de nuestro tiempo. Desde esta perspectiva, es esencial analizar las diversas fórmulas y tipologías de desarrollo de las nuevas formas de empleo en el ámbito de la economía digital. Son múltiples y muy variadas las distintas modalidades de manifestación del trabajo, pero todas ellas se caracterizan por incorporar las más modernas aplicaciones tecnológicas y permiten su desarrollo en virtud del trabajo digital. Se trata de una labor de análisis ciertamente complejo, si tenemos en cuenta el carácter vertiginoso del proceso de cambio y de transformación que experimentan las nuevas formas de trabajo digital.

En ese trabajo vamos a abordar precisamente el desarrollo de estas nuevas formas de empleo ante el proceso de digitalización del trabajo. Concretamente, se analizarán las nuevas modalidades de empleo ligadas al tiempo de trabajo (*infra* 2.) y cómo estas nuevas formas de trabajo se desarrollan ante el proceso de digitalización laboral (*infra* 3.). Igualmente, haremos especial mención al proceso de adaptación del trabajo en virtud de las plataformas digitales (*infra* 4.), así como del recurso al trabajo inteligente o el trabajo móvil desde el punto de vista de la organización de la actividad laboral (*infra* 5.).

2. NUEVAS FORMAS DE EMPLEO Y TIEMPO DE TRABAJO

El Derecho del Trabajo permite amplias posibilidades de ordenación flexible del tiempo de trabajo, que estimula, por otro lado, el desarrollo de las nuevas formas de empleo. Con carácter general, se produce una frontal oposición respecto de la finalidad clásica limitadora y protectora del tiempo de trabajo. Esta afirmación nos obliga a analizar de forma crítica el paradigma tradicional del tiempo de trabajo y de descanso, que actualmente se encuentra en una situación de clara decadencia¹.

La conexión con las nuevas formas de empleo y el tiempo de trabajo es evidente. Las limitaciones legales al tiempo de trabajo tenían sentido en el modelo de trabajo industrial fordista, pero actualmente necesitan una nueva interpretación de carácter tuitiva.

¹ En relación a la centralidad de la variable descanso y desconexión digital en el ámbito de las nuevas formas de trabajo. Vid. Gorelli Hernández, J., "El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital: ¿Un derecho en peligro?", en *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, Comares, Granada, 2021, pp. 507-ss. Trujillo Pons, F., *Limites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial*, Aranzadi, 2023, pp. 14-ss.

En consecuencia, se hace preciso analizar las distintas fórmulas de desarrollo de las nuevas formas de empleo digital, teniendo presente sus distintas modalidades de manifestación práctica². Con todo, se trata de una labor compleja, dado el propio proceso de cambio y transformación al que se ven abocadas las nuevas formas de empleo digital. Algunos de los ejemplos más representativos los encontramos en el desarrollo del trabajo inteligente, así como del trabajo a distancia o del teletrabajo. Especialmente, este último ha ocupado un especial protagonismo en el desarrollo actual del Derecho del Trabajo al producirse una profunda transformación del concepto tradicional de trabajo a distancia, debido a su necesidad de adaptación a las actuales fórmulas de organización empresarial³.

Con carácter general, debemos destacar que en los últimos tiempos se ha producido una auténtica revolución en el avance del trabajo digital. La promoción de las actividades laborales desarrolladas en la economía digital no se podría producir sin el propio avance de la innovación tecnológica. De este modo, es preciso analizar el significado de dichas tecnologías y su impacto en los procesos productivos. Se trata de presupuestos previos y necesarios, que condicionan en su conjunto al trabajo digital y muy especialmente al trabajo telemático desarrollado de forma remota, especialmente, en virtud del trabajo a distancia y el teletrabajo⁴. La digitalización y el desarrollo del trabajo en virtud de los mecanismos informáticos es un reflejo más de la propia digitalización de la sociedad. La promoción del trabajo digital se ha desarrollado de forma vertiginosa afectando de forma directa al mundo del trabajo. El impacto de la digitalización en las empresas es evidente, ya que introduce un componente de rentabilidad y de incentivo a la producción y a la competitividad. Ciertamente, la digitalización de las actividades productivas genera beneficios y, en definitiva, riqueza para las empresas. Con todo, desde el punto de vista del trabajo se abren importantes cuestiones que iremos analizando a lo largo del presente estudio.

Con independencia de su concreta aplicación, la digitalización del trabajo se manifiesta como una faceta especialmente valiosa para las empresas y los trabajadores. La aplicación de las innovaciones tecnológicas en los procesos productivos facilita el trabajo y bien gestionada puede permitir

2 Las nuevas formas de empleo plantean problemas interpretativos en relación a la aplicación del tiempo de trabajo y al propio concepto de subordinación del trabajador. Tradicionalmente, el tiempo de trabajo ha cumplido la función de determinar la subordinación del trabajador, y ello en base a la medida temporal de la prestación de servicios en la que tenía cabida el ejercicio de los poderes directivos del empleador. Vid. Moreno Vida, M^º.N., "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", en *Temas Laborales*, núm. 150/2019, pp. 161-185. En efecto, una correcta aplicación del tiempo de trabajo permite determinar con seguridad la correspondiente subordinación laboral y con ello los espacios de observancia de las facultades de control del trabajo por parte del empresario. Evidentemente, las nuevas formas de trabajo y el proceso de digitalización laboral ahondan en la presencia del tiempo de trabajo como uno de los aspectos principales de conflicto laboral.

3 Para un estudio en profundidad de las repercusiones del proceso de digitalización en el ámbito del trabajo a distancia. Vid. Casas Baamonde, M^º.E., "El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020, pp. 1413-1414. Conviene recordar desde el punto de vista del trabajo a distancia, la imposibilidad de imponerse esta modalidad laboral a las personas trabajadoras. Vid. STS (Social) de 11 de abril de 2005 (RJ 2005, 4060). STSJ (Social) del País Vasco, de 26 de septiembre de 2006 (AS 2007, 872).

4 La empresa está obligada a realizar una adecuada organización del trabajo a distancia, a pesar de sus notas de flexibilidad. Ello se aprecia claramente en la obligación de compensación de gastos derivados del trabajo a distancia. Vid. STS (Social) de 8 de marzo de 2023 (RJ 2023, 1996).

la conciliación de la vida profesional, personal y familiar⁵. Todo ello explica la importante proliferación de la digitalización del trabajo, así como el desarrollo de las nuevas modalidades de trabajo, a las que no referimos en este estudio. De igual modo, su intensa aplicación y recurso renovado ha dado lugar, por ejemplo, a la reformulación legal del trabajo a distancia en nuestro ordenamiento jurídico. Actualmente, y especialmente raíz de la pandemia del coronavirus, el trabajo a distancia ha sido un instrumento valioso para garantizar la continuidad del trabajo, a pesar del necesario aislamiento de las personas por motivos de salud. Dicha fórmula de trabajo se ha reformulado acogiendo distintas denominaciones, como trabajo remoto, teletrabajo, trabajo a distancia, etc. En todas estas manifestaciones ligadas a la digitalización, el trabajo a distancia se caracteriza por el uso necesario de las tecnologías digitales que permiten la realización de la prestación laboral y la conexión permanente con la empresa y, por ende, con la organización productiva, como se tendrá ocasión de analizar en *infra* 3.

En esencia, el desarrollo del fenómeno de la digitalización del trabajo tiene su base en un proceso general de desmaterialización de la economía. Se ha producido un aumento considerable de la producción, de distintas manifestaciones del consumo, de nuevas fórmulas de empleo e incluso el desarrollo de inversiones en actividades de naturaleza inmateral. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un desarrollo económico ligado a aspectos vinculados a la información y al uso de los datos como un valor económico más.

La consecuencia directa de la desmaterialización de la economía implica que la propia empresa resulta en muchos casos intangible. Ello quiere decir que el lugar de trabajo pierde importancia y se deslocaliza por la posibilidad de la intermediación tecnológica. Con carácter general, la manifestación más evidente de este fenómeno se plasma en el trabajo a distancia y en el desarrollo de las relaciones a través de las redes telemáticas. Dichas aplicaciones tecnológicas se presentan como un instrumento esencial para el desarrollo de la producción, así como para la toma de decisiones empresariales. Otra importante manifestación de este proceso se produce en el ámbito igualmente de la economía digital y se desarrolla en virtud de las denominadas tecnologías de plataforma que fomentan igualmente la innovación en virtud de distintos tipos de actividades laborales⁶, como se analizará en *infra* 4.

El empleo de las tecnologías digitales en el trabajo tiene importantes efectos en materia de condiciones laborales, afecta igualmente a la movilidad laboral, introduce nuevas formas de trabajo y nuevas funciones laborales facilitadas por las innovaciones tecnológicas. En este sentido, debemos destacar la clara proyección que tiene la necesidad de mejorar la conciliación de los tiempos de

5 Desde el punto de vista del interés de las personas trabajadoras a ejercer su derecho a conciliar su trabajo con su vida personal y familiar. Vid. STSJ (Social) de Asturias de 23 de marzo de 2021 (AS 2021, 159846). STSJ (Social) de Madrid de 14 de julio de 2023 (AS 2023, 95). SJS núm. 31 de Madrid, de 20 de diciembre de 2021 (AS 2022, 16). SJS núm. 2 de Badajoz de 31 de mayo de 2021 (AS 2021, 2102).

6 Ciertamente el desarrollo de estas economías digitales a través de las plataformas permite la posibilidad de proveer más servicios y conectar a las empresas con sus trabajadores y a los clientes con sus proveedores de servicios. Sin duda, esta es la base esencial para el desarrollo de los nuevos productos y con ello el estímulo de nuevas modalidades de prestación de servicios. Vid. Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 3-4.

trabajo con la vida personal, familiar y, en definitiva, con el interés de desarrollo personal y social de las personas trabajadoras⁷. Otro claro ámbito de proyección de la flexiseguridad se aprecia en el gran potencial que tiene el uso de la tecnología digital en la mejora del acceso y de la promoción de condiciones de trabajo adecuadas a las personas, que presentan determinadas dificultades psicofísicas y funcionales, ya sea para el acceso al empleo o para la promoción en el mismo. Igualmente, la digitalización del trabajo tiene importantes consecuencias desde la perspectiva de la línea definitoria y separadora del trabajo asalariado respecto del trabajo autónomo o independiente.

3. EL DESARROLLO DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO ANTE EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS

Conviene indicar que se han ofrecido distintas denominaciones para comprender el impacto de las tecnologías informáticas y digitales en el trabajo. No obstante, se trata de cuestiones definitorias que no terminan de llenar de contenido las posibles respuestas. Tampoco se llega a distinguir con absoluta precisión y claridad las diferencias existentes entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo en el ámbito de la economía digital⁸. Especialmente la indeterminación de los indicios de laboralidad aplicados al trabajo digital puede conducir a confusiones respecto del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y del análisis, en definitiva, de la modalidad de trabajo que se está aplicando. En efecto, el proceso de digitalización del trabajo no lleva consigo la conformación de un trabajo uniforme, desde el punto de vista de su prestación efectiva debido a las altas dosis de flexibilidad de este tipo de trabajos, en comparación con la noción tradicional de contrato de trabajo.

Actualmente, el desarrollo del teletrabajo o del trabajo móvil se sigue basando en el empleo de tecnologías de la información y de la comunicación. Ello permite el desarrollo de distintas manifestaciones o especificaciones del trabajo a distancia, como sucede con el *telework* o el *mobile work*. Sin embargo, estas no son las únicas posibilidades, sino que se desarrollan distintas fórmulas de trabajo relacionadas con la tecnología y que suponen a la postre la digitalización de la actividad

-
- 7 La búsqueda de un adecuado balance entre la vida laboral y personal-familiar se muestra especialmente importante en el desarrollo de las nuevas formas de empleo. Ello es especialmente importante ante la difuminación de la variable tiempo de trabajo, como sucede en el ámbito del trabajo digital y del trabajo inteligente. Vid. Cañiguera, A., "Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible", en *Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Thomson Reuters Aranzdi, Madrid, 2021, pp. 127-130.
- 8 Efectivamente, la denominación y el propio significado que se otorga al trabajo digital no es siempre preciso. Esta situación está ligada a la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación al mundo laboral desde principios de los años ochenta. En este contexto se desarrollaron los primeros contenidos digitales y las aplicaciones informáticas, que fueron introduciéndose progresivamente en los procesos productivos.

laboral⁹. Como decimos, en la práctica existen distintas fórmulas de denominación de las nuevas formas de empleo. Se trata de expresiones que vienen a relacionar la ejecución del trabajo con las tecnologías digitales. En este sentido, podemos destacar las tradicionales referencias al teletrabajo o al *telecommuting*, donde está presente en su uso la posibilidad de reducir los tiempos de desplazamiento, así como generar importantes beneficios desde el punto de vista de la reducción de los niveles de contaminación y de generar las mejores de condiciones de vida y trabajo de las personas trabajadoras.

De igual modo, se hace referencia a otras expresiones, que igualmente tienen un contenido indeterminado. Dichos conceptos se refieren al carácter móvil del trabajo, sin necesidad de que éste se desarrolle desde el propio domicilio de la persona trabajadora. A estas fórmulas amplias de desarrollo del trabajo a distancia se les suele denominar *mobile telework* o *smart working*. Ciertamente, dichas formas de trabajo a distancia están igualmente relacionadas con el desarrollo de los mecanismos digitales. Ello se produce gracias al recurso de los teléfonos móviles, computadoras, tablets o cualquier tipo de dispositivo electrónico que permita la telecomunicación. El factor común de estos recursos se refiere a la posibilidad de introducir en el trabajo una mayor movilidad y flexibilidad laboral. Por supuesto, estas formas de trabajo pueden desarrollarse en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, siempre que se produzca el empleo y la subordinación del trabajador y éste se inserte en el ámbito de dirección y organización de una empresa (art. 1.1 ET). Existen distintas fórmulas de trabajo a distancia, en este caso con una importante dimensión del trabajo móvil. Nos podemos referir al recurso al trabajo digital nómada o *e-nomad*, así como al trabajo virtual o *virtual work*. En todas estas manifestaciones del trabajo digital se hace referencia a la naturaleza a distancia de la actividad laboral. En estos casos también se produce la aplicación y el desarrollo de contenidos digitales y el recurso a medios de digitalización, que son igualmente compatibles con el trabajo dependiente y subordinado.

Estas reformulaciones también repercuten en la noción tradicional de teletrabajo en el ámbito de nuestra disciplina. Se han realizado distintas clasificaciones del teletrabajo en atención a los diversos factores que caracterizan su desarrollo. De este modo, podemos distinguir el teletrabajo clásico desarrollado en el domicilio del trabajador y que se diferencia claramente del trabajo desarrollado en las dependencias de la empresa¹⁰. También podemos destacar el denominado teletrabajo móvil o itinerante, así como el teletrabajo en línea. La diferencia entre estas fórmulas de teletrabajo reside en que en el trabajo en línea la interconexión se produce en tiempo real con la empresa o con otros trabajadores de la misma. También es posible el desarrollo del teletrabajo fuera de línea, que permite la desconexión y no hay una interacción permanente entre trabajador y empresa. Igualmente,

9 En relación a estas nuevas posibilidades de trabajo basadas en la interconexión constante y sus efectos en el mundo del trabajo. Vid. Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publicaciones oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo 2017 y de la OIT, Ginebra, 2017, pp. 3-7. Eurofound, *Further exploring the working conditions of ICT-based mobile workers and home-based teleworkers*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, working paper, 2019, pp. 3-7.

10 Desde el punto de vista de la organización del teletrabajo, se insiste en la necesidad de garantizar la eficacia del derecho a adaptar la jornada de trabajo, sin que la empresa pueda revocar el modelo desarrollado sin conceder audiencia a los trabajadores. Vid. STSJ (Social) de Madrid, de 14 de julio (AS 2023, 95).

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO

es posible el trabajo que permite la transmisión telemática de datos sin que se produzca una interacción completa con los terminales de las empresas. Asimismo, podemos destacar el teletrabajo en exclusiva o en régimen de alternancia con la prestación de servicios en el establecimiento de la empresa y, por último, el desarrollo del teletrabajo transnacional, que implica que la empresa y el trabajador se encuentran en diferentes lugares, es decir, afecta a distintas empresas de diversos Estados desde el punto de vista de su protección jurídica¹¹.

Sin duda, otro fenómeno sumamente importante desde el punto de vista del desarrollo del trabajo digital se ha producido con la introducción de las plataformas digitales. Se trata de una modalidad de trabajo que se puede desarrollar en múltiples modalidades. Las fórmulas más extendidas hacen referencia al *crowdwork*, es decir, al trabajo colaborativo desarrollado en permanente conexión, así como al trabajo desarrollado a demanda a través de aplicaciones informáticas y del recurso de telefonía móvil. Dichos modelos de trabajo tecnológico plantean, con carácter general, distintas cuestiones aplicativas. En primer lugar, podríamos destacar la naturaleza misma del vínculo contractual que relaciona al prestador de servicios con la aplicación o la plataforma informática empleada en el proceso productivo. Estas manifestaciones nos conducen a determinar inevitablemente la regulación aplicable y el tipo de protección que se proyecta sobre este tipo de trabajo. Especialmente, y dado el amplio grado de flexibilidad de dichas fórmulas de empleo, será preciso determinar la existencia o no de relación de trabajo en virtud de los indicios y presupuestos de laboralidad del art. 1.1 del ET¹².

En todas estas manifestaciones del trabajo digital se recurre a la utilización y a la aplicación en la relación de trabajo de las innovaciones tecnológicas, que permiten la interconexión constante con la empresa. Esta aplicación se lleva a cabo generalmente a través de decisiones empresariales seguidas, en su caso, de acuerdos contractuales, que se incorporan al contrato de trabajo. Conviene destacar que, a pesar de estas transformaciones, el contrato de trabajo sigue teniendo la misma naturaleza jurídica y ello implica la permanencia de la figura del trabajo asalariado y dependiente, lo que implica el despliegue de la acción protectora del Derecho del Trabajo.

11 Para un análisis más completo y transversal de la figura del trabajo a distancia y del teletrabajo, recomendamos los siguientes trabajos de investigación. Vid. De La Puebla Pinilla, A., "Negociación colectiva y regulación del trabajo a distancia", en *Teletrabajo y Negociación Colectiva, XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, pp. 34-ss. Sanguinetti Raymond, W., "Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva ley de trabajo a distancia", en Baz Rodríguez, J. (Dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer-CISS, Madrid, 2021, pp. 233-234.

12 En relación a los desafíos inherentes al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo desde la perspectiva del desarrollo de las plataformas digitales. Vid. Sierra Benitez, E.M., "Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 1, 2023, pp. 37-ss. López López, E.J., "Situación jurídica en el derecho comparado de los trabajadores de plataformas digitales de servicios", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022, pp. 3-5. Herrera-Vergara, J.R., "Las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo", en *Debates actuales del Derecho Laboral: libro homenaje a Gerardo Arenas Monsalve*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2022, pp. 144-ss.

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO

Efectivamente, el Derecho del Trabajo se tiene que adaptar a la propia evolución de los medios de producción, así como a las fórmulas de organización empresarial de la actividad laboral¹³. Estamos, pues, ante una tendencia general, que ya hemos apuntado, en relación a la ordenación flexible del trabajo. Todo ello repercute inexorablemente en las condiciones de tiempo de trabajo y descanso¹⁴. En este sentido, podemos destacar la importancia del acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo de 16 de julio de 2002. En este importante acuerdo se introdujo una clara alusión a la orientación de las medidas empresariales aplicadas en clave de flexiseguridad en el trabajo.

Este planteamiento supone tener en cuenta la flexibilización de la prestación laboral ante las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Asimismo, debemos destacar que dicha orientación confirma la relación existente entre las tecnologías de la información y la comunicación, respecto de las nuevas modalidades de organización de la actividad laboral. Es decir, ello supone la necesidad de acompasar la ordenación del tiempo de trabajo a la propia modernización de la organización de la actividad laboral. No obstante, esta importante referencia a la flexiseguridad juega un importante matiz, en la medida en que no se tendrá únicamente en cuenta el interés de la empresa a la hora de la organización del trabajo, sino que también es preciso satisfacer de forma equilibrada otros intereses presentes en juego¹⁵.

13 De no ser así, el Derecho del Trabajo vendría a cuestionar la propia evolución de las actividades productivas y de la concurrencia y competitividad en el mercado. Es decir, estaríamos poniendo en cuestión el desarrollo de la propia libertad de empresa, que se asienta en un modelo capitalista basado en el trabajo por cuenta ajena y siempre bajo la organización y dirección de la empresa.

14 En la jurisprudencia se ha producido una importante interpretación tuitiva de la limitación del tiempo de trabajo y la garantía de la desconexión digital. En este sentido, podemos destacar la relevancia de la consideración como tiempo de trabajo del tiempo de disponibilidad laboral y guardias domiciliarias. *Vid.* STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, Caso Matzak. En el ámbito de la jurisdicción española, se reafirma este criterio relativo a considerar tiempo de trabajo a los periodos de disponibilidad o guardias localizadas. *Vid.* STSJ (Social) de Castilla-La Mancha, de 10 de febrero de 2022 (AS 2022, 663). STSJ (Social) de Aragón, de 1 de febrero de 2022 (AS 2022, 726). STSJ (Social) de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 19 de noviembre de 2020 (AS 2021, 47038). STSJ (Social) del País Vasco, de 22 de octubre de 2019 (AS 2020, 830).

15 En ese sentido, podemos destacar algunos ejemplos comparados en los que se avanza en el reconocimiento de los derechos básicos en el ámbito del teletrabajo. En ese sentido, el Código de Trabajo portugués, en los artículos 233 a 244, contempló en el año 2003 una regulación general sobre el teletrabajo, abordando especialmente la problemática relativa a la flexibilización de las relaciones laborales. Dicha regulación se ha visto modificada posteriormente en varias ocasiones, pero sigue manteniendo la definición del teletrabajo en conexión a una prestación laboral desarrollada con subordinación jurídica y aplicada habitualmente fuera de la empresa en virtud de los recursos de tecnológicos de la información y de la comunicación. Se configura una modalidad contractual orientada a la prestación subordinada del teletrabajo. En este ámbito, por ejemplo, se contempla el derecho individual de las personas trabajadoras a la conciliación y también se avanza en la posibilidad de reversión en la situación del teletrabajo. Concretamente, la regulación permite la posibilidad de contemplar una duración máxima, que puede igualmente prorrogarse, pero que deberá tener en cuenta un plazo objetivo de denuncia para poder retornar, en su caso, a la situación del desarrollo del trabajo en las instalaciones de la empresa de forma presencial. Este debate sobre la regulación del teletrabajo en Portugal ha dado lugar a un importante debate en el ámbito de la doctrina española. *Vid.* Abruñosa Sousa, D., "O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pp. 136-ss. Mella Méndez, L., "La configuración del teletrabajo en el Derecho portugués: algunas reflexiones al hilo del ordenamiento español", en Lavinia Serrani, L. y Mella Méndez, L. (dir): *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo I. Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo* (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia), Peter Lang, Berna, 2017, pp. 287-320. Con todo, conviene señalar que la regulación portuguesa se presenta como un marco normativo general y sencillo, que está conectado con el desarrollo del trabajo a distancia, intentando establecer paralelismos y puntos de encuentro con el trabajo presencial.

4. EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN EL CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO

El desarrollo de las nuevas formas de empleo se encuentra en constante cambio y transformación. Los modelos de trabajo digital evolucionan en sus múltiples dimensiones y modalidades de aplicación práctica y seguirán evolucionando a medida que progrese el propio desarrollo tecnológico. Esto significa que, desde una perspectiva evolutiva, siempre estará presente el problema de la calificación jurídica del contrato de trabajo. Se deberá analizar casuísticamente si se trata de una prestación laboral en virtud del artículo 1.1 del ET, o si nos encontramos ante una relación de trabajo independiente. El problema de calificación jurídica de la relación de trabajo y el análisis de su correspondiente su encaje fuera del Derecho del Trabajo se presenta como una labor deductiva e inevitable. Este análisis deductivo afecta constantemente al ordenamiento jurídico laboral y a su ámbito jurídico de protección¹⁶.

Debemos destacar el desarrollo del trabajo en las plataformas digitales, cuya identificación y análisis es complejo y diverso. Como decimos, los modelos de plataforma están cambiando permanentemente. Asimismo, y a pesar de la intervención de la legislación laboral española en este ámbito¹⁷, siempre va a estar latente el ámbito de conflictividad inherente a la aplicación del Derecho del Trabajo y, con ello, la posible declaración de existencia de relación laboral. Esta perspectiva se confirma, por ejemplo, en la propia doctrina jurisprudencial del TJUE. En este sentido, determinados pronunciamientos vienen considerando la exclusión de la figura del contrato de trabajo, al no concurrir los indicios de laboralidad. En estos casos, el factor decisivo es la determinación de la mayor flexibilidad en relación a la elección del tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse¹⁸. Asimismo, todo dependerá de la forma en que dicho trabajo o las tareas que se desarrollan se aplican realmente,

¹⁶ Ciertamente, dicha dimensión evolutiva del avance tecnológico está reñida con la propia función protectora del Derecho del Trabajo y la vis atractiva de la protección jurídica que provee el ordenamiento jurídico laboral.

¹⁷ En este sentido, es preciso tener en cuenta la importante intervención producida por el Derecho del Trabajo en el ámbito de las plataformas de la economía digital, en virtud de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. Esta intervención está basada en una importante respuesta jurisprudencial. El TS reconoció el carácter laboral de determinadas prestaciones de servicios realizadas en las plataformas digitales. *Vid.* STS (Social) de 25 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 5169). STS (Social) de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 824). Esta doctrina ésta confirmada por las siguientes resoluciones jurisprudenciales. *Vid.* STSJ del País Vasco (Social), de 19 de enero de 2021 (AS 2021, 516). STSJ de Cataluña (Social), de 12 de mayo de 2020 (AS 2020, 2383).

¹⁸ Efectivamente, el TJUE viene contemplando una interpretación flexible, ligada al propio derecho de la competencia y muy respetuosa con el concepto de trabajador por cuenta ajena que se desarrolle en cada legislación nacional. En ese sentido, podemos destacar distintas resoluciones del TJUE, que vienen declarando la exclusión de la figura del trabajador dependiente y la inexistencia de relación laboral. Ello se produce cuando la prestación de servicios se realiza a través de plataformas digitales. *Vid.* STJUE de 20 de diciembre de 2017. Caso Asociación Profesional Elite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L. (TJCE 2017, 217). Auto TJUE de 22 de abril de 2020. Caso B. contra Yodel Delivery Network Ltd. (TJCE 2020, 71).

teniendo en cuenta entre otros factores, el horario de trabajo, el lugar y la posibilidad misma de poder seleccionar a los propios colaboradores en el desarrollo de la prestación de servicios¹⁹.

En ese sentido, debemos destacar que la calificación laboral de los trabajadores que prestan servicios en virtud de plataformas digitales no está clara en la actualidad. Efectivamente, existen algunas modalidades de trabajo en el ámbito de las plataformas digitales que guardan muchas similitudes con las que desarrollan otros trabajadores en esas mismas actividades en el mercado de trabajo y en aplicación del contrato de trabajo tradicional²⁰. No obstante, el juicio de laboralidad dependerá casuísticamente de la existencia o no de los presupuestos de dependencia y ajenidad en el caso objeto de conflicto.

En determinados supuestos, los prestadores de servicios podrán calificarse como trabajadores independientes, contratistas independientes o incluso autónomos. Estamos, pues, ante una forma de empleo que utiliza una plataforma digital on-line, con el fin de permitir a organizaciones e individuos trabajar en red. Se prestan servicios a cambio de un pago económico, siendo su principal rasgo de identidad el desarrollo de un trabajo que recibe una contraprestación económica y que se organiza a través de una plataforma en línea. Se desarrolla una relación compleja en la que participan tres factores, es decir, el cliente, el prestador de servicios y la plataforma digital. A través de esta relación se desarrollan distintas tareas específicas, siendo un rasgo general que se trata de micro tareas, pequeñas funciones que se ofrecen a través de la plataforma. No obstante, en algunas ocasiones también suelen desarrollarse trabajos de mayor entidad, especialmente en el ámbito de la programación y la asistencia técnica relacionada con las tecnologías de la información y la comunicación. En cualquiera de los casos, nos encontramos ante un sistema de externalización, que abarca un conjunto amplio de tareas y que se proporciona a demanda, mediante la puesta en contacto de los clientes y los sujetos que prestan los servicios en el mercado²¹.

Si bien es cierto no se puede dar una respuesta categórica y unívoca, sí que podemos apuntar que la tendencia jurisprudencial, como ha ocurrido en España, se orienta hacia el reconocimiento del trabajo en plataformas digitales como relación de trabajo, cuando concurren los presupuestos de laboralidad. Pero ello no impide que se deba de seguir analizando casuísticamente el juicio de

19 A pesar del recurso a la tecnología y de la flexibilidad del régimen de prestación de servicios, la jurisprudencia ha considerado de forma consolidada la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad en el trabajo desarrollado en las plataformas digitales. Vid. STS (Social) de 18 de mayo de 2021 (JUR 2021, 173985). ATS (Sala Social) de 20 de septiembre de 2022 (JUR 2022, 317140).

20 En relación a la caracterización de las distintas tipologías de trabajo desarrolladas en el ámbito de las plataformas digitales. Vid. Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 35-ss.

21 A fin de profundizar en el modelo de externalización productiva producido mediante el desarrollo de las plataformas digitales en la economía de servicios. Vid. OIT, *World employment and social out-look. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 23 de febrero de 2021. Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018, pp. 9-16.

laboralidad en base a los parámetros del artículo 1.1 del ET²². No obstante, como decimos, se trata de un debate inconcluso, que seguirá evolucionando de forma paralela al propio desarrollo de las modalidades, así como teniendo en cuenta las variaciones que se produzcan en las innovaciones tecnológicas y en los modelos de negocio.

En este sentido, tenemos que subrayar la existencia de múltiples formas de aplicación de las plataformas digitales, que se desarrollan en función de distintos modelos de negocio. Por ello, no se puede dar una definición única o abordar un concepto común del trabajo desarrollado en la economía de plataforma. Las plataformas digitales intermedian en el mercado de trabajo, poniendo en contacto a usuarios y clientes con una red de prestadores de servicios, que abarca tanto a trabajadores altamente cualificados, como a trabajos de menor contenido técnico-laboral. Es decir, nos referimos a trabajos menos cualificados, más relacionados con la economía de los servicios, donde se realizan las denominadas micro funciones o tareas en el ámbito del reparto y entrega de alimentación a domicilio²³.

5. EL RECURSO AL *SMART WORKING* Y SUS EFECTOS EN EL MODELO DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

El sistema de trabajo inteligente, en su denominación anglosajona *smart working*, es una de las más importantes formas de organización de la actividad laboral. En este sentido, no se trata en sí mismo de un tipo de trabajo, como pudiera ser el teletrabajo o el trabajo a distancia. Nos encontramos ante una nueva concepción de desarrollo del sistema productivo y de la organización del trabajo.

Se ha producido un fomento del *smart working* en todos los ámbitos, como sistema dinamizador de una nueva concepción del desarrollo de las actividades laborales. Se parte de la presencia esencial del desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, favoreciendo los procesos de reclutamiento, y orientando ese tipo de trabajo hacia la mejora del equilibrio entre la vida laboral y privada de las personas trabajadoras. En el Reino Unido se han desarrollado importantes guías de implantación del trabajo inteligente²⁴, basadas en la flexibilidad del tiempo de trabajo y en

22 Desde la perspectiva de la corriente general tendente a la laborización del trabajo en las plataformas digitales, conviene destacar que el aspecto clave ha gravitado generalmente sobre el presupuesto de la subordinación. Es decir, se evalúa si el modelo de trabajo en las plataformas digitales en cuestión responde a un parámetro de elaboración y de desarrollo de las condiciones de trabajo en régimen de subordinación laboral.

23 Estos prestadores de servicios, muchas veces situados al margen de la legislación laboral, soportan todos los riesgos y corren con la carga financiera de la gestión de su trabajo. Este tipo de trabajo se retribuye en virtud de comisiones o compensaciones a cargo de planes de suscripción, que son necesarios para poder incluso acceder al mismo trabajo. La contraprestación por los servicios se desarrolla en virtud de tasas, que se caracterizan por su carácter inestable y volátil y que la postre suponen, en muchas ocasiones, la percepción de ingresos reducidos.

24 En este sentido, podemos destacar la Guía sobre *Smart Working* elaborada para el gobierno del Reino Unido, así como las normas británicas PAS 3000; 2015 (*Smart Working Code of Practice*).

las posibilidades de adaptar este modelo de actividad laboral en distintos sectores de actividad. En este sentido, uno de los ámbitos principales en los que se ha intentado desarrollar el trabajo inteligente ha sido la administración pública británica.

La función esencial de dicho sistema es proveer un trabajo de forma flexible y ágil, pudiéndose prestar en cualquier momento, sin ser importante el lugar de su prestación. Las herramientas digitales y los mecanismos de comunicación constante sirven, pues, a la organización del trabajo y ello supone por parte del trabajador la asunción de distintos compromisos de cara a la ejecución del trabajo. El trabajador vendría a asumir responsabilidades concretas ligadas al cumplimiento de las tareas encomendadas en base a una relación de confianza con el empresario. De esta forma la asunción de dichos compromisos estaría en conexión con los propios objetivos empresariales.

El *smart working* está relacionado con la noción de *smart cities*, que piensa en un sistema dinámico de prestación de servicios en una forma de vida cosmopolita. En definitiva, se pretende la búsqueda de un modelo de prestación de servicios mucho más eficiente, que recurre a un sistema de recursos humanos versátil, en base a un modelo de demanda que se desarrolla de forma constante e intensiva y, sobre todo, inteligente²⁵. De igual modo, dicho sistema de trabajo se desarrolla en base a un modelo de cooperación en beneficio de la red, que provee los servicios de forma inteligente. Sería imposible desarrollar el trabajo inteligente sin una base tecnológica innovadora, que se basa en los recursos de la información y de la comunicación telemática. Igualmente, se considera que el trabajo inteligente es una vía interesante de fomento del empleo futuro, en tanto en cuanto su correcta gestión puede dar lugar a fórmulas de crecimiento sostenible, desde la perspectiva social, económica y medioambiental de las empresas. Con todo, una vez más, estará presente la propia garantía del trabajo protegido y el respeto de los derechos laborales, evitando situaciones de fraude laboral y la elusión de la aplicación de las normas jurídico-laborales.

Estamos, pues, ante una manifestación de una forma de trabajo basada en las nuevas tecnologías y en la digitalización. La figura de la persona trabajadora tiene igualmente un interés especialmente relevante, cuyo estatus se desarrolla en base a una gran autonomía e importantes dosis de flexibilidad en relación a la elección del tiempo, el lugar, así como de los medios de trabajo. A su vez, se produce por parte del trabajador una importante asunción de la responsabilidad y autonomía en la obtención de los resultados. Todo ello supone la configuración de un trabajo con grandes dosis de independencia y con la obligación efectiva de rendir cuentas sobre el resultado del servicio o del producto encargado²⁶. En cualquier caso, no cabe duda del carácter laboral de la figura, cuando la

²⁵ La utilización intensiva y prolongada de las tecnologías de la información y de la comunicación prolonga la jornada laboral y da lugar a interferencias, así como a posibles invasiones en los tiempos de descanso y de ocio de los trabajadores. Esta situación incide perjudicialmente en el interés de conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

²⁶ Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un cambio de signo en cuanto a la conformación de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio. Efectivamente, bajo este sistema de trabajo se produce un desplazamiento del control y de la vigilancia de la actividad laboral, en beneficio del compromiso del trabajador respecto al resultado final encargado. Todo ello supone la prevalencia de la confianza legítima depositada por la empresa en el trabajador, sin que tenga relevancia el seguimiento de la prestación de servicios. Vid. Ambra, M.C., "Dal controllo alla fiducia? I cambiamenti legati all'introduzione dello 'smart working': uno studio di caso", *Labour Law and Issues*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 20-39.

prestación de servicios se desarrolle por cuenta ajena y dependiente, y se emplee, con ello, al trabajador, a pesar de las notas de la flexibilidad y la autonomía que caracterizan a esta relación laboral²⁷. Ese empleo del trabajador, sumamente genérico y amplio, se referirá al hecho de quedar el trabajador inserto en el ámbito de dirección y de organización de la empresa. Con todo, debemos destacar la inseguridad de los conceptos y sus distintas acepciones, según las fuentes a las que se recurra. La referencia al *smart working* alude a una forma concreta de trabajar, que suele delimitarse en términos empresariales y en base a conceptos no jurídicos. Por tanto, no estamos ante una modalidad de trabajo que prejuzgue su carácter autónomo o laboral, una vez más, será importante destacar su aplicación respecto del caso concreto, deduciendo la presencia o no de las notas de laboralidad.

El trabajo inteligente no es más que un trabajo sumamente flexible, que, por supuesto, puede revertir la forma de trabajo por cuenta ajena. Será necesario que se trate de un trabajo dependiente y subordinado, que se desarrolle en condiciones de ajenidad. Incluso bajo estas notas se producirá su desarrollo flexible en atención a las condiciones de trabajo, especialmente en relación al lugar de trabajo, al tiempo y a la forma de desarrollo de la prestación de servicios. Sin duda, su gran interés desde el punto de vista de la organización laboral de la actividad productiva se refiere a su carácter ágil y dinámico, así como a la posible versatilidad de su desarrollo. De igual modo, dicho trabajo presupone la adaptación plenamente permanente de la incorporación de las innovaciones tecnológicas a las actividades laborales²⁸. En base a todos esos elementos de juicio, el denominado *smart working* se presenta como una modalidad que pretende desarrollarse en el ámbito de la gestión y la dirección de los recursos humanos, sin que esté presente el propio debate sobre el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, más allá de pensar en los límites al tiempo de trabajo. Este modelo de trabajo atiende más al modo en que se prestan los servicios, en atención a la mayor eficacia y eficiencia del sistema de organización y de los ritmos de trabajo, que condicionan finalmente los tiempos de labor.

Asimismo, el sistema de trabajo inteligente recurre a la tecnología y a la digitalización, y en virtud de la interconexión simultánea y permanente, como base del desarrollo responsable y con altas dosis de independencia por parte del trabajador. Ello demanda un aprovechamiento constante de las capacidades y de las aptitudes del trabajador, que debe adaptarse a las circunstancias, decidiendo el empleado la forma en la que va a desarrollar su prestación y cuando la va a ejecutar. Dicha posibilidad podría desarrollarse dentro de un ámbito de subordinación mucho más flexible, destacando

27 Desde la perspectiva de la flexibilización del presupuesto de la dependencia laboral. Vid. STS (Social) de 25 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 5169). STS (Social) de 19 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2075). STS (Social) de 25 de marzo de 2013 (RJ 2013, 4757). STSJ (Social) de Madrid, de 30 de junio de 2020 (JUR 2020, 258254). STSJ (Comunidad Valenciana) de 22 de marzo de 2017 (AS 2017, 862).

28 En este sentido, podemos decir que ha existido una tendencia promocional del trabajo inteligente, desde la base de la flexibilidad del tiempo y del lugar de trabajo. Estos caracteres hacen especialmente interesante a esta modalidad de actividad laboral, siendo especialmente atractiva por su flexibilidad, tanto para la empresa, como para el trabajador, cuando se gestiona adecuadamente las cargas de trabajo. Vid. Fabbri, T., "Digital Work: An Organizational Perspective", en AA.VV., *Working in digital and smart organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, Palgrave McMillan, Springer International Publishing, 2018, pp. 36-37.

la necesidad de comprometerse efectivamente al resultado. Como decimos, ello repercute sobre la desvirtualización del tiempo de trabajo, así como el lugar donde se preste el servicio, aunque no tendrá que ser obligatoriamente en el centro de trabajo de la empresa, ni tampoco necesariamente en el domicilio del trabajador. Por ello, es especialmente importante la confianza entre las partes en relación a la competencia y capacidad del trabajador, así como respecto al grado de responsabilidad que asume. Evidentemente, se plantean otras cuestiones de gran importancia, como es el ahorro en los lugares de trabajo desde el punto de vista de la empresa, pudiéndose utilizar oficinas de forma compartida entre distintos trabajadores en base a este sistema de trabajo.

En el ámbito de la economía y del *management* empresarial, se suele distinguir esta modalidad de trabajo del teletrabajo y del trabajo a distancia. Ello se debe a que en este sistema de trabajo inteligente siempre estará presente algún contacto temporal con las dependencias de la empresa. Sin duda, en el ámbito del trabajo inteligente se produce un avance significativo en el desarrollo tecnológico y su aplicación al trabajo. Por ello, podríamos indicar que el trabajo inteligente implica un salto cualitativo respecto del teletrabajo y del trabajo a distancia. No obstante, por su configuración desde el punto de vista del *management* empresarial, es preciso ser cauto con las conclusiones desde la perspectiva jurídico-laboral. Como estamos viendo, esta figura podría ser una alternativa futura al teletrabajo, basándose en un modelo de subordinación sumamente flexible²⁹.

No obstante, también puede producirse, según los casos la propia desvirtualización de la configuración jurídica de la relación laboral. Desde esta perspectiva, se estaría produciendo una debilitación del límite divisorio entre el trabajo productivo y la esfera privada de la persona trabajadora, con el peligro consiguiente de afectación a la limitación de la jornada y a los descansos mínimos en virtud del aumento de la carga de trabajo. Asimismo, se presenta especialmente difícil el control de la de la carga de trabajo, su distribución temporal y la valoración de la misma a efectos retributivos.

Evidentemente, el trabajo inteligente resultaría sumamente relevante si se aplica adecuadamente y teniendo en cuenta los intereses personales de los trabajadores. Es decir, estaríamos ante un trabajo inteligente cuando de forma correlativa se mejora la producción y se trabaja de forma más

29 Las discusiones sobre el trabajo inteligente en el ámbito del Derecho del Trabajo surgen especialmente a partir del año 2017, con la aprobación de la Ley número 81, de 22 de mayo, en el ámbito de la legislación italiana. Sin duda, se trata de una regulación de referencia, que trata de abordar las implicaciones laborales del smart working en el ámbito italiano, denominándose lavoro agile. Dicho modelo parte del empleo de las tecnologías informáticas con el fin de facilitar el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa, atendiendo a las condiciones de tiempo que el trabajador señale. Concretamente, el artículo 18 se refiere a esta modalidad de trabajo ágil como una forma de ejecución del trabajo en el que el trabajador desarrolla su actividad por acuerdo con la empresa a través de una organización predeterminada con ciclos y objetivos y sin restricciones desde el punto de vista del tiempo o del lugar de trabajo. Asimismo, se precisa que la prestación laboral se desarrollará en parte en las instalaciones de la empresa y en parte fuera de las mismas. Se contempla una ubicación fija y estable, que se desarrollará dentro de los límites de la jornada laboral máxima diaria y semanal establecidas legal y convencionalmente. Para un estudio en profundidad de dicho régimen de trabajo ágil en Italia. Vid. Cairolì, S., "¿Trabajo a distancia a la italiana? La definición de trabajo ágil en la ley y en los convenios colectivos: superposiciones, posibles distinciones y una primera comparación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019, pp. 153-176. Martone, M., "El smart working o trabajo ágil en el ordenamiento italiano", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018, pp. 531-538. Moreira Dias, J., "Smart working: dialogues between Portugal and Italy", *Labour and Law Issues*, vol. 3, núm. 2, 2017, pp. 40-60.

eficiente, pero a cambio, también el trabajador consigue el beneficio de poder gestionar su tiempo para poder satisfacer sus intereses de atención a la vida personal y familiar y, en general, el disfrute efectivo del descanso necesario y el desarrollo personal en virtud del ocio³⁰.

6. CONCLUSIONES

El desarrollo del fenómeno de la digitalización del trabajo tiene su base en un proceso general de desmaterialización de la economía. Se ha producido un aumento considerable de la producción, de distintas manifestaciones del consumo, de nuevas fórmulas de empleo e incluso el desarrollo de inversiones en actividades de naturaleza inmateral. La consecuencia directa de la desmaterialización de la economía implica que la propia empresa resulta en muchos casos intangible. Ello quiere decir que el lugar de trabajo pierde importancia y se deslocaliza por la posibilidad de la intermediación tecnológica. La manifestación de este fenómeno más evidente se plasma en el trabajo a distancia y en el desarrollo de las relaciones a través de las redes telemáticas. Dichas aplicaciones tecnológicas se presentan como un instrumento esencial para el desarrollo de la producción, así como para la toma de decisiones empresariales. Otra importante manifestación de este proceso se produce en el ámbito igualmente de la economía digital y se desarrolla en virtud de las denominadas tecnologías de plataforma. Dichos recursos tecnológicos fomentan igualmente la innovación en virtud de distintos tipos de actividades laborales.

El Derecho del Trabajo permite grandes posibilidades de ordenación flexible del tiempo de trabajo. Este factor se muestra como un presupuesto necesario que estimula el desarrollo de las nuevas formas de empleo. Esta realidad da lugar a una profunda oposición entre el desarrollo de las fórmulas flexibles de trabajo y los límites a la jornada laboral. Este modelo de trabajo atípico se desarrolla en muchos casos de forma insensible desde el punto de vista del descanso, la salud laboral y la conciliación de la vida laboral y personal-familiar³¹. Esta concepción extremadamente flexible del Derecho del Trabajo da lugar a una colisión frontal con la finalidad clásica limitadora y protectora del tiempo de trabajo. Esta idea esencial nos obliga a interpretar de forma crítica el modelo tradicional de ordenación del tiempo de trabajo y de descanso, que en la actualidad se encuentra en una situación de clara decadencia.

30 Evidentemente, no estaríamos ante un trabajo inteligente si se reemplaza el modelo tradicional de labor por un trabajo que al final implica una mayor carga laboral. Efectivamente, puede aumentar la productividad, pero si esta se consigue única y exclusivamente en base al esfuerzo del trabajador y si la retribución no es adecuada o suficiente, estaríamos evidentemente ante un retroceso desde el punto de vista de los derechos de las personas trabajadoras.

31 Reiteradamente, la jurisprudencia ha venido reafirmando el derecho a la conciliación en atención a las necesidades personales y familiares de las personas trabajadoras. *Vid.* STS (Social) de 20 de julio de 2022 (AS 2022, 3556). STS (Social) de 24 de octubre de 2017 (AS 2017, 4855). STSJ (Social) de Castilla-La Mancha, de 14 de julio de 2022 (JUR 2022, 296826). STSJ (Social) de Galicia, de 18 de marzo de 2022 (AS 2022, 795). STSJ (Social) de Galicia, de 12 de junio de 2019 (AS 2019, 1791). STSJ (Social) de Andalucía, Sevilla, de 12 de abril de 2019 (AS 2019, 1748).

El desarrollo del teletrabajo o del trabajo móvil se sigue basando en el empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Ello permite el desarrollo de distintas manifestaciones o especificaciones del trabajo a distancia, como sucede con el *telework* o el *mobile work*. Estas no son las únicas posibilidades, sino que se desarrollan distintas fórmulas de trabajo relacionadas con la tecnología y que suponen a la postre la digitalización de la actividad laboral. También podemos destacar otras fórmulas amplias de desarrollo del trabajo a distancia, que se les suele denominar *mobile telework* o *smart working*. Ciertamente, dichas formas de trabajo a distancia están igualmente relacionadas con el desarrollo de los mecanismos digitales. De igual modo, podemos destacar la proyección del trabajo inteligente, cuya función esencial es proveer un trabajo de forma flexible y ágil, pudiéndose prestar en cualquier momento, sin ser importante el lugar de su prestación. Otro fenómeno sumamente importante desde el punto de vista del desarrollo del trabajo digital se ha producido con la introducción de las plataformas digitales. Se trata de una modalidad de trabajo que se puede desarrollar en múltiples modalidades. El factor común de estos recursos se refiere a la posibilidad de introducir en el trabajo una mayor movilidad y flexibilidad laboral.

Dado el amplio grado de flexibilidad de dichas fórmulas de empleo, será preciso determinar la existencia o no de relación de trabajo en virtud de los indicios y presupuestos de laboralidad del art. 1.1 del ET. Se deberá analizar casuísticamente si se trata de una prestación laboral en virtud del artículo 1.1 del ET, o si nos encontramos ante una relación de trabajo independiente. El problema de calificación jurídica de la relación de trabajo y el análisis de su correspondiente encaje fuera del Derecho del Trabajo se presenta como una labor deductiva e inevitable. Este análisis deductivo afecta constantemente al ordenamiento jurídico laboral y a su ámbito jurídico de protección. Se trata de un debate inconcluso, que seguirá evolucionando de forma paralela al propio desarrollo de las modalidades, así como teniendo en cuenta las variaciones del modelo de empresa. En cualquier caso, estas nuevas manifestaciones de trabajo deberán respetar, en todo caso, el modelo de trabajo protegido y con derechos, propio de nuestro modelo constitucional de Estado Social de Derecho.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abrunhosa e Sousa, D., "O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal", *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.

Ambra, M. C., "Dal controllo alla fiducia? I cambiamenti legati all'introduzione dello 'smart working': uno studio di caso", *Labour Law and Issues*, vol. 4, núm. 1, 2018.

Cairolì, S., "¿Trabajo a distancia a la italiana? La definición de trabajo ágil en la ley y en los convenios colectivos: superposiciones, posibles distinciones y una primera comparación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019.

Cañigueral, A., "Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible", en *Tecnología y Trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Thomson Reuters Aranzdi, Madrid, 2021.

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO

- Casas Baamonde, M^a. E., "El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020.
- De La Puebla Pinilla, A., "Negociación colectiva y regulación del trabajo a distancia", en *Teletrabajo y Negociación Colectiva, XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publicaciones oficiales de la Unión Europea, Luxemburgo 2017.
- Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
- Eurofound, *Further exploring the working conditions of ICT-based mobile workers and home-based teleworkers*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, working paper, 2019.
- Fabbi, T., "Digital Work: An Organizational Perspective", en AA. VV., *Working in digital and smart organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, Pallgrave Mcmillan, Springer International Publishing, 2018.
- Gorelli Hernández, J., "El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital: ¿Un derecho en peligro?", en *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, Comares, Granada, 2021.
- Herrera-Vergara, J. R., "Las plataformas digitales y el Derecho del Trabajo", en *Debates actuales del Derecho Laboral: libro homenaje a Gerardo Arenas Monsalve*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2022.
- López López, E. J., "Situación jurídica en el derecho comparado de los trabajadores de plataformas digitales de servicios", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.
- Martone, M., "El smart working o trabajo ágil en el ordenamiento italiano", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018.
- Mella Méndez, L., "La configuración del teletrabajo en el Derecho portugués: algunas reflexiones al hilo del ordenamiento español", en Serrani, L. y Mella Méndez, L. (Dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo I. Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Peter Lang, Berna, 2017.
- Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Moreira Dias, J., "Smart working: dialogues between Portugal and Italy", *Labour and Law Issues*, vol. 3, núm. 2, 2017.
- Moreno Vida, M^a. N., "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 150/2019.
- OIT, *World employment and social outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Ginebra, 23 de febrero de 2021.
- Sanguineti Raymond, W., "Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva ley de trabajo a distancia", en Baz Rodríguez, J. (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer-CISS, Madrid, 2021.

EL DESARROLLO DE NUEVAS FORMAS DE EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIEMPO DE TRABAJO

Sierra Benitez, E. M., "Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 1, 2023.

Trujillo Pons, F., *Limites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial*, Aranzadi, 2023.

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1158 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL A TRAVÉS DEL RD LEY 5/2023

THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/1158 ON WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS
AND CARERS THROUGH RD LAW 5/2023

Patricia Nieto Rojas

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional de Educación a Distancia

pnieto@der.uned.es ORCID [0000-0003-3734-3392](https://orcid.org/0000-0003-3734-3392)

Recepción de trabajo: 01-06-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 75-102

■ 1. LOS EFECTOS LABORALES DE LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS. ■ 2. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL RD LEY 5/2023. ■ 2.1. La petición de fórmulas de trabajo flexible. La modificación del art. 34.8 ET para adecuarlo a la Directiva 2019/1158. ■ 2.2. La apuesta por la corresponsabilidad en la nueva configuración de los permisos parentales. ■ 2.2.1. El permiso parental. ■ 2.2.2. Permiso ante necesidades sobrevenidas de conciliación. La transposición de la fuerza mayor familiar y el permiso para cuidadores. ■ 3. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE DETERMINADAS UNIDADES FAMILIARES. UNA BREVE MENCIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES. ■ 4. OTRAS MEDIDAS LABORALES DE PROTECCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La legislación laboral en materia de igualdad entre hombres y mujeres dedica una buena parte de su articulado a los instrumentos de conciliación y esta atención cobra pleno sentido no solo porque la dificultad de conciliar trabajo y familia es una causa de abandono del mercado de trabajo que afecta casi exclusivamente a las mujeres con responsabilidades de cuidados, sino porque la efectiva igualdad requiere mecanismos que aseguren el tránsito a un modelo de corresponsabilidad en los cuidados. El presente artículo se centrará en la respuesta comunitaria y nacional a la corresponsabilidad, significadamente en los mecanismos de flexibilidad en el tiempo y lugar de trabajo, así como en el análisis crítico del RD Ley 5/2023 con el que el legislador español ha procedido a la transposición de la Directiva 2019/1158.

PALABRAS CLAVE: igualdad, flexibilidad, corresponsabilidad, cuidados, permisos.

ABSTRACT

The labor legislation devotes a good part of its articles to the work-life balance which will preserve existing rights and build on them with improved and new rights for both women and men. Inadequate measures to reconcile work with care responsibilities tend to impact women disproportionately; the lack of adequate leave to provide care of other dependent relatives exacerbates the unequal sharing of care responsibilities. This article will focus on the European and national response to balance life and work, and in the new framework approved with the project of family's law, especially the new measures relative with the work life balance adopted with the RD Law 5/2023 for the transposition of Directive 2019/1158.

KEYWORDS: equality, work-life balance, care responsibilities, flexibility.

1. LOS EFECTOS LABORALES DE LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS

La subordinación de la lógica de la reproducción a la lógica de la producción y la división sexual del trabajo en la que esta distribución descansa trasladó “los costes de la reproducción a las unidades familiares y, en el seno de ellas, a las mujeres”¹, quedando el Estado solo de manera subsidiaria como proveedor de estos servicios. La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo², es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en este en términos de igualdad, pues, aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres. Y aunque ciertamente el 39 CE obliga a la protección constitucional de la familia, todavía hoy el coste de oportunidad en términos de acceso y mantenimiento en el empleo de las mujeres con responsabilidades de cuidado es un efecto constatado sin que la respuesta dada ni por el Derecho del Trabajo ni por la Seguridad Social se pueda calificar como suficiente.

Las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, iniciadas en el ordenamiento jurídico español con la Ley 39/1999 y claramente favorecidas por la Ley Orgánica 3/2007 y el RD Ley 6/2019³, no han sido capaces de lograr una implicación plena de los hombres en las tareas de cuidado. Es más, las medidas legales de conciliación, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles con un efecto ampliamente denunciado: la distribución fuertemente desigual de las labores domésticas y de cuidado no solo provoca que las mujeres realicen menos horas de trabajo (por tener reducciones de jornada, por trabajar a tiempo parcial, por tener menos disponibilidad para realizar horas extras, etc.) sino mayores dificultades para promocionar y para ocupar puestos de responsabilidad.

La falta de igualdad efectiva de la mujer en el ámbito laboral, no solo en nuestro país, sino en la mayoría de los países de nuestro entorno, está íntima, aunque no exclusivamente, relacionada con la maternidad. Sin duda, el grado de desigualdad de género varía entre países, pero la evidencia confirma que, en todos ellos, las diferencias entre hombres y mujeres que ya han entrado al mercado

1 Nuño Gómez, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Barcelona Icaria, 2010, pág. 174.

2 Ballester Pastor, M. A., Cabeza Pereiro, J., “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pág. 107.

3 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 5-11-1999) y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3-2007) y Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 8-3-2019).

laboral con un capital humano similar son pequeñas, incluso inexistentes en algunos países al inicio de su carrera profesional y, sin embargo, sus trayectorias laborales comienzan a divergir de forma notable y continuada a partir de que la mujer es madre y, en ocasiones, un poco antes⁴.

Esta falta de equidad laboral, tanto en horas de trabajo como en falta de promoción laboral, es la que finalmente produce la relativa poca presencia de la mujer en puestos de responsabilidad y por tanto de decisión en las empresas. Y aunque, ciertamente, en los últimos años, en la UE se ha producido un efecto de visualización de la cuestión de conciliación-corresponsabilidad tanto en el espacio normativo como en los pronunciamientos del TJUE, la mayoría de los instrumentos para incrementar la corresponsabilidad está en manos de los Estados miembros. Aun así, las instituciones de la Unión Europea pueden contribuir a establecer el marco y marcar el rumbo y, a este respecto, la Directiva 2019/1158⁵ supuso un notable cambio de paradigma al ofrecer a los Estados Miembros una ventana de oportunidad en un contexto de reforma estructural de la protección social de las familias, instando a un incremento en la corresponsabilidad de los hombres en las tareas de cuidado.

Es cierto que, desde la óptica de la legislación española, la Directiva se muestra claramente insuficiente con un lacónico periodo de diez días laborables de carácter retribuido, cuyo disfrute se concentra tras el nacimiento de un hijo. Aun así, al estar configurado como un derecho individual sin que sea posible su transferencia incorpora un fuerte incentivo para que los hombres también se acojan al mismo⁶ al tiempo que implica un cambio radical en una norma social no escrita pero vigente que asume que los cuidados son responsabilidad de la mujer. Como estos son muy intensivos en tiempo, la asunción casi exclusiva de esta responsabilidad por parte de las mujeres les imposibilita abarcar, en condiciones de igualdad, otros ámbitos de responsabilidad; es más, mientras el cuidado y su gestión colectiva no se resuelva sin sesgos de género, la contrapartida será un mercado de trabajo en el que las mujeres estarán en peores condiciones que los hombres ya que, hasta la fecha, las mujeres siguen cubriendo aquella parte del cuidado que no se cubre por los hombres, las empresas o el Estado.

La igualdad en la esfera privada es clave para la igualdad en el mercado de trabajo y en la esfera pública y, desde esta perspectiva, un diseño igualitario de los permisos desde la ley y, especialmente, la forma de uso de estos permisos es un elemento clave para un avance sustantivo hacia la igualdad de género⁷. La senda iniciada a este respecto por el ordenamiento español en la igualación de

4 Véanse las atinadas reflexiones de la catedrática de Economía, Sara de la Rica, en el siguiente enlace: <http://nadaesgratis.es/sara-de-la-rica/tras-el-8m-cinco-propuestas-para-la-igualdad-de-oportunidades-de-genero-en-el-ambito-laboral>

5 Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, (DOUE L27.2019).

6 La redacción de la Propuesta de Directiva (SWD (2017) 202 final) relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, contenía la referencia a los "padres", la cual ha sido sustituida en el art. 4.1 de la Directiva 2019/1158 por la referencia a "el progenitor o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente".

7 Castellanos Serrano, C., "Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad". *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 606

permisos solo puede calificarse como una decisión plausible. Que ya en el año 2007 la LOIEMH regulase de manera autónoma la suspensión del contrato por paternidad fomentó “un uso más equitativo del permiso entre padres y madres, estableciendo que una parte del permiso no puede transferirse bajo ninguna circunstancia y que, por lo tanto, se perderá si solo uno de los dos no toma el permiso parental”⁸ y que, finalmente, el RD Ley 6/2019 equiparase los permisos alineó a España entre los países que ofrecen mejores condiciones de licencia remunerada para que padres u el otro progenitor en la terminología comunitaria. Ahora bien, los datos respecto al uso de estos permisos en el año 2022 son muy gráficos⁹: “casi el 98 % de madres reciben la prestación de la seguridad social de las dieciséis semanas seguidas, mientras este es el caso para el 76 % de los varones, colectivo mayoritario dentro de los segundos progenitores. Es decir, según estos datos, en menos del 25 % de los casos, se hace uso del permiso que permite extender el tiempo de cuidado en el hogar, en diez semanas según el diseño actual, y que en general supone un mayor grado de corresponsabilidad en el cuidado infantil dentro de las parejas”. Atendiendo a estos datos, cabría plantearse una reforma legal que, impidiendo la transferibilidad de los permisos, elimine la obligación de simultaneidad de las seis semanas obligatorias iniciales. En ninguna parte de la Directiva 2019/1158 se obliga a la simultaneidad de los permisos; justo al contrario, se aboga por la flexibilidad y uso a voluntad de los progenitores¹⁰. Late en la regulación nacional una referencia no explícita al art. 68 del Código Civil, que regula el cuidado al cónyuge, sin que parezca que esta exigencia tenga una justificación suficiente, sino que si el bien jurídico protegido, es el cuidado del menor, no se compeadece bien con la obligatoriedad de disfrutar de seis semanas de manera conjunta, incluso aunque no exista la necesidad de recuperación física de la madre biológica.

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea¹¹, recuerda, a este respecto, que “mejorar la conciliación de la vida privada y la vida profesional de los trabajadores es una de las formas de abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Ambos progenitores tienen que sentirse responsables y facultados en lo relativo a las responsabilidades asistenciales”. Para lograr este propósito, es imprescindible reforzar la accesibilidad y la calidad de los servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado, no se alejen, total o parcialmente, del mercado de trabajo¹². Esta misma exigencia se reitera en el Pilar Social, tanto en el principio número 9 como en el 18 de los que parece deducirse una preocupación real de la UE por fomentar el acceso a servicios de cuidado, lo cual parece especialmente relevante, pues en aquellos Estados Miembros donde rige una amplia

8 López Terrada, E., “Permisos parentales y conciliación”, en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 149.

9 Castellano Serrano, C., “Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 592.

10 *Ibidem.* pág. 601.

11 COM (2020) 152 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025.

12 Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, pág. 123. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, p. 123.

red de estas características, los beneficios advertidos son variados¹³, singularmente para el mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo.

Sin perjuicio de otras vías de protección, la institución familiar es fundamentalmente objeto de protección en el ordenamiento jurídico español a través de una doble vertiente: la política fiscal y las prestaciones familiares encuadradas bien en la Seguridad Social, bien en la llamada asistencia social donde las medidas de protección no son solo de naturaleza prestacional (de contenido monetario o no) sino también de promoción y fomento. Y aunque ciertamente la Ley de Dependencia trató de publicar estos cuidados, existe todavía hoy una carencia de oferta de servicios que finalmente se acaba supliendo desde la propia familia.

Este hecho tiene un impacto negativo en la incorporación de las mujeres al mercado laboral en condiciones de igualdad y favorece tanto la desigualdad de género como la desigualdad entre clases sociales, puesto que no todas las familias tienen la misma capacidad económica para acceder a estos servicios.

Lamentablemente, España está a la cola de los países de la Europa Occidental en cuanto al gasto público social que financia estos servicios y, dentro de estos, “los menos financiados son los servicios de ayuda a las familias, incluyendo las escuelas de infancia desde los 0 años y los servicios de atención a las personas dependientes, tanto a domicilio como residenciales. El actual grado de (sub) desarrollo de todos estos servicios —servicios de dependencia, y servicios de educación a la primera infancia— se ha traducido en una enorme sobrecarga para la mujer, especialmente durante la pandemia, siendo su dedicación a las ‘responsabilidades familiares’ (cuidado de sus niños y de las personas en situación de dependencia) el doble de la dedicación pre-pandemia”¹⁴.

2. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158 EN EL RD LEY 5/2023

Tradicionalmente los derechos de conciliación se han articulado mediante el reconocimiento legal de derechos de ausencia, siendo, a estos efectos, los permisos retribuidos, las suspensiones contractuales y, con menor intensidad, las excedencias para el cuidado de personas dependientes las figuras centrales. Sin embargo, “una adecuada política de conciliación no es la que asegura el derecho de ausencia sino la que favorece el equilibrio entre las esferas laboral y de cuidados a

¹³ Cruz Villalón, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pág. 25.

¹⁴ Véase, a este respecto, las reflexiones de Vicenç Navarro, “El abandono de las familias: el escaso desarrollo del cuarto pilar del bienestar”, en <https://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2021/04/06/el-abandono-de-las-familias-el-escaso-desarrollo-del-cuarto-pilar-del-bienestar/>

través de medidas de acomodación temporal del trabajo, garantizando de este modo el derecho de presencia¹⁵; es más, distintas investigaciones¹⁶ advierten del sesgo de género y clase que tienen estos permisos, toda vez que la penalización económica que conlleva su uso, hasta el 100 % del salario en el caso de las excedencias, concentra su utilización en familias de dobles ingresos con situaciones laborales no precarizadas.

La existencia de fórmulas de trabajo flexible, como el teletrabajo, la distribución irregular de la jornada o los horarios laborales compactados se configuran, por el contrario, como una fórmula óptima no solo porque su petición no implica una penalización económica sino porque tiene un menor impacto en las trayectorias laborales de las personas peticionarias. El desarrollo de este tipo de fórmulas supone un tránsito hacia un modelo de conciliación centrado en la flexibilidad, ahora sí, bidireccional, esto es, la exigida por la empresa al trabajador, pero también a la inversa, pues es básico que los trabajadores puedan mantener el control sobre determinados aspectos del empleo, tales como la jornada.

Es de aplaudir, por ello, que el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹⁷ inste a profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar al tiempo que reconoce que la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas y centros de trabajo y a las personas trabajadoras. Ahora bien, cualquier reforma en este sentido debe tener como eje prioritario la apuesta por la corresponsabilidad, pues como certeramente recordaba la proposición de ley sobre tiempo de trabajo corresponsable, presentada por el grupo parlamentario Unidas-Podemos¹⁸, “el derecho de las personas trabajadoras a los cuidados solo puede garantizarse si se articula un modelo que permita organizar el tiempo de trabajo con la suficiente flexibilidad”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto la obligatoriedad de los poderes públicos de eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes. Atendiendo a este mandato, la pedagógica exposición de motivos del non-nato proyecto de Ley de Familias¹⁹ disponía “que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable, garantizando, en su caso, el carácter intransferible y retribuido de determinadas

¹⁵ Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Granada: Comares, 2016, pág. 23.

¹⁶ Escobedo, A, “Una oportunidad de ampliación y mejora del sistema español de licencias remuneradas parentales y por cuidados familiares”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 611-628.

¹⁷ Accesible en: <https://www.ccoo.es/d44899d601a725e92eca4a892f7094ce000001.pdf>.

¹⁸ BOCG 16.11.2018.

¹⁹ Cuyo texto puede consultarse en el BOCG 14.4.2023

interrupciones de la actividad laboral” al tiempo que instaba a una modificación del artículo 4.2 ET para especificar que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral se consideraría constitutivo de discriminación por razón de sexo, previsión que, como veremos, sí que fue acogida por el RD Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea²⁰, en lo sucesivo RD Ley 5/2023.

Que el ejercicio de derechos conciliatorios no suponga ningún perjuicio a la persona petionaria es una exigencia derivada del artículo 11 de la Directiva que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que las personas trabajadoras no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio al tiempo que es una formulación consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

La fallida tramitación del Proyecto de Ley de Familias, a consecuencia de la convocatoria de elecciones generales y la consiguiente disolución de las Cortes Generales, ha llevado al Gobierno a rescatar parte de las previsiones contenidas en la citada norma e incorporarlas al RD Ley 5/2023. Una decisión que, al margen de otras consideraciones, se justifica en su propia exposición de motivos por el “riesgo de multa con arreglo a lo establecido en el artículo 260.3 TFUE” al haber sido superado el plazo de transposición que expiró “el pasado 1 de agosto de 2022”, habiendo recibido el estado español “carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023”. Así las cosas, “resulta necesario acudir a la aprobación de un real decreto-ley para proceder a dicha transposición, lo que permitirá cerrar los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea”.

El presente artículo analizará las principales novedades incorporadas en este texto al tiempo que identificarán algunas disfunciones de la nueva regulación estatutaria.

20 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29-6-2023).

2.1. La petición de fórmulas de trabajo flexible. La modificación del art. 34.8 ET para adecuarlo a la Directiva 2019/1158

Pocas dudas caben acerca de que la conciliación de la vida personal y laboral como herramienta de primer orden para la consecución del principio rector de protección a la familia contenido en el art. 39 CE, ha ganado notable importancia y complejidad técnico-jurídica en los últimos años²¹. Las medidas de ordenación flexible del tiempo de trabajo se han considerado “las más proclives a lograr un verdadero «equilibrio» (traducción aproximada del implantado término anglosajón *right to work-life balance*) entre trabajo y familia, apoyado en la plena efectividad de la «corresponsabilidad» en la asunción de los cuidados entre mujeres y hombres²²”.

La Directiva 2019/1158 recuerda a este respecto que los empleadores, al examinar las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible reguladas en el art. 11, podrán “tener en cuenta, entre otras cosas, la duración de la fórmula de trabajo flexible solicitada, así como sus recursos y su capacidad operativa para ofrecer dichas fórmulas. El empleador debe poder decidir si acepta o rechaza la petición de un trabajador de acogerse a fórmulas de trabajo flexible. Las circunstancias específicas subyacentes a la necesidad de acogerse a estas fórmulas pueden cambiar. Por tanto, los trabajadores deben tener derecho no solo a volver a su modelo de trabajo original al término de un periodo acordado mutuamente, sino también a hacerlo antes de que este periodo finalice, siempre que algún cambio en las circunstancias subyacentes así lo requiera”.

El legislador español ha transpuesto este derecho de forma muy consistente no solo al ampliar el elenco de personas que pueden justificar la petición de solicitud al reconocer el derecho para atender necesidades de cuidado también respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, conviviesen en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. Con el firme propósito de incrementar la corresponsabilidad, la petición de adaptación de jornada para otras personas que, en su caso, convivan en el domicilio, seguramente pensando en familiares por consanguinidad, deviene necesario acreditar un requisito adicional, cual es justificar las circunstancias que fundamentan la petición (v. gr. que no existan familiares por consanguinidad que puedan hacer uso de ese derecho). Solo cabe aplaudir la limitación a los familiares propios pues evita que sean las mujeres las que asuman de manera casi exclusiva estos cuidados, aunque se ha de advertir que, en este aspecto, la propuesta es menos incisiva que la prevista en el RD Ley 8/2020 que solo permitía la activación de los permisos del Plan MECUIDA para familiares directos.

Se ha de tener en cuenta que el ámbito subjetivo del art. 34.8 ET difiere del contemplado en el art. 37.6 y 46.3 ET, habida cuenta que se reconoce el derecho de reducción de jornada y de excedencia

21 Tascón López, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (I)”, *Trabajo y Derecho*, vol. 41, pág. 12.

22 Igartua Miró, M. T. *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 252.

para “el cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. Empero, en las peticiones de adaptación se exige la convivencia en el domicilio y una justificación adicional para quienes no sean familiares directos. Así las cosas, la necesidad de cuidado de los hijos menores de doce años se presume en base a su corta edad, pero, en el resto de los casos, la persona peticionaria deberá acreditar la necesidad de cuidado sin que la persona atendida tenga que presentar un grado mínimo de discapacidad, es decir, será la persona trabajadora quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias²³ a través de cualquier medio válido en derecho sin que pueda exigirse una situación de extrema gravedad.

En una sociedad especialmente envejecida como la española, y sin una adecuada cobertura del sistema público, se hace imprescindible la atención directa de las personas trabajadoras que se encargan de la atención de sus mayores. Si en la década de los 30 y 40 precisan de medidas que les permitan la conciliación con el cuidado de sus hijos/as, en los 50 y 60 será la atención de sus progenitores la que precisará de instrumentos de adaptación en la materia.

En suma, el legislador español transpone el art. 9 de la Directiva dando una nueva redacción al art. 34.8 ET con dos novedades importantes: de un lado, amplía el alcance subjetivo del derecho pues se sigue manteniendo la referencia a los hijos menores de doce años, pero también se podrá solicitar fórmulas de trabajo flexible quienes tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

De otro lado, el legislador hace nuevamente una llamada a la negociación colectiva para que regule los términos de ejercicio del derecho, los cuales se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Ahora bien, ante el silencio negocial, la empresa abrirá un proceso de negociación que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Esta regulación es la concreción en el ordenamiento nacional de lo previsto en el art. 9 de la Directiva, en él que se establece que “los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Este periodo razonable se concreta en nuestra legislación en un plazo de quince días, periodo en el que la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, estudiará la petición. Finalizado este, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación

23 STSJ La Rioja 2.6.2005 (Rº 119/2005). El hecho de tener una edad avanzada no presupone por sí mismo la necesidad de cuidado que habilite el derecho a la reducción, sino que esta circunstancia ha de ser probada.

de la petición, contemplándose como novedad que si no concurre oposición motivada expresa en este plazo se presumirá su concesión.

Puede, no obstante, que la empresa plantee una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien que manifieste la negativa a su ejercicio. Cuando se utilice esta posibilidad, esto es, si la empresa plantea una propuesta alternativa o se deniega la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

En todo caso, en la interpretación de este derecho deben evitarse soluciones ajenas a la finalidad de la norma y, en este sentido, la negociación colectiva asume un elemento central en su desarrollo. La organización del tiempo de trabajo es un tema delicado y al tiempo conflictivo en el que confluyen intereses del trabajador derivados de sus necesidades de conciliación e intereses empresariales derivados fundamentalmente de sus necesidades organizativas y productivas²⁴. En la medida que ambas partes demandan flexibilidad, el choque es inevitable, con una casuística tan amplia que resulta imposible que la misma pueda ser abarcada por vía legislativa; es más, aunque la ley contuviese múltiples disposiciones regulando el régimen de ejercicio tanto de los derechos de conciliación como del poder de dirección y organización del empresario, la solución más eficaz va a pasar siempre por la vía del consenso, tanto a través de pactos colectivos como de acuerdos individuales.

Respecto al contenido del derecho de adaptación, tres son los tipos de medidas que se pueden solicitar: las de duración y distribución de la jornada (por ejemplo, inicio y final flexible de jornada, o parcialidad de la jornada distribuida a lo largo de la semana, del mes o del año sin alterar el número de horas contratadas pues, en tal caso, tendría que articularse como una reducción de jornada con los límites contenidos en el vigente art. 37.6 ET), las de ordenación del tiempo de trabajo (por ejemplo, jornada flexible, jornada continua o jornada partida) y las relativas a la forma de prestación, donde se hace una mención especial al trabajo a distancia.

La petición de trabajo flexible se configura como un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores y, aunque la Ley Orgánica de Igualdad ya señalaba a este respecto que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1), cabe plantearse si cuando la decisión sea solicitada por una persona casada o formalmente constituida como pareja de hecho, la petición se deberá hacer acreditando que, por las condiciones de tiempo de trabajo del otro miembro de la pareja, la adaptación que se solicita es ajustada al tiempo en el que no hay cobertura del otro miembro para el cuidado.

24 Cristóbal Roncero. R., "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017, pág. 131.

Aunque podría defenderse esta exigencia a la luz de la finalidad perseguida por el RD Ley 6/2019, que no es otra que la de incrementar el nivel de corresponsabilidad de mujeres y hombres²⁵, la misma podría colisionar con la revelación de datos muy íntimos de la esfera personal al afectar a decisiones intrafamiliares que no son fácilmente verificables, de ahí que hayamos defendido que el juez (y, con más razón, la empresa) no puede solicitar más información de la vida personal y familiar de quien desea conciliar que la indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos.

El titular del derecho de adaptación no está obligado a demostrar la imposibilidad de que concilie su cónyuge (u otro familiar) porque el derecho de adaptación se configura en el art. 34.8 ET como un derecho de titularidad individual cuyo ejercicio no se condiciona a la existencia de una suerte de “necesidad insuperable de conciliar” derivada de la imposibilidad de atender la conciliación a través de otras medidas y/o con ayuda de otras personas. El derecho de adaptación depende, únicamente, de la existencia de los presupuestos objetivos que dan derecho a conciliar: tener hijos o familiares a los que cuidar y verse imposibilitado para hacerlo manteniendo el régimen de prestación de trabajo²⁶.

Para la resolución de la controversia, la base para la decisión (judicial o empresarial) debiera ser siempre una ponderación de intereses: entre el interés legítimo del trabajador en cambiar su turno, cambiar su horario, teletrabajar, etc. y el interés igualmente legítimo de la empresa de mantener una organización productiva competitiva y eficiente.

Esta ponderación de intereses solo puede realizarse correctamente si el trabajador aporta las razones por las que solicita la adaptación: son estas razones, que pueden pesar más o menos, las que deben confrontarse con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Y entre las razones y las necesidades la ligazón es la proporcionalidad: lo que se pide por el trabajador y las razones por las que se pide deben guardar proporcionalidad con lo que es posible en la empresa, “atendiendo a todas las circunstancias en juego”²⁷.

Ahora bien, como certeramente ha recordado la mejor doctrina, “esta eclosión lleva aparejada, inevitablemente, una mayor litigiosidad, en la que, en muchos casos, lo que se plantean son conflictos de intereses y no jurídicos, para los que serían deseables procedimientos arbitrales internos a la empresa, con participación de los representantes de los trabajadores, alternativos a la intervención judicial”²⁸, tesis que habíamos sostenido con anterioridad tras analizar la prolija doctrina judicial respecto a las peticiones de adaptación de la jornada por necesidades conciliatorias²⁹.

25 Goerlich Peset, J. M. “La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019”. <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>

26 Viqueira Pérez, C. “Límites a la adaptación de jornada”. Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, vol. 4, 2021.

27 Véanse las atinadas reflexiones del profesor Gómez Abelleira: <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/el-nuevo-derecho-solicitar-adaptaciones.html>

28 Durán López, F. “¿Y quién paga todo esto?”, <https://cincodias.elpais.com/opinion/2023-04-13/y-quien-paga-todo-esto.html> y Del Rey Guanter, S. La reciente intensificación de la “paralaboralidad” normativa: algunas causas y consecuencias, <https://www.aedtss.com/la-reciente-intensificacion-de-la-paralaboralidad-normativa-algunas-causas-y-consecuencias/>

29 Nieto Rojas, P. “La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019”, en Mercader Uguina, J. R., De la Puebla Pinilla, A. (Dir.), *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 266.

Otra novedad de la nueva redacción del art. 34.8 ET es la mayor consistencia con la que se regula la posible reversibilidad a la situación anterior al reconocer el derecho de la persona trabajadora a regresar a la situación anterior una vez concluido el período acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. Ahora bien, también podrá solicitar volver a la situación previa, aunque se mantengan las causas que motivaron la petición —v. gr. cuidado de un hijo menor de edad—, siempre que concurra un cambio de circunstancias que así lo justifique —v. gr. modificación del régimen de custodia—. En tal caso, la empresa podrá denegar el regreso solicitado solo cuando existan razones objetivas motivadas para ello, debiendo informar al trabajador de las causas que motivan la decisión.

2.2. La apuesta por la corresponsabilidad en la nueva configuración de los permisos parentales

Conceptualmente, la Directiva 2019/1158 delimita con algo más de nitidez el permiso parental que se reconoce para el cuidado del hijo o hija y puede proyectarse durante los primeros años de crianza, concretamente hasta que los menores cumplan ocho años, frente a la licencia por maternidad o por paternidad, que es un permiso que se concede vinculado al momento concreto de nacimiento del hijo o hija y que cuenta con una particular protección en los términos referidos en el primer epígrafe de este trabajo. Sigue sin estar clara, pese a todo, la distinción entre ambos derechos porque tampoco se establece un período mínimo a partir del nacimiento para disfrutar el permiso parental, sino que solo se contempla un límite para su petición, vinculado a la edad del menor³⁰.

De otra parte, y conociendo que la mayoría de los padres no aprovechan su derecho al permiso parental y transfieren una proporción considerable de este a las madres³¹, el legislador comunitario amplía de uno a dos meses el período mínimo que no puede ser transferido al tiempo que mantiene el derecho contemplado en la Directiva 2010/18/UE de que cada uno de los progenitores disfrute de un mínimo de cuatro meses de permiso parental si bien solo se garantiza la retribución en el periodo intransferible.

2.2.1. El permiso parental

Que la Directiva configure parte de este permiso en una lógica de intransferibilidad no solo garantiza que cada progenitor disponga al menos de dos meses de permiso parental retribuido, con carácter exclusivo, sino que animará a los padres a hacer uso de su derecho. En este ánimo promocional, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada

³⁰ López Álvarez, M. J. "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español", *Femeris*, vol. 7. Núm. 2, 2021, pág. 73.

³¹ Considerando 20 Directiva 2019/1158

estado miembro o por los convenios colectivos. Igualmente, los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas”.

La transposición efectuada por el legislador español a través del 127.7 RD Ley 5/2023 se produjo mediante la adición de un nuevo apartado al art. 48 del texto estatutario en los siguientes términos:

«Artículo 48 bis. Permiso parental.

1. Las personas trabajadoras tendrán derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso, de duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente.

2. Este permiso constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio. Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible».

Como se puede observar, la transposición española no condiciona el derecho a la acreditación de ninguna antigüedad en la empresa, aunque conviene recordar que el art. 8.4 de la Directiva sí que permite supeditar el derecho a un período de trabajo o a una antigüedad que no podrá exceder de un año. Lo que sí que prevé transposición efectuada por el legislador español, al igual que contempla la propia Directiva en el art. 5.6, es la posible modificación de las fechas de disfrute de este permiso si dos o más personas trabajadoras en la misma empresa solicitan simultáneamente ejercer este derecho por el mismo sujeto causante. Ahora bien, de producirse esta circunstancia, la empresa no solo habrá de justificar la razón que motiva esta negativa, sino que tendrá que garantizar el ofrecimiento de una fecha alternativa si bien compartimos que la regulación propuesta es ciertamente criticable, toda vez que deja “traslucir una preferencia por la posición empresarial, admitiendo la posibilidad del aplazamiento de un derecho para hacer frente a necesidades que, en la mayoría de los casos, son inaplazables”³².

32 Reche Tello, N., “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social* núm. 89, 2020, pág. 82; Gorelli Hernández, J., “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 7, 2022, pág. 30.

Respecto a la forma de ejercicio, el legislador comunitario contempla que este permiso puede disfrutarse de forma flexible en las modalidades que se establezcan internamente, por ejemplo, un cierto número de semanas consecutivas de trabajo separadas por períodos de permiso (v. gr. cuatro semanas en periodo no lectivo en dos años consecutivos). Como se observa, la intención que se demuestra es clara: es este un derecho de disfrute directo, que no se hace depender (obsérvese que se utiliza el verbo “comunicar” y no “solicitar”) de una previa negociación con la empresa, como ocurre en el supuesto de la adaptación de jornada. O, dicho de otra forma, el empresario no podrá aceptar o rechazar la petición de la persona trabajadora. Únicamente, le quedará aceptarla, siempre, eso sí, que se hubiese avisado con la antelación debida³³, con la única salvedad de que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa en los términos ya analizados.

Con todo, el punto más conflictivo de la transposición de la Directiva está siendo el carácter retribuido³⁴ del permiso parental y, en su caso, la intensidad de la remuneración. Ciertamente, el apartado primero del art. 8 de la directiva expresamente contempla su carácter retribuido si bien deja un cierto margen de concreción por parte de los Estados miembros ya que estos “garantizarán que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar de uno de los permisos contemplados en el artículo 4, apartado 1 o en el artículo 5, apartado 2, reciban una remuneración o una prestación económica” y, como es de sobra conocido, en nuestro ordenamiento las suspensiones por nacimiento activan una prestación económica de Seguridad Social que alcanza el 100 % de la base reguladora. El permiso parental reconocido en el art. 48 bis ET se incardina, por el contrario, como un periodo suspensivo con reserva de puesto no retribuido, incorporando una nueva letra al art. 45 ET para considerar causa autónoma de suspensión del contrato.

Conviene recordar que es el apartado tercero del art. 5 de la Directiva el que insta a los Estados Miembros a garantizar la remuneración del permiso parental a los periodos de intransferibilidad. Que descansa en manos de los Estados Miembros o de los interlocutores sociales la intensidad de la remuneración ha sido objeto de fundadas críticas, significadamente porque es perfectamente posible que se adopten regulaciones que, por su escasa cuantía, no fomenten el disfrute de tales permisos³⁵ o, como ha decidido el legislador español, sin ningún tipo de compensación económica lo que perpetuará los sesgos de clase y género que se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada.

A diferencia de lo que se establece para el permiso por paternidad (que recuérdese habrá de contar con una remuneración equivalente, al menos, a la que percibiría el trabajador en caso de baja por enfermedad), la Directiva no hace ninguna referencia a la intensidad de la remuneración. Y aunque ciertamente sí que apostilla que esa compensación económica habrá de articularse “de manera que

33 Blasco Jover, C., “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD L 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familia”, *Revista Lex Social*, vol. 2, 2023, pág. 34.

34 Véanse las críticas planteadas en trámite de alegaciones por UGT, CCOO y la plataforma de permisos iguales e intransferibles, así como el propio CES en el dictamen que emitió al anteproyecto de ley de familias accesible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic062023.pdf>

35 Rodríguez Escanciano, S. “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* núm. 13, 2021, pág. 7.

se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo que, en principio, supone tener que tomar en cuenta el nivel de ingresos ordinario de los titulares del derecho y prever una cobertura razonable para posibilitar el disfrute, a partir de este mínimo, puede plantearse un criterio de adecuación, que oriente la actuación de los legisladores internos, habida cuenta que, si no se opta por una protección económica razonable, su eficacia será bastante residual en la práctica³⁶. Diversos estudios recuerdan que los hombres no suelen usar licencias laborales que no se remunere, al menos, al 80 % de sus ingresos³⁷.

La DF 8ª RD Ley 5/2023 señala expresamente que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la retribución del permiso parental. Comoquiera que el plazo límite general para la transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución de las dos últimas semanas del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un plazo de transposición más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva³⁸.

La ubicación del permiso parental en el art. 48 bis ET sugiere una fórmula suspensiva, en la que la compensación económica debiera articularse a través de una prestación de la Seguridad Social. Es igualmente factible que el futuro desarrollo reglamentario configure este permiso como un permiso retribuido, tal y como ocurre, por ejemplo, con el permiso para el cuidado del lactante del art. 37.4 ET. Y, en este sentido, la Directiva no impone una retribución mínima, por lo que podrían buscarse alternativas que sólo ofrezcan al trabajador una cobertura parcial durante el disfrute del permiso con el riesgo cierto de que este tipo de fórmulas desincentiven que los hombres utilicen este permiso, además de tener como efecto diferido que solo se use en familias de dobles ingresos que puedan asumir el coste derivado de la pérdida de ingresos durante este periodo.

Hasta que se desarrolle la regulación reglamentaria del permiso parental, y comoquiera que no se ha modificado el art. 144.4 LGSS, que establece que “la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y gestación desde el día primero de la semana trigésima novena; en la de nacimiento y cuidado de menor; en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural”, durante este periodo, no existirá obligación de cotizar. Esta regulación difiere de la prevista para los empleados públicos ya que el permiso parental se incorpora en el listado de permisos del art. 49 EBEP lo que garantiza su carácter retribuido.

36 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N., Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro. Barcelona: Bosch, 2021, pág. 86.

37 Jurado Guerrero, T., “El permiso por nacimiento y cuidado de menor: la transposición de la Directiva europea de conciliación de 2019”. *IgualdadES*, 7, 2022, pág. 576.

38 López Álvarez, M. J. “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158”, Brief AEDTSS, 2023, accesible en: <https://www.aedtss.com/por-que-el-nuevo-permiso-parental-no-cumple-con-los-plazos-de-transposicion-de-la-directiva-ue-2019-1158/>

Finalmente, conviene señalar que aunque ciertamente la Directiva contempla una cláusula pasarela en el art. 20.6 que permite a los Estados miembros “tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directiva”, y que su aplicación permite salvar la duración más amplia del permiso parental de la directiva (cuatro meses) frente a las ocho semanas que recoge el art. 48 bis ET, “considerando que ya se ofrecen en nuestro sistema otros derechos para el cuidado de hijos, como la reducción de jornada o la excedencia. Lo mismo ocurre con la exigencia de retribución de parte del permiso parental, para el caso de los padres y progenitores distintos de la madre biológica. En la medida en que el permiso por nacimiento de hijo tiene en nuestro ordenamiento una duración de dieciséis semanas frente a los diez días que establece la Directiva para el permiso de paternidad, podría utilizarse esa “mejora” para cubrir la exigencia del permiso parental retribuido”³⁹, tenemos que advertir de la inadecuación existente entre la protección prevista para las madres biológicas entre la Directiva y el art. 48 bis ET⁴⁰, pues aun teniendo en cuenta las dos semanas de suspensión adicionales al permiso de maternidad previsto en la Directiva 92/85/CEE —16 semanas en vez de 14— y la posible acumulación en días completos del permiso por cuidado de lactante, que tiene igualmente carácter retribuido, en ningún caso, se alcanzan los dos meses mínimos exigidos por el art. 8.3 de la Directiva.

El legislador nacional tendrá entonces que adecuar la normativa española antes de agosto de 2024 y, a nuestro juicio, lo más conveniente sería a través de una prestación de Seguridad Social, habiéndose sugerido que la misma podría ser coincidente en su umbral de protección, incluso en la carencia, con el subsidio por incapacidad temporal⁴¹. También es necesario el desarrollo reglamentario que articule cómo se podrá utilizar este permiso parental y si el mismo puede ser fraccionado en qué términos y las exigencias procedimentales para su solicitud.

2.2.2. Permiso ante necesidades sobrevenidas de conciliación. La transposición de la fuerza mayor familiar y el permiso para cuidadores

El art. 6 de la Directiva introduce un permiso para cuidadores consistente en el derecho a ausentar durante cinco días laborables al año para atender un problema médico en los términos contenidos en el art. 3 de la Directiva, esto es, para atender a quien “necesite asistencia o cuidados importantes

39 López Álvarez, M. J. “Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, cit.

40 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N., Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro. Barcelona Roncero: Bosch, 2021, pág. 79.

41 Cabeza Pereiro, J. “La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno”, op. Cit, pág. 88.

por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro. La definición comunitaria de cuidador se construye no sólo sobre los vínculos de parentesco, sino también sobre los de convivencia en el mismo hogar, y es un acierto que así se haga, pues con esta decisión se pretende “dar respuesta a determinadas situaciones en una sociedad donde los modelos clásicos de familia se difuminan y las relaciones de cuidado se organizan sobre la base de estructuras informales y privadas que, no por ello, tienen por qué resultar insatisfactorias”⁴².

Seguidamente, el art. 7 de la Directiva contempla una ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. En el propio texto de la Directiva se recuerda la importancia de tener en cuenta las necesidades especiales, y seguramente sobrevenidas, de quienes tienen hijos o personas dependientes a su cargo, para lo cual insta a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a adoptar “las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”. Tal y como está configurado en el texto de la Directiva, estamos ante el derecho que tiene el trabajador a ausentarse del trabajo para los casos de enfermedad o accidente de familiares que hagan indispensable su presencia (cláusula 3, apartado 1). Será potestad de los Estados miembros concretar los motivos que dan derecho al permiso, así como los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación, a sus condiciones de ejercicio o a la exigencia de una adecuada justificación.

Se trata, por tanto, del reconocimiento de nuevas medidas de ausencia, que no permiten una mejor distribución del tiempo de trabajo, sino que se limitan a garantizar que el trabajador podrá desentenderse, por el tiempo imprescindible, de sus responsabilidades laborales para centrarse exclusivamente en las familiares⁴³. La Directiva no obliga sino simplemente anima a los Estados miembros a que establezcan una remuneración o prestación económica para este permiso a fin de que los cuidadores, en particular los hombres, realmente ejerzan este derecho. Esta garantía de ingresos se ha contemplado en la transposición efectuada por el legislador español que se materializa en las siguientes modificaciones:

En primer lugar, se aprueba una nueva relación de permisos retribuidos, modificando para ello el apartado b) del art. 37 ET para reconocer el derecho a un permiso de una duración de “cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguineidad o afinidad, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”.

⁴² López Álvarez, M. J. La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español, *Femeris*, cit, pág. 70.

⁴³ Maneiro Vázquez, Y. Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158. Albacete, Bomarzo, 2023, pág. 25.

Se mejora en este punto la regulación comunitaria que establece un límite de cinco días anuales, habida cuenta que, en la transposición efectuada por el legislador español se reconoce el derecho de cinco días siempre que se produzca una causa que pueda motivar el permiso.

Seguidamente, se adiciona un apartado b) bis al art. 37 ET para reconocer el derecho a un permiso de dos días por el fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando por tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días.

También se modifica la letra a) del art. 37.3 ET para extender el tradicional permiso retribuido de quince días naturales por matrimonio al supuesto de registro de pareja de hecho, equiparando ambas situaciones. La norma no aclara, sin embargo, si ha lugar a solicitar el mencionado permiso de manera consecutiva, en caso de que al registro de la pareja de hecho le siga posteriormente el matrimonio entre las mismas personas⁴⁴, debiendo entender que no.

En segundo lugar, se adiciona un apartado noveno al art. 37 ET, reconociendo a la persona trabajadora el “derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando estas, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

Dos son los caracteres que deben destacarse de la transposición efectuada por el legislador español respecto a la fuerza mayor familiar:

En primer lugar, la garantía la retribución del permiso desde su inicio lo que, sin duda, facilitará el uso indistinto del permiso por hombres o mujeres, habida cuenta que en el caso de que no fueran retribuidas estas horas, existiría una alta probabilidad de que fueran mayoritariamente las mujeres las que utilizarían este derecho, como, de facto, ha ocurrido con las reducciones de jornada y excedencias. Ahora bien, aun aplaudiendo este carácter retribuido, se debería haber analizado también la repercusión que puede acarrear la gestión de este tipo de ausencias en determinadas empresas que dispongan de recursos económicos, técnicos y humanos limitados, como suele ser el caso de las pequeñas y medianas empresas y las microempresas. A este respecto, cabe recordar la conveniencia de valorar la aplicación de incentivos, orientación u apoyo en estos supuestos, en el sentido de la invitación que realiza la Directiva 2019/1158 a los Estados (C 48), garantizando la igualdad de trato para todas las personas trabajadoras independientemente del tamaño de la empresa⁴⁵.

44 Thibault Aranda, X. Nuevo régimen de permisos y fórmulas de trabajo flexibles por conciliación familiar y laboral derivadas del Real Decreto-ley 5/2023, pág. 2. Accesible en: <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/novedades-en-materia-de-conciliacion-laboral-y-familiar-rd-5-2023-1.pdf>

45 Dictamen CES 6/2023, sobre Anteproyecto de ley de familias, accesible en: <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic062023.pdf>

En segundo lugar, conviene valorar positivamente el disfrute fraccionado en el caso de la fuerza mayor familiar al expresamente referir la unidad de cómputo en horas de trabajo lo que permitirá dar una mayor cobertura a necesidades sobrevenidas de conciliación. Parece de la redacción estatutaria que siempre que se produzca una fuerza mayor familiar, el trabajador podrá ausentarse del trabajo si bien solo serán retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año⁴⁶.

Nuevamente el legislador hace una llamada a la negociación colectiva para la concreción de los términos y procedimientos de utilización de este permiso, y aunque podría plantearse si se hace pender el ejercicio del derecho a la existencia de un acuerdo, la interpretación más razonable debe ser sostener que el derecho es directamente ejercitable y que la negociación colectiva podrá determinar y concretar cómo ejercer dicho permiso, por ejemplo, determinando los medios de justificación o contemplando disfrutar dicho permiso de manera flexible (v. gr. en días sueltos)⁴⁷.

En tercer lugar, se ha de advertir que tanto en el permiso para cuidadores como en el de ausencia por fuerza mayor se prevé la posibilidad de que el sujeto causante sea un conviviente, mejorando así la regulación comunitaria que solo contempla el permiso por fuerza mayor para la atención urgente de familiares. Y aunque ciertamente ninguno de los permisos extraordinarios está previsto "para atender a los cuidados continuados que exigen las enfermedades crónicas o las situaciones de dependencia que requieran la atención permanente de la persona trabajadora"⁴⁸, su aprobación sí que permite atender necesidades sobrevenidas de conciliación que, hasta el momento, no tenía cobertura en nuestro periclitado sistema de permisos.

A pesar de la dificultad que contemplará la acreditación de esta "fuerza mayor", solo cabe aplaudir su inclusión, habida cuenta que no existía en nuestro ordenamiento ningún permiso que permitiera la ausencia siempre que hubiera alguna circunstancia requiriera la presencia inmediata del trabajador, sino que el art. 37.3 b) ET exige la gravedad en los términos ya analizados. Quizá la utilización de la expresión "fuerza mayor" contenida en el art. 37.9, y también en el art. 7 Directiva 2019/1158, no es la más acertada porque no parece que se pueda exigir la situación regulada en el artículo 1105 del Código Civil. Con todo, no se compadece bien la diferencia entre este permiso y el regulado en el art. 37 b) ET, salvedad de entender que el permiso por necesidades familiares urgentes o "fuerza mayor" se utilizará para atender el cuidado de menores o mayores dependientes de manera puntual, aunque la causa que motiva este cuidado no revista la gravedad exigida en el permiso del art. 37 b) ET. En todo caso, sería conveniente que la negociación colectiva fuera diferenciado ambos permisos y las causas que los habilitan.

⁴⁶ Respecto a la intensidad de la remuneración, alcanzará el 100 % del salario sin que quepa la detracción de ningún complemento, haciendo una interpretación analógica a la doctrina sentada en la STS 3-12-2019 (R° 141/2018).

⁴⁷ Gordo González, L. "Novedades laborales del RD Ley 5/2023" en <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>

⁴⁸ Maneiro Vázquez, Y. "Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158", cit. pág. 117.

3. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE DETERMINADAS UNIDADES FAMILIARES. UNA BREVE MENCIÓN A LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

El considerando 37 de la Directiva 2019/1158 anima a los Estados miembros a tomar en consideración las particularidades de determinados colectivos especialmente vulnerables, citando de forma expresa a las familias monoparentales. En el estado español, el 81,1 % de los casi 2 millones de hogares monoparentales registrados está encabezado por una mujer (Encuesta Continua de Hogares de 2020) y la tasa de riesgo de pobreza es del 46,8 %, frente al 25,3 %⁴⁹ al tiempo que cabe advertir de la mayor dificultad en el cuidado del menor tanto en términos de recursos económicos como en las posibilidades reales de ejercer los derechos de conciliación.

Ahora bien, el alcance de la protección dispensada a las familias monoparentales compete al legislador nacional y, como veremos, la respuesta incorporada en el RD Ley 5/2023 es claramente insuficiente. La única previsión contemplada es la modificación del apartado sexto del art. 48 ET para permitir la acumulación del permiso de nacimiento en supuestos de discapacidad o partos múltiples. En este caso, y de manera totalmente excepcional, establece que el supuesto de las familias con un solo progenitor se podrá proceder a la acumulación de las ampliaciones legamente establecidas y, en ningún caso, de la totalidad del permiso.

Esta regulación se alinea con la tesis mantenida por la STS de fecha de 2.3.2023, dictada en unificación de doctrina⁵⁰, que no admitió la acumulación de la prestación de cuidado y nacimiento de las familias monoparentales en un único progenitor al entender que dicha decisión “implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo expuesto ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización

49 Federación de madres solteras. “Las Familias monoparentales en España: Una retrospectiva”, Madrid: Instituto de las Mujeres, 2021, nota 61, accesible en: https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/AreaEstudiosInvestigacion/docs/Estudios/Familias_monoparentales_en_Espana.pdf

50 R° 3972/2020.

de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social". A juicio del TS, esta decisión solo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, ni la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo por causas previstas en la ley, a través de la aplicación de criterios interpretativos concretos previstos legalmente que no se circunscriben a la aplicación de la norma en supuestos fácticos que, razonablemente, no parecen claramente delimitados en el ámbito de afectación de la norma interpretada.

El referido pronunciamiento cuenta con un muy fundamentado voto particular⁵¹ que hace un excelente recorrido por otros pronunciamientos del TS que sí que han reconocido nuevas situaciones protegidas (v. gr. prestaciones de maternidad ante situaciones de gestación subrogada) al tiempo que defiende que la interpretación integradora de las normas aplicables se debería haber hecho en base al interés superior del niño ya que tanto la CE como las leyes orgánicas de protección de la infancia y otros instrumentos de derecho internacional, "establecen que el interés superior del niño debe tenerse en consideración primordial, llegando en varios casos a afirmarse expresamente que ese interés superior del menor y su necesaria consideración primordial, son un derecho y, en todo caso, el principio interpretativo que debe prevalecer". A pesar de la brillantez argumental del referido voto particular, el sistema de protección social es un derecho de estricta configuración legal, de manera que corresponde al legislador la tarea de delimitar la acción protectora del sistema, de decidir qué situaciones de necesidad se protegen, a través de qué mecanismos se articula la protección, su intensidad y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida.⁵²

Solo cabe lamentar que el legislador mantenga el más sigiloso (y llamativo) de los silencios⁵³ sobre estas unidades familiares sin haber arbitrado en el RD Ley 5/2023 mecanismos de protección sociolaboral equiparables para los distintos modelos de familia, atendiendo a la lógica entre igualdad y diferencia. Como ya habíamos señalado en algún trabajo anterior⁵⁴, el no reconocimiento de la acumulación consagra una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de esta se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales.

51 Voto particular formulado por el magistrado Ignacio García- Perrote Escartín, al cual se ha adherido también la magistrada Rosa María Virolés Piñol.

52 Utilizando este argumento, algunos pronunciamientos judiciales entendieron que de las referencias existentes en la normativa internacional sobre el interés superior del menor "no puede deducirse el derecho a que la prestación quede configurada de tal manera a partir de preceptos tan genéricos como los que obligan a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, puesto que si la concreción de dicho precepto se deja en manos de la mera interpretación judicial ello equivaldría a trasladar la potestad legislativa a los órganos judiciales, lo que excede con mucho el alcance interpretativo que puede darse a dicho tratado", STSJ Madrid 6.4.2022 (Rº 172/2022). Más recientemente la STSJ Islas Canarias 24.1.2023 (Rº 1910/2021) recordaba que "no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro poder del Estado

53 Bogoni, M., "Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023, pág. 90.

54 <https://www.elforodelabos.es/2021/05/familias-monoparentales-pueden-acumular-al-permiso-de-16-semanas-las-otras-16-a-proposito-de-la-sjs-numero-3-orense-24-de-marzo/>

4. OTRAS MEDIDAS LABORALES DE PROTECCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Aunque es evidente que el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género, pues son “todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Pero el ejercicio de estos derechos por los hombres también suscita la cuestión de su protección frente a tales consecuencias negativas. En este sentido, la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen. Si el objetivo es evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad”⁵⁵.

Para garantizar el ejercicio igualitario de estos derechos, señalan los artículos 11 y 12 de la Directiva que los “Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos contemplados en los artículos 4, 5 y 6, o el tiempo de ausencia del trabajo previsto en el artículo 7, o por haber ejercido los derechos previstos en el artículo 9”. Seguidamente, el artículo 12 mandata a los Estados miembros a adoptar “las medidas necesarias para prohibir el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”. Certeramente⁵⁶ se ha criticado la intensidad de la protección por despido que establece en el art. 12 Directiva, pues difiere de la regulada en la Directiva sobre protección de la maternidad. La cuestión es relevante pues en esta última se establece una protección “durante” los períodos de disfrute mientras que en la regulación de la Directiva 2019/1158, la protección es frente al despido “por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”, es decir, en la primera se incorpora una tutela objetiva frente a una tutela causal.

En nuestro ordenamiento, el art. 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino

55 De la Puebla Pinilla, A. “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, vol. 2, 2021, pág. 216.

56 Gorelli Hernández, J., “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, cit, pág. 32; Rodríguez Escanciano, S. “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* cit, pág. 11.

que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación⁵⁷. Esta protección se extiende a la práctica totalidad de derechos de conciliación en la transposición efectuada en el RD Ley 5/2023, que asume así la tesis más garantista. Para ello, incorpora una nueva redacción del art. 53.4 ET que regula el despido objetivo y del despido disciplinario del art. 55.5 ET en el sentido de calificar como nulo el despido en los siguientes supuestos:

El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37, apartados 3.b) y b) bis, 4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 o la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

Como se puede inferir, la principal novedad del RD Ley 5/2023 es que extiende la tutela regulada en el art. 55.5 ET a las extinciones contractuales de quienes hayan solicitado o estén disfrutando de una adaptación de jornada o un permiso parental lo que supone garantizar a las personas peticionarias una tutela reforzada frente a tratos peyorativos, inclusive despidos por razón de la solicitud o disfrute de fórmulas de trabajo flexible. Esta decisión no solo resulta coherente con el art. 8 del Convenio 156 OIT, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981 y ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 que, con un evidente ánimo expansivo, que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí sola una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo, sino que supone un correcto cumplimiento de uno de los objetivos que la propia Directiva enuncia y no es otro que el de “eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes”.

57 SSTS 17-10-2008, R° 1957/2007, 14-1-2015, R° 104/2014).

La protección para los permisos parentales articulada en los términos expuestos permite atender a la configuración como derechos individuales del trabajador al tiempo que pone “en valor por sí mismo el objetivo de la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, evitando una instrumentalización absoluta de la conciliación en aras de la igualdad”⁵⁸. Ahora bien, siendo esencialmente casuística la resolución de las posibles controversias derivadas de la negativa empresarial⁵⁹, conviene insistir en que las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego, aunque, según una reciente STS, “ello no significa que toda decisión sobre concreción horaria implique necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo”⁶⁰ sino que tendrá que plantearse un panorama indiciario que acredite esta discriminación. Por consiguiente, la imposición de indemnización en casos de declaración de despido nulo exige que, además, se pueda considerar acreditado que la actuación empresarial tenía una intencionalidad discriminatoria. Se hará precisa, además de la mera constatación del hecho determinante de la nulidad objetiva, de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales, lo que exigirá el análisis casuístico de cada concreto supuesto que haya de juzgarse⁶¹.

5. CONCLUSIONES

La atención a las personas dependientes, aunque ciertamente no pueda explicar en toda su extensión la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo⁶², es el factor que con más relevancia afecta no solo a su inserción sino a su mantenimiento en el mercado de trabajo en términos de igualdad, pues aun habiendo habido progresos en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres, y este es uno de los principales

58 López Álvarez, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019, pág. 185.

59 Véase la reciente STS 14-6-2023, R° 2599/2020,

60 STS 25-5-2023, (R° 1602/2020). En sentido contrario, STSJ País Vasco 5-2-2019 (R° 74/2019) y STSJ Andalucía 23-1-2020 (R° 3399/2018)

61 Sobre la indemnización en situaciones de despido de mujeres embarazadas sin conocimiento empresarial de la gestación, es de obligada lectura Mercader Uguina, J.R. “¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: Luz, más luz...”, <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>

62 Ballester Pastor, M. A., Cabeza Pereiro, J. “Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades”, en Cruz Villalón, J. (ed.) *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, pág. 107.

frenos para la consecución de una sociedad desde el punto de vista del género más equitativa, máxime cuando las políticas de conciliación de la vida laboral y profesional, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles. Como hemos argumentado en este trabajo, un factor muy relevante para fomentar la implicación de los hombres en el cuidado de los niños y en las tareas domésticas es la forma de disfrute de los permisos, pues cuando una parte o todo se disfruta en solitario se ha constatado su potencialidad hacia la deseada corresponsabilidad en las labores de cuidado.

El legislador español ha acometido con decisión la tarea de articular un panorama razonablemente completo de medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral en clave corresponsable, salvedad hecha a la criticable regulación del permiso parental en los términos en los que se ha acogido por el art. 48 bis ET.

Cada vez que cuidar implique una disminución de salario, una renuncia al crecimiento profesional o una desmonetización de este tiempo serán las mujeres las que hagan uso de estos derechos. Por ello, solo cabe instar a que, en el futuro desarrollo reglamentario, los costes que implica la retribución del permiso parental sean socializados con una prestación de Seguridad Social, pues si se responsabiliza a las empresas, configurándolo como un permiso retribuido, estas tendrán serios reparos en querer contratar a personas con responsabilidades familiares y bien es sabido que si se reconocen como un permiso no retribuido, como en la actualidad, serán las mujeres las que asuman, a costa de sus trayectorias laborales, este cuidado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ballester Pastor, M. A. y Cabeza Pereiro, J., "Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades", en Cruz Villalón, J. (ed.) Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, págs. 103-138.
- Blasco Jover, C., "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD L 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familia", *Revista Lex Social*, vol. 2, 2023.
- Bogoni, M., "Familias monomarentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 155, 2023.
- Cabeza Pereiro, J., "La Directiva 2019/1158 y su transposición al Derecho interno", en Rodríguez Rodríguez, E., Martínez Yañez, N. (directoras); *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*. Barcelona Roncero: Bosch, 2021.
- Castellanos Serrano, C., "Reformar y evaluar el permiso de nacimiento y cuidado de menor para asegurar el objetivo de corresponsabilidad". *IgualdadES*, 7, 2022.

- Cristóbal Roncero, R., "Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, vol. 133, 2017, págs. 115-138.
- Cruz Villalón, J., "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España", en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015.
- De la Puebla Pinilla, A., «Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad», *Femeris*, vol. 2, 2021, págs. 215-226.
- Escobedo, A., "Una oportunidad de ampliación y mejora del sistema español de licencias remuneradas parentales y por cuidados familiares", *IgualdadES*, 7, 2022.
- Goerlich Peset, J. M., "La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019". <https://elderecho.com/la-adaptacion-de-la-ejecucion-del-contrato-por-razones-de-conciliacion-de-la-vida-familiar-tras-el-rdl-6-2019>.
- Gorelli Hernández, J., "Trabajo y necesidades familiares: la adaptación del tiempo de trabajo", *Iustel. RGSS*, vol. 48, 2018.
- Gorelli Hernández, J., "Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad", *Femeris*, vol. 7, 2022, págs. 10-43.
- Igartua Miró, M. T. *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 252.
- Jurado Guerrero, T., "El permiso por nacimiento y cuidado de menor: la transposición de la Directiva europea de conciliación de 2019", *IgualdadES*, 7, 2022.
- López Álvarez, M. J., "La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español", *Femeris*, vol. 7. Núm. 2, 2021, págs. 64-85.
- López Álvarez, M. J., "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019, págs. 155-185.
- López Terrada, E., "Permisos parentales y conciliación", en Ballester Pastor, A. (ed.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 17-75.
- Maneiro Vázquez, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*. Albacete, Bomarzo, 2023.
- Nuño Gómez, L., *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, Barcelona Icaria, 2010.
- Reche Tello, N., "La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?", *Revista de Derecho Social* núm. 89, 2020, págs. 65-90.
- Rodríguez Escanciano, S., "Tiempo de trabajo y conciliación: premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad", *Trabajo y Derecho* núm. 13, 2021.

Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016.

Rodríguez González, S., "Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 38, 2017, págs. 93-125.

Tascón López, R., "El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español) (1)", *Trabajo y Derecho*, vol. 41, 2018.

Viqueira Pérez, C., "Límites a la adaptación de jornada", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, vol. 4, 2021.

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

THE NEW CONTRIBUTORY PENSION SUPPLEMENT TO REDUCE THE GENDER GAP

Isabel Olmos Parés

Magistrada Sala Social del TSJ Galicia

(en comisión de servicios como letrada coordinadora del Gabinete técnico del Tribunal Supremo)

olmospares@yahoo.es ORCID [0000-0001-8240-3898](https://orcid.org/0000-0001-8240-3898)

Recepción de trabajo: 30-06-2023 - Aceptación: 13-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 103-114

- 1. INTRODUCCIÓN.
- 2. COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.
- 3. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL HECHO BIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD.
- 4. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL CUIDADO DE LOS HIJOS.
- 5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El art. 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social tras su modificación operada por RDL 3/2021 de 2 de febrero regula el nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. El trabajo analiza la justificación y necesidad de la diferencia de trato entre mujeres y hombres que se produce en su regulación y analiza si el mismo incurre en causa de discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

PALABRAS CLAVE: complemento, pensión contributiva, brecha de género, discriminación, sexo.

ABSTRACT

The art. 60 of Royal Legislative Decree 8/2015, of October 30, which approves the consolidated text of the General Social Security Law after its modification carried out by RDL 3/2021 of February 2, regulates the new contributory pension complement to reduce the gender gap. The work analyzes the justification and necessity of the difference in treatment between women and men that occurs in its regulation and analyze whether it incurs direct or indirect discrimination based on sex.

KEYWORDS: supplement, contributory pension, gender gap, discrimination, sex.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), estableció que el [artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#), sobre el complemento por aportación demográfica en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres, mientras que los hombres que se encontraban en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento¹.

La sentencia puso de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica, así como la necesidad de proceder a su redefinición. En ella, el TJUE afirmó que el complemento por aportación demográfica “no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto”(apartado 57), y añadió más adelante, y eso es lo más relevante para lo que después nos ocupará, que la medida no aportaba “remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional”².

El nuevo artículo 60 de la LGSS fue modificado por el RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. La nueva regulación del artículo 60 sustituye el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género donde el número de hijos es el criterio objetivo (uno o más hijos) que se utiliza para articular la medida por cuanto su “nacimiento y cuidado” es la principal causa de la brecha de género; así se expresa la Introducción de Motivos del RDL 3/2021³.

-
- 1 EL TJUE concluyó que La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”).
 - 2 En el mismo sentido lo dijo en las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 65, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 101) (STJUE 12/12/19, párrafo 65)“.
 - 3 La Introducción de Motivos del RDL 3/2021 utiliza la expresión “nacimiento y cuidado”.

2. COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El nuevo complemento se vincula en el caso de las mujeres al hecho de que hayan sido madres, pero, por otro, permite a los padres que prueben un perjuicio en su carrera de cotización, con ocasión del nacimiento de un hijo (también por adopción), por la asunción de esas tareas de cuidados, lucrar el referido complemento. Es decir, que se combina una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el “complemento” lo percibe la mujer, pues se presume que es ella la que los cuidó) con la previsión de una “puerta abierta” para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable⁴.

De acuerdo con la nueva regulación, para que una mujer sea acreedora del complemento cuestionado basta con que sea titular de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad y haya sido madre de uno o más hijos. Dicho complemento se reconocerá o mantendrá por la mujer siempre que no medie un reconocimiento en favor del otro progenitor. En cambio para que un hombre pueda tener derecho al reconocimiento del complemento debe cumplir, entre otros requisitos: acreditar que se ha interrumpido o se ha visto afectada su carrera profesional —y, en consecuencia, su carrera de cotización— con ocasión del nacimiento o la adopción; circunstancia que no se presupone, sino que debe demostrarse acreditando, por ejemplo, para

4 De acuerdo con lo expresado, el nuevo Art. 60 de la LGSS dispone que:

“1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer”.

el caso de hijos nacidos a partir del 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento sea inferior, en más de un 15 por 100, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores o que, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tenga una interrupción de más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

El nuevo complemento, tal y como ocurrió con el complemento por maternidad, cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, al tener la naturaleza jurídica de una pensión pública contributiva y formar parte de un régimen legal de protección contra los riesgos enumerados en la misma, como son la incapacidad permanente y la jubilación y en este sentido cabe preguntarse si resulta acorde con lo previsto en la Directiva de referencia y con la doctrina elaborada en casos semejantes por el TJUE.

Para su análisis se ha de partir del hecho de que nos encontramos ante una medida de acción positiva —así lo afirma la propia norma— que persigue la igualdad material entre las mujeres y los hombres con el objeto de reducir la brecha de género en las pensiones. La norma utiliza la expresión “la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. La acción positiva consiste en presumir que las madres que han tenido hijos se han dedicado a su cuidado y de ahí que, por defecto, se les reconozca a ellas el complemento.

Las acciones positivas, por definición, son medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente más desfavorecidas, y los hombres. Estas medidas tienen como principal finalidad la de acelerar la consecución de la igualdad en un ámbito concreto sin preocuparse de erradicar los prejuicios de género, e incluso con el riesgo de crear nuevos prejuicios de género en contra de las mujeres como beneficiarias de acciones positivas. Son medidas normalmente dirigidas a mujeres o genéricamente a un sexo, que en un determinado ámbito está infrarrepresentado; son transitorias no permanentes y por ello son medidas puntuales.

Las acciones positivas están admitidas en el ámbito de la UE. El artículo 157 TFUE, apartado 4, establece que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Las medidas de acción positiva requieren, en todo caso, una justificación objetiva y razonable.

Por tanto, el hecho de que estemos ante una medida de acción positiva no elimina que la misma se halla justificada de forma objetiva y razonable. En ese sentido, es cierto que existe una brecha de género en materia de pensiones que viene provocada, fundamentalmente, por el hecho de que las

mujeres que son a la vez trabajadoras y madres de uno o más hijos sufren desventajas en el ámbito de las relaciones laborales que se traduce después en la referida brecha de género en la relación de seguridad social⁵.

Uno de los reproches que realizó el TJUE en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 al complemento de aportación demográfica fue el relativo a la aplicación del art. 157.4 del TFUE al complemento de pensión de aportación demográfica, afirmando que el mismo no resultaba aplicable al referido complemento “dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional” (punto 65).

Sin embargo, en España, el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores”⁶. Es decir, que el TC permite que la medida de acción positiva se produzca al final, a modo de compensación, cuando se accede a una pensión de jubilación o incapacidad permanente. Y el mismo Tribunal ha avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que desaparezca la situación de desigualdad⁷, requisito que se cumple en el caso del complemento de brecha de género, pues el complemento desaparecerá en el momento en que la brecha de género del sistema de pensiones se reduzca del 34 % actual y se sitúe por debajo del 5 %⁸.

5 <https://revista.seg-social.es/-/la-mujer-en-la-seguridad-social-breve-radiograf%C3%ADa-de-situaci%C3%B3n>. La pensión media de las mujeres en España es de 803 euros al mes y la de los hombres de 1.225 euros.

6 Auto nº114/2018 del Pleno de 16 de octubre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares.

7 Pleno. Auto nº119/2018, de 13 de noviembre de 2018. Recurso de amparo 3883-2017. Inadmite a trámite el recurso de amparo 3883-2017, promovido por doña María del Pilar Alonso Saura en proceso contencioso-administrativo.

8 Véase la Disposición adicional trigésima séptima de la LGSS sobre “Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

3. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL HECHO BIOLÓGICO DE LA MATERNIDAD

¿Cuál es el anclaje jurídico del nuevo complemento de brecha de género? Ya hemos visto que su anclaje no puede estar en el art. 157 del TFUE, apartado 4, aunque pueda estarlo en nuestra Ley orgánica de Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)⁹, ya que siguiendo el razonamiento de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, el nuevo complemento de brecha de género, al igual que el anterior de aportación demográfica, se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional¹⁰, garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

En todo caso, ya lo he mencionado, como medida de acción positiva introduce una diferencia de trato que debe estar justificada, y debe ser necesaria (proporcionada y razonable).

Para ello, debemos acudir a la Directiva 79/7/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, la cual permite excepciones al referido principio de igualdad y analizar si el nuevo complemento se halla justificado por alguna de las excepciones que en ella se establecen.

Una primera excepción es la relativa a la maternidad, pues el art. 4.2 de la misma establece que “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”. En relación al anterior art. 60 de la LGSS, el TJUE dijo que el complemento no estaba vinculado a la maternidad, pues se concedía también a las mujeres que habían adoptado hijos, lo que indicaba que el legislador nacional no pretendió vincular el complemento de

9 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Jefatura del Estado «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007 Referencia: BOE-A-2007-6115, cuyo art. 11 sobre acciones positivas establece que: “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”.

10 Este año se han adoptado importantes medidas para reducir la brecha de género. Véase en tal sentido el RDL 2/2023 de 16 de marzo que modifica el art. 237 de la LGSS, para considerar cotizados los tres primeros años del período de excedencia del art. 46.3 del ET; o para disponer que las cotizaciones en los casos de reducción de jornada de los arts. 37.6, 37.1 y 37.2 del ET se incrementarán hasta el 100% durante los tres primeros años; o incluso se incrementarán hasta el 100% durante todo el período de disfrute en los casos de las reducciones de jornada de los arts. 37.4 último párrafo y art. 37.6 3º párrafo. También se ha modificado el art. 247 de la LGSS para establecer que “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

maternidad al hecho biológico de la maternidad cuando, además, tampoco se exigía que las mujeres hubieran dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumplía el requisito relativo a que hubiesen disfrutado de un permiso de maternidad, como había indicado también el Abogado General en sus Conclusiones¹¹.

El actual art. 60.1 de la LGSS solo menciona a las “mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad”, de modo que el complemento está ligado al hecho biológico de que sean madres, y aunque no menciona los casos de adopción, deben considerarse incluidos, del mismo modo que ocurre en el caso de los padres. Sin embargo, no exige el cese efectivo de la actividad profesional en el momento en que se tuvieron los hijos, no lo vincula al disfrute del permiso de maternidad, que es un permiso laboral, y a las desventajas que éste haya producido en su vida profesional.

Al respecto, sin embargo, debe ponerse de manifiesto dos cosas: la primera, que las mujeres no solo sufren desventajas por el hecho de interrumpir su actividad profesional con ocasión de su maternidad biológica, sino que las desventajas se producen antes, por ejemplo, en el acceso al empleo simplemente por el hecho de hallarse en edad fértil, retrasando su entrada en el mercado de trabajo o dificultando la rotación de empleos. Luego, constante el contrato de trabajo, pueden ver extinguido el vínculo por razón de su embarazo o durante el disfrute del permiso de nacimiento de hijo. Si no es el caso, el perjuicio puede producirse cuando se incorporan de nuevo, a la hora de su promoción o en la formación. Estas desventajas no se reflejan en la vida laboral ni en el informe de cotización, esto es, no pueden probarse, pero son reales y notorias. Y a los hombres, que no sufren esas desventajas pues ellos no paren, tampoco se les exige propiamente interrupciones, pues pueden acceder al complemento acreditando simplemente una disminución de las bases de cotización (aunque también acreditando interrupciones de la cotización) y en suma una pensión inferior. Por lo tanto, el no vincular el complemento al permiso de maternidad no lo excluye del ámbito del art. 4.2 de la Directiva, pues por lo que a las mujeres se refiere, el mismo está vinculado al hecho biológico de la maternidad y a las desventajas que ese hecho biológico supone en su carrera profesional globalmente considerada.

La segunda cosa es que las mujeres han estado obligadas desde hace años a interrumpir su actividad profesional durante al menos seis semanas posteriores al parto. Dicha obligación se introdujo en el ET a medio de Ley 3/1989 de 3 de marzo, por la que se amplió a 16 semanas el permiso de maternidad (antes eran 14 semanas) y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, cumpliendo así el Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. De este modo, no es preciso que la ventaja que supone el complemento de brecha de género se vincule al hecho de que las mujeres hallan interrumpido efectivamente su trabajo, pues la interrupción se produjo *ex lege*. Lo mismo sucede en la actualidad en el caso de los padres.

¹¹ Véase el punto 59 de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, c-450/2018, WA contra INSS.

En todo caso, debe admitirse que las mujeres que ahora se jubilan nacieron alrededor de los años 1957 y 1958, de modo que si fueron madres entre los 20 y los 30 años de edad, esto es, a finales de los años setenta, no les afectó la obligación legal de interrumpir su trabajo de forma obligatoria durante seis semanas después del parto, aunque disponían a partir del ET de 1980, en el supuesto de parto, de un derecho a suspender el contrato de trabajo durante 14 semanas como máximo, distribuidas a opción de las interesadas. Pero, en todo caso, debe ponerse de manifiesto que los padres, en esas mismas fechas, solo disponían, a partir del Estatuto de los Trabajadores de 1980, de un permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que se ha mantenido intocado durante muchos años.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta el régimen jurídico de los permisos ligados a uno y otro sexo como se puso de manifiesto en la STJUE de 17 de julio de 2014, C-17372013, caso Leone¹² y es obvio que la suspensión por maternidad durante 14 semanas que disfrutaba la madre en los años 80 no puede compararse en modo alguno con el permiso por nacimiento por hijo de 2 días que disfrutaba el padre en orden al mantenimiento de los derechos de pensión, ascenso, formación, etc.

En todo caso, insistimos, el complemento de brecha de género por lo que se refiere a las mujeres se halla vinculado claramente a la maternidad biológica; de hecho no menciona a la adoptiva, aunque deba entenderse incluida, ya que debe admitirse que la adopción no era un modo habitual de ser madres o padres en esos años. En suma, podemos deducir que la norma no los exige (períodos de interrupción) porque los presupone y de ahí la expresión que se contiene en la norma “debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. Cosa distinta es que durante las fechas en que se tuvieron los hijos las mujeres no estuvieran trabajando, pero, como hemos dicho, el hecho biológico de la maternidad provoca desventajas antes, durante y después de la maternidad, de modo que la mujer es compensada por ellas.

Entendemos pues que el complemento de maternidad por brecha de género estaría justificado por el hecho biológico de la maternidad y las desventajas que la misma acarrea a las madres trabajadoras. Desde esa justificación, ya hemos dicho, no existe discriminación pues el mismo hecho biológico de la maternidad justifica la diferencia de trato, sin necesidad de acreditar concretos períodos de interrupción que se presuponen, sobre todo cuando tampoco se les exige a los hombres para lucrar el mismo tipo de complemento por el mismo hijo.

12 En el punto 65 se dijo: “Como se deduce de las observaciones del Gobierno francés, los permisos por maternidad y por adopción llevan aparejado el mantenimiento de la adquisición de los derechos de pensión y de los derechos de ascenso, mientras que el permiso parental y el permiso por cuidado de un hijo menor se caracterizan, el primero, por el mantenimiento total, y el segundo, por un mantenimiento parcial, de los derechos de ascenso. En estas circunstancias, cabe plantearse un interrogante sobre la cuestión relativa a la medida en que el objetivo de la concesión de la bonificación controvertida en el asunto principal es verdaderamente compensar la no consideración de tales períodos de interrupción para el cálculo de la pensión o las desventajas relacionadas con la ralentización de la carrera del funcionario, como sostiene dicho Gobierno”.

4. JUSTIFICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE BRECHA DE GÉNERO POR EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Aun admitiendo que no es deseable disociar la causa que justifica el complemento de brecha de género, es decir, o bien se justifica por el hecho biológico de la maternidad o bien por el cuidado de los hijos, una cosa o la otra, no las dos a la vez, lo cierto es que después de haber mantenido en el anterior apartado que el complemento estaría justificado por el hecho biológico de la maternidad, no es menos cierto que el referido complemento para reducción de la brecha de género estaría también justificado por el cuidado de los hijos, incluidos los adoptados. De ahí que el complemento pueda tener anclaje también en el art. 7.1 b) de la Directiva que establece la facultad que tienen los Estados de excluir de su ámbito de aplicación “las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción del empleo debidos a la educación de los hijos”.

En ese sentido, como dijo también el TJUE en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (puntos 52 y 53): “la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera”.

La excepción prevista en el art. 7.1 b) de la norma comunitaria habla de educación de los hijos, es decir, vincula la excepción al hecho objetivo de haber educado hijos (entiéndase cuidado), pero al tiempo también exige períodos de interrupción debidos a ese cuidado. En nuestro caso, la norma otorga el complemento a la madre que ha parido, presumiendo que es la que ha cuidado, pero puede perderlo si es el padre quién ha cuidado y prueba que ha visto perjudicada su carrera profesional, teniendo en cuenta además que la nueva regulación refuerza el carácter unitario de la prestación, lo que comporta que no pueda reconocerse el complemento a ambos progenitores en razón de los mismos hijos, sino que el complemento para la reducción de la brecha de género se concederá al progenitor que más perjudicado se haya visto en su carrera laboral. De hecho, el art. 7.1 b) de la Directiva trata de beneficiar a las personas que han cuidado de los hijos con independencia de si es la madre o el padre, sin perjuicio de que la norma presuma que es la madre biológica la que ha cuidado, aunque no impide que el complemento no se mantenga a favor de ella si lo pide el otro progenitor (“el derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía”).

De este modo, a la postre, es el cuidado del hijo y la correlativa desventaja en la prestación de jubilación o incapacidad permanente lo que justifica que se otorgue el complemento. La medida o acción positiva es la relativa a presumir que son las madres biológicas las que asumen en general

EL NUEVO COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

las tareas de cuidado y por ello, sin necesidad de prueba, tienen derecho al complemento, mientras que los padres biológicos o adoptantes deben probar que cuidaron y sufrieron desventajas. ¿Cómo lo prueban? Acreditando interrupciones o disminución de sus cotizaciones en conexión temporal con el nacimiento o adopción, así como una suma de pensiones inferior a la de la madre.

La cuestión es, ¿es necesaria esa acción positiva? La respuesta debe ser afirmativa, pues el hecho de que en general sean las madres biológicas las que paren, cuidan y sufran por ello desventajas laborales a lo largo de su carrera profesional es un hecho real, pero no se circunscribe a un período de tiempo determinado, a los dos o tres años posteriores al parto, sino que se proyecta a lo largo de toda su carrera profesional y no hay medio probatorio apto. No las sufren todas, sino la mayoría. Por eso se la llama brecha de género, esto es, el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres¹³. La brecha de género se hace evidente al final, cuando una mujer pide una pensión de incapacidad permanente o jubilación, aunque la misma se haya ido gestando durante casi cuarenta años. Sería una prueba diabólica exigirles a cada una de ellas que probaran cada uno de los episodios que la han generado. Puede no haber ninguno. En cambio, en relación a los hombres, la perspectiva es individual. Será cada uno de ellos los que deberán probar que no han contribuido a la brecha, que también han sufrido desventajas con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo. Sin ir más lejos, el permiso de paternidad es relativamente reciente, es un permiso del siglo XXI, y las interrupciones existentes para ellos en los años 80 y 90 no podían generarles ninguna desventaja, salvo que expresamente dispusieran lo contrario, de ahí el exigirles que prueben que suspendieron o redujeron la prestación de servicios con merma o interrupción de cotizaciones, lo que en modo alguno puede suponer un trato discriminatorio. La prueba es de fácil cumplimiento, todo lo contrario para las mujeres, cuya maternidad es un obstáculo real aún hoy día en el acceso al empleo, en la promoción profesional y en el mantenimiento del vínculo laboral. Estas desventajas no se reflejan solo en la vida laboral o en un informe de cotización.

Sin embargo, una duda asoma: Si las madres sufren desventajas a lo largo de toda su carrera profesional, incluso antes, de un modo que resulta de difícil prueba; si las madres, por regla general, son las que cuidan, ¿no es discriminatorio que los padres puedan arrebatarles el complemento de brecha de género, acreditando simplemente que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de la mujer, así como probando una breve interrupción o esa leve disminución de sus bases de cotización? Al padre le basta con acreditar que ha interrumpido su vida laboral (y cotización) durante 120 días en los nueve meses antes del nacimiento o en los tres años tras el mismo y que la suma de sus pensiones es inferior a la suma de las pensiones de la madre para tener derecho al complemento, pero ello no significa que la madre no haya cuidado al mismo tiempo que ha trabajado. Las causas por las que un hombre percibe una pensión de jubilación de inferior importe difieren de las causas por las que una mujer percibe una pensión de jubilación de inferior importe. En fin, ello daría para otro trabajo.

¹³ La Disposición adicional trigésima séptima sobre Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género en su apartado 2 define la brecha de género de las pensiones de jubilación.

5. CONCLUSIÓN

La nueva regulación del art. 60 del TRLGSS se configura como una medida de acción positiva consistente en que las mujeres que han tenido uno o más hijos no deben probar que cuidaron a esos hijos, mientras que los hombres que cuidaron deberán probarlo. La medida se halla justificada por el art. 4.2 de la Directiva 79/7/CEE (hecho biológico de la maternidad), pero también en el art. 7.1 b) de la misma (ventajas de vejez en favor de las personas que han educado hijos). La medida de acción positiva es necesaria, pues la prueba de las desventajas sufridas por la mayoría de las mujeres no es siempre posible, si consideramos que la brecha de las pensiones no se circunscribe solo al período anterior o posterior a la maternidad sino que se proyecta en toda su carrera profesional, lo que no sucede en el caso de los hombres. La medida de acción positiva se halla justificada y es por ello necesaria, proporcionada y razonable sin que por ello mismo podamos apreciar una discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En todo caso, sería a la inversa. Los padres tienen un modo fácil de probar el cuidado, arrebatando a la madre el complemento sin tener en cuenta que la madre puede haber cuidado al tiempo que ha trabajado o que ha sufrido perjuicios en su carrera profesional que no ha podido probar y que son por naturaleza distintos de los que justifican el inferior importe de la pensión del padre.

SITUACIÓN ACTUAL Y CUESTIONES PENDIENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS EN JAPÓN: ¿Por qué los trabajadores japoneses no las toman?*

CURRENT SITUATION AND PENDING ISSUES OF THE LEGAL REGIME OF PAID ANNUAL LEAVE IN JAPAN: Why don't Japanese workers take it?

Fuminobu Okabe

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Soka (Facultad de Derecho), Tokio, Japón

fokabe@soka.ac.jp ORCID [0009-0004-8864-339X](https://orcid.org/0009-0004-8864-339X)

Recepción de trabajo: 06-09-2023 - Aceptación: 19-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 115-143

■ 1. PUNTO DE PARTIDA DE ESTE ARTÍCULO: ¿Cuál es la situación de la tasa media de adquisición de las vacaciones anuales retribuidas en Japón? ■ 2. ¿CÓMO SE HA FORMADO EL RÉGIMEN JAPONÉS DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS? ■ 3. ¿QUÉ PUNTO DE VISTA FALTA EN EL RÉGIMEN JAPONÉS DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS? ■ 4. ¿CÓMO ESTÁ FUNCIONANDO E INTERPRETANDO EL RÉGIMEN ACTUAL DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS? ■ 5. ¿ESTÁN FUNCIONANDO EFICAZMENTE LAS POLÍTICAS QUE SE HAN INTRODUCIDO PARA MEJORAR LA TASA MEDIA DE VACACIONES ANUALES? ■ 6. ¿ES CORRECTA LA OPINIÓN: “MUCHOS TRABAJADORES JAPONESES NO TIENEN GANAS DE TOMAR VACACIONES PORQUE TIENEN EL TEMPERAMENTO Y LA ÉTICA DE TRABAJO ÚNICOS”? ■ 7. ¿QUÉ PERSPECTIVAS Y MEDIDAS SON NECESARIAS DE AHORA EN ADELANTE PARA QUE LOS TRABAJADORES JAPONESES PUEDAN DISFRUTAR DEL DERECHO A VACACIONES AL MISMO NIVEL QUE LOS TRABAJADORES DE LOS PAÍSES EUROPEOS? ■ 8. OBSERVACIÓN FINAL: ¿Podrá Japón hacerse verdaderamente un miembro responsable en la sociedad internacional? ■ 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* La investigadora Aída Cabello Roldán ha colaborado en la traducción y adaptación del presente artículo.

RESUMEN

Es un hecho bien conocido que los japoneses no suelen querer disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas. Es cierto que la forma de trabajar japonesa dista mucho del sentido común en el mundo, pero ¿por qué se está dando este fenómeno? Para abordar este tema, examinaremos el problema desde tres perspectivas: (1) la singularidad del propio régimen japonés de vacaciones anuales, (2) los problemas que existen sobre cómo se opera e interpreta el régimen de vacaciones, y (3) la conciencia y valores de los japoneses hacia el trabajo. Sobre la base de estos análisis, señalaremos las perspectivas y mejoras requeridas para introducir un régimen general de vacaciones anuales retribuidas a nivel mundial en Japón.

PALABRAS CLAVE: vacaciones anuales retribuidas, régimen de vacaciones planificado, obligación de los empleadores de conceder vacaciones.

ABSTRACT

It is a well-known fact that the Japanese are very reluctant to take paid annual leave. It is true that the Japanese way of working is far from common sense in the world, but why is this phenomenon taking place? To address this issue, we will examine the problem from three perspectives: (1) the uniqueness of the Japanese annual leave regime itself, (2) the problems in how the vacation regime is operated and interpreted, and (3) the awareness and values of the Japanese towards work. Based on these analyses, we will point out the prospects and improvements required to introduce a world-matched paid annual leave regime in Japan.

KEYWORDS: paid annual leave, planned vacation regime, obligation of employers to grant vacations.

1. PUNTO DE PARTIDA DE ESTE ARTÍCULO: ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE LA TASA MEDIA DE ADQUISICIÓN DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS EN JAPÓN?

Es un hecho bien conocido en todo el mundo que los trabajadores japoneses no tienen muchas ganas de disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas.

Según un informe de investigación del Ministerio de Salud, Trabajo y Bienestar Social (en adelante, "MSTBS"), la tasa media de adquisición de las vacaciones anuales estaba por debajo del 50 % desde 1947 en que se promulgó por primera vez el régimen de vacaciones anuales retribuidas en Japón, hasta 2017. Más tarde, ha permanecido por encima del 50 % hasta el año 2019 y subió al 57 % aproximadamente en 2021. En 2022, el número medio de días de vacaciones concedidas por los empleadores fue unos 18 días por trabajador, de los cuales los mismos tomaron alrededor de 10 días. Además, aunque la tasa de vacaciones subió más que hacía unos años, no ha llegado al 60 %. Sin embargo, el MSTBS expresa que "la cifra de 2022 fue la más alta desde el año en que se empezó a tomar la estadística"¹.

No es erróneo concluir que la tasa de vacaciones va mejorando, observando la tendencia nacional. Sin embargo, es evidente que, comparando la situación con la tasa de vacaciones de los trabajadores en todos los países miembros de la Unión Europea, la cual alcanza entre el 70 y el 100 %, la japonesa sigue siendo demasiado baja, a pesar de que han pasado ya 76 años desde su regulación legislativa.

Pero, ¿por qué los trabajadores japoneses no quieren disfrutar de vacaciones? En este artículo, responderemos claramente a esta duda comparándolo con España y otros países europeos donde es reconocido tomar descanso como uno de los derechos humanos más importantes, y, además, indicaremos nuestro punto de vista sobre qué tipo de perspectivas y medidas serán necesarias para que los trabajadores japoneses puedan disfrutar del derecho a unas vacaciones anuales a igual nivel que los trabajadores de los países europeos.

Para eso, primero explicaremos el proceso a través del cual el régimen japonés de las vacaciones anuales retribuidas ha ido evolucionando hasta la actualidad. Luego, examinaremos críticamente las formas de aplicar e interpretar el régimen actual, así como algunas medidas para mejorar la tasa de vacaciones. Asimismo, reflexionaremos sobre la opinión estereotipada de que "los trabajadores japoneses no disfrutaban de vacaciones por su temperamento y la ética de trabajo particular".

¹ MSTBS, "Resumen de la encuesta integral de las condiciones de trabajo de 2022", <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/22/dl/gaikyou.pdf>

2. ¿CÓMO SE HA FORMADO EL RÉGIMEN JAPONÉS DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS?

2.1. ¿Cómo es la estructura básica del régimen actual de las vacaciones anuales?

En primer lugar, se presentará brevemente la estructura básica del régimen actual de vacaciones, que está estipulado en el artículo 39 de la Ley 71/2018 de Normas Laborales (en adelante, “LNL”). El régimen actual tiene una característica bastante compleja: (1) se basa en el principio de que el trabajador puede solicitar vacaciones cuando quiera, (2) al mismo tiempo, el empleador puede concedérselas planificadamente a través de un acuerdo escrito con un sindicato o un representante de los trabajadores, y (3) además, se obliga a conceder hasta un total de cinco días naturales del número de los días de vacaciones que tiene cada trabajador.

2.1.1. Requisitos por los que pueden disfrutar el derecho a vacaciones

El trabajador que haya estado empleado de forma continua durante 6 meses a partir de la fecha en que empieza a trabajar según su contrato de trabajo², y que se haya presentado a trabajar al menos el 80 % de los días obligados a ello, obtiene “automáticamente”³ el derecho a las vacaciones anuales retribuidas (art. 39.1 de la LNL).

El “trabajo continuo” quiere decir que continúa trabajando bajo el mismo empleador. Sin embargo, en caso de que cambie el empleador a mitad de camino, el período trabajado bajo el mando del empleador anterior no se incluye en el período trabajado bajo el nuevo.

Al juzgarse los “días en que está obligado a trabajar” se consideran tanto los días que efectivamente ha trabajado como los días en que se ha ausentado a trabajar, por ejemplo, durante el período de un accidente laboral, el período antes y después del parto, el período en que no ha trabajado porque ha disfrutado de licencias por cuidado de niños, enfermos o ancianos de la familia (art. 39.10 LNL), el período en que se ha disfrutado de las vacaciones (Notificación No. 17/1947 emitida por el jefe de la Oficina de Inspección de Normas del Trabajo, en adelante, “JOINT”), el día en que ha llegado tarde al lugar de trabajo o ha salido temprano, etc.

Al contrario, son los “períodos excluidos de los días en que está obligado a trabajar”: los días festivos legales y no legales (Notificación No. 90/1958 JOINT), los días en que se exonera de trabajar por causas justificadas, y los días festivos en los que estuvo en la oficina por fuerza mayor u otras causas (art. 39.7 LNL. Notificación No. 3/2013 JOINT); etc.

2 Caso de la Asociación Central de las Carreras de Caballos, Sentencia del Tribunal Superior de Tokio, de 30 de septiembre de 1999.

3 Caso de la Oficina Forestal de Shiraishi de la Agencia Forestal y Caso de la Fábrica Koriyama de los Ferrocarriles Nacionales Japoneses, Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1973.

2.1.2. Número de días concedidos

Al trabajador que haya cumplido los requisitos del "trabajo continuo" y la "asistencia de al menos el 80 % de los días en que está obligado a trabajar" se le conceden 10 días naturales de vacaciones (art. 39.1 LNL). Luego, por cada año adicional de trabajo continuo, se suma 1 día adicional a los 10 días y, además, después de 3 años y 6 meses de trabajo continuo, 2 días adicionales. Sin embargo, si el número de los días de trabajo en un año determinado resulta inferior al 80 % de los días de trabajo requeridos, no se concede ningún día adicional para el año siguiente (art. 39.2 LNL).

2.1.3. Formas de concesión

En principio, el empleador puede conceder las vacaciones de forma continua o fraccionada (art. 39.1 LNL). El empleador, en caso de que un trabajador quiera disfrutar de vacaciones por hora, tiene que concederle hasta cinco días del número de vacaciones que tiene cada trabajador a través de un acuerdo con un sindicato o representante de los trabajadores (art. 3.4 LNL).

2.1.4. Vacaciones anuales retribuidas para los trabajadores a tiempo parcial

El derecho a vacaciones se concede no solo a los trabajadores a tiempo completo, sino también a los trabajadores que trabajan menos de 40 horas por semana. Sin embargo, si un empleado trabaja menos de 4 días a la semana o 30 horas semanales, el número de días concedidos se recalcula en proporción a su jornada laboral (art. 39.3 LNL y art. 24-3 de la Ordenanza para la Aplicación de LNL).

2.1.5. Derecho de los trabajadores a solicitar el momento en que quiere disfrutar de las vacaciones, y derecho de los empleadores a concedérselas en un momento diferente

El trabajador puede solicitar libremente a su empleador el momento en que desea disfrutar de las vacaciones (art. 39.5 LNL). En principio, el empleador que ha recibido la solicitud está obligado a conceder las vacaciones en el momento solicitado por el empleado. Si el empleador no le proporciona las vacaciones al trabajador en el momento solicitado por este, será castigado con una pena de prisión de no más de 6 meses o una multa de no más de 300.000 yenes (art. 119 LNL). Sin embargo, en caso de que concederlas en el momento solicitado interfiera con la operación normal de la empresa, el empleador puede hacer uso del derecho de concesión en un momento diferente (art. 39.5 LNL).

2.1.6. Vacaciones concedidas planificadamente

En principio, los trabajadores pueden decidir libremente si disfrutan de las vacaciones, y a los empleadores se les prohíbe intervenir en dicha decisión. Sin embargo, con el fin de que un empleado pueda tomar vacaciones, el empleador puede decidir si dar premeditadamente el número de los días excepto 5 días que deben ser de libre disposición por cada empleado a través del acuerdo con el sindicato o el representante de los trabajadores (art. 39.6 LNL).

2.1.7. Obligación de que los empleadores decidan el momento en que los trabajadores disfrutan las vacaciones y su concesión

Para cada trabajador que tenga más de 10 días de las vacaciones anuales, el empleador debe conceder 5 días de vacaciones en el plazo de un año a partir de la fecha en que cada trabajador obtuvo su derecho a las mismas (art. 39.7 LNL). El empleador que viole esta obligación será multado con hasta un total de 300.000 yenes (art. 120 LNL).

2.1.8. Salario que se paga durante las vacaciones anuales

El empleador tiene que pagar el salario medio, el salario normal o una cantidad equivalente a 1/30 de la remuneración mensual estándar estipulada en la Ley 48/2023 de Seguro de Salud durante el tiempo en el que el trabajador disfrute de su periodo de vacaciones (art. 39.9 LNL).

2.1.9. Obligación de que el empleador preste atención a su empleado que desea disfrutar de sus vacaciones y no interferir en su uso

El empleador está obligado a: hacer un esfuerzo para disponer del personal de modo que los trabajadores puedan disfrutar fácilmente de sus vacaciones (art. 2.1 de la Ley 90/1992 de la Mejora del Horario de Trabajo), concederlas en el momento en que cada trabajador lo solicita dentro de lo posible⁴, y a velar por que el trabajador no sea tratado de forma desfavorable después de haberlas disfrutado (art. 136 disposición complementaria de LNL). Por lo tanto, ni que decir tiene que no es permisible dar una evaluación desventajosa sobre la base del número de los días de vacaciones tomadas por los trabajadores en la evaluación de las gratificaciones, el criterio para aumentos de salario, o la selección de personal para despedir, etc.⁵

2.1.10. Prescripción extintiva

El derecho a vacaciones se extinguirá por prescripción a los 2 años de la fecha en que lo obtuvo el trabajador (art. 115 LNL. Notificación No. 501/1947 del director de la Oficina de Normas Laborales del MSTBS) (en adelante, "dONL"). En Japón, el número máximo de días de vacaciones concedidos en 1 año es de 20 días naturales. Por lo tanto, si un trabajador no los ha usado durante un año, puede tomar hasta 40 días en el año siguiente.

4 Caso de la Estación de Retransmisión Telefónica Controlada por Yokote, Sentencia del Tribunal de Distrito de Akita, de 27 de junio de 1983.

5 Caso de ESU•UNTO•É, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1992 y Caso de Nichinoken Kansai y otros, Sentencia del Tribunal Superior de Osaka, de 6 de abril de 2012.

2.2. ¿Cómo se ha convertido el régimen japonés de las vacaciones anuales retribuidas en la estructura actual?

Como puede entender a simple vista la gente de España y otros países europeos, la estructura básica y el nivel del régimen japonés de las vacaciones anuales retribuidas no solo están lejos de los principios del artículo 40 de la Constitución Española y del artículo 38 de la RDL 2/2015 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, e incluso ni siquiera llega al nivel del Convenio n.º 132 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de 1970.

Por ello, a continuación explicaremos brevemente cómo se ha formado este régimen japonés y cómo ha evolucionado hasta convertirse en la forma en la que se regula actualmente.

2.2.1. Licencia especial anterior a la Segunda Guerra Mundial

Antes de la Segunda Guerra Mundial (en adelante, “SGM”) no se contemplaban las vacaciones anuales retribuidas en la legislación laboral japonesa. Sin embargo, había muchos casos en los que cada fábrica o tienda tenía su propia licencia especial llamada “*Irô*”, así como cada oficina del gobierno, “*Shika*”⁶. Ni que decir tiene que cada fábrica, tienda y oficina del gobierno solo determinaban voluntariamente tal licencia especial, ya que no existía ninguna protección legal. Por lo tanto, estas licencias especiales no eran un derecho de los trabajadores, sino una medida de hecho dada por los empleadores como un favor a los empleados que habían demostrado su lealtad⁷.

Es decir, antes de la SGM, en Japón no se consideraba que “tomar un descanso es un derecho de los trabajadores”, sino que, por el contrario, bajo una consigna como “trabajar fielmente es una virtud” se había formado la “cultura de la vergüenza”⁸. A través de varias costumbres derivadas de tal cultura, los trabajadores japoneses han llegado a abstenerse estrictamente de hacer cosas que a los demás les molesten y parezcan ser perezosos⁹.

2.2.2. Primer régimen de vacaciones anuales retribuidas regulado en la LNL

En Japón, el régimen de las vacaciones anuales retribuidas se introdujo por primera vez en la LNL, que fue la primera legislación para proteger las condiciones de los trabajadores de la posguerra promulgada en 1947, cuando Japón había sido derrotado en la SGM y estaba ocupado por las potencias aliadas constituidas por las potencias victoriosas de la SGM¹⁰.

6 Kenichi Tadenuma, “Sobre la naturaleza jurídica de las vacaciones anuales retribuidas”, *Hitotsubashi Ronso*, Vol. 52, No. 2.

7 Yoshikazu Inumaru ed., *Syokko Jijyo (Condiciones de trabajo de los obreros)*, Iwanami, 1998.

8 Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Houghton Mifflin, 1946.

9 Hiroshi Kousaka, *La estructura de la vergüenza*, Kodansha, 1982.

10 Keiichi Yoshitake, “Sobre la promulgación de la LNL”, *Normas Laborales*, septiembre de 1967.

A principios del período de posguerra, el Cuartel General de las Fuerzas Aliadas (en adelante, “CGFA”) decidió reorganizar la legislación laboral como parte de las reformas de democratización de Japón. Con este fin, el Comité Consultivo Laboral del CGFA ordenó al gobierno japonés en noviembre de 1945: abolir de inmediato varios controles laborales durante la guerra, y establecer unas leyes laborales adaptadas a la nueva época. Al mismo tiempo, basándose en el Convenio No. 52 de la OIT de 1936, el Comité Consultivo le aconsejó al gobierno japonés conceder al empleado regular como mínimo 6 días de vacaciones anuales retribuidas por año, y de ahí en adelante, incrementar el número de días de vacaciones por medio de convenio colectivo y/o de la legislación futura¹¹.

Aceptando estas sugerencias, el gobierno japonés comenzó a legislar las condiciones de trabajo, igualándolas al estándar internacional dentro de lo posible, prestando minuciosa atención a las prácticas laborales tradicionales de Japón y la situación de entonces¹².

En ese sentido, desde marzo de 1946, la División de Protección Laboral del Ministerio de Salud y Bienestar Social (origen del MSTBS actual) se refirió a varias opiniones sobre el número apropiado de días de vacaciones recopiladas desde muchos empleadores y trabajadores, y en junio elaboró un Anteproyecto del LNL en la que se garantizaron las vacaciones anuales retribuidas de 6 días a los que hubiesen trabajado de forma continua de un año y hubiesen alcanzado más de 80 % de asistencia. Más tarde, el Consejo de Legislación Laboral que se estableció inmediatamente en julio, convocó a expertos y partes interesadas de varios campos a realizar varias reuniones de subcomités y audiencias públicas para hacer unos ajustes finos, y redactó el prototipo que se ha convertido en el artículo 39 presente de la LNL¹³.

2.2.3. Proceso de revisión del régimen de vacaciones anuales retribuidas desde el período de alto crecimiento económico hasta la actualidad¹⁴

Japón recuperó su independencia en 1953. Posteriormente, Japón ha experimentado los periodos siguientes: el de alto crecimiento económico desde la década de 1960 hasta la de década de 1970, el de suprema prosperidad llamada la “burbuja económica” de la década de 1980, el de recesión económica desde finales de la década de 1990, y el de reforma del estilo de trabajo desde la década de 2010 hasta hoy en día. En cada etapa, se hicieron algunas revisiones del régimen de las vacaciones anuales.

En primer lugar, durante el período de alto crecimiento económico, Japón apuntó a la rápida reconstrucción y priorizó alcanzar el nivel económico de la sociedad internacional. En 1964, Japón

11 Eiji Takemae, *Estudio de la política laboral estadounidense hacia Japón*, Nippon Hyoronsha, 1970.

12 Kosaku Teramoto, *La vida de un burócrata*, autopublicado, 1976.

13 Asociación Editorial de Historia de la Administración Laboral, *Historia de la Administración Laboral*, Asociación de Derecho Laboral, 1969.

14 Yozo Yabe, Yoshihiro Koga, Hiroaki Watanabe, Masayoshi Iijima, Toru Kaizuka ed., *Cronología de la historia económica japonesa contemporánea 1868-2006*, Nihon Keizai Hyoronsha, 2008.

recuperó significativamente el poder económico, incluyendo la organización de los Juegos Olímpicos, la apertura del tren de alta velocidad, etc. Fue la época en que el conjunto de Japón experimentó una sensación de riqueza. Los japoneses, bajo el lema de que “nuestra empresa es equivalente a nuestra familia”, trabajaban para servir y contribuir a la empresa porque creían que si prosperase la empresa significaría que haría mejorar la vida de los trabajadores. Por esta razón, nadie dudaba en seguir trabajando durante muchas horas sin descanso¹⁵.

Durante el período de la burbuja económica, el gobierno y muchas empresas japonesas pensaban que conseguirían el mayor valor si llegasen el nivel más alto del mundo en competencia económica. Para realizar sus convicciones, pidieron aún más trabajo excesivo y durante muchas horas al pueblo japonés¹⁶. Fue algo muy natural que había sido criticado bastante puesto que ignoraba los derechos humanos no solo desde los países extranjeros sino también desde los trabajadores japoneses en sí.

Por eso, para apaciguar estas voces, en 1987, como una de las medidas para acortar las horas de trabajo, el régimen de vacaciones fue reformado por primera vez desde la promulgación de la LNL. En concreto, se aumentó el número de los días de 6 días a 10, y se creó el derecho a vacaciones anuales retribuidas para los trabajadores a tiempo parcial y su concesión planificadamente.

Entrada en la segunda mitad de la década de 1990, la economía japonesa comenzó a dar señales de desaceleración. Sin embargo, en 1993, el gobierno japonés decidió acortar la duración del trabajo continuo que se había requerido para disfrutar las vacaciones anuales de 1 año a 6 meses para responder al cambio del estilo de vida, especialmente entre los jóvenes, que comenzó a manifestarse después del período de la burbuja económica. Además, en 2008, se introdujo un método que hacía posible disfrutar de cinco días de vacaciones seguidos para promover más activamente un equilibrio armonioso entre el trabajo y la vida familiar basado en los valores diversos¹⁷.

Sin embargo, a pesar de que se llevaron a cabo las revisiones mencionadas, no subió la tasa de vacaciones ni tampoco se pudo parar el estancamiento de la economía japonesa. Una de las causas principales fue que no tomaban vacaciones no solo los empleados generales sino tampoco los gerentes, especialmente en las pequeñas y medianas empresas durante la recesión muy larga y profunda. Según una encuesta realizada por el MSTBS, las razones principales por las que no querían disfrutar de vacaciones fueron: “molestar a los demás”, “el ambiente en el lugar de trabajo hace que sea difícil tomarlas”, “me molesta la tozudez del jefe”, etc.¹⁸ Con estas respuestas se puede leer claramente que la mayor parte de los que trabajaban en las pequeñas y medianas empresas se estaban absteniendo de tomarlas, aunque desearan disfrutar de las vacaciones anuales.

15 Hideto Tsuboi, *La era del rápido crecimiento económico (Revisión del Japón de la posguerra)*, Rinsen Shoten, 2019.

16 Kenji Nagano, *La economía de burbuja: Los orígenes del extravío de Japón*, Shinchosha, 2016.

17 Tomohiko Nishino, *Historia financiera en la era de Heisei: Del estallido de la burbuja a Abenomics*, Chuko Shinsho, 2019. Yukio Yamaga, *30 años de historia de la economía japonesa: De la burbuja a Abenomics*, Iwanami, 2019.

18 MSTBS, “Sitio especial para promover las vacaciones anuales retribuidas”, <https://work-holiday.mhlw.go.jp/kyuuka-sokushin/>

Para destruir tal situación y desarrollar un entorno laboral en el que fuese fácil tomar vacaciones en todas las empresas, en abril de 2019, el gobierno japonés añadió un método basado en la nueva idea de que todos los empleadores estuviesen obligados a concederlas, y poniendo la meta de lograr la tasa media de un 70 % de vacaciones para 2025¹⁹.

2.3. ¿Qué pueden leer desde el proceso de formación del régimen jurídico de las vacaciones anuales retribuidas en Japón?

En Japón antes de la guerra, no existía el concepto del “derecho al descanso”, y en la sociedad y la empresa, se implantaba a la fuerza la idea de que el día de descanso se dio al trabajador que había trabajado diligentemente para la empresa como un favor del empleador.

En el proceso de la legislación y la enmienda de la LNL de la posguerra, varios parlamentarios y políticos habían aprovechado tal manera de pensar para recuperar y expandir rápidamente la economía japonesa. Bajo la premisa de que este estilo de trabajo es precisamente de tipo japonés, al proyectar por primera vez las vacaciones anuales, se aprobó el régimen por el que se podía modificar el número de días de vacaciones en proporción a la duración del servicio y del estado de asistencia. Además de eso, para frenar su uso excesivo, no introdujo una baja por enfermedad, sino que se adoptó el método por el que a los trabajadores se le permitía disfrutar de ellas libremente cuando quisieran. Como consecuencia, los trabajadores tuvieron que usar las vacaciones anuales para faltar al trabajo por una enfermedad u otras razones personales. Con este trasfondo, muchos trabajadores han llegado a estar en la situación en la que tienen el derecho a vacaciones, pero no pueden utilizarlas.

3. ¿QUÉ PUNTO DE VISTA FALTA EN EL RÉGIMEN JAPONÉS DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS?

Hasta hoy, Japón no ha ratificado el Convenio 132 de la OIT, y sigue teniendo la política básica de mantener el régimen propio de vacaciones anuales. Como resultado, entre el régimen japonés y el de los países europeos hay muchos puntos diferentes: el objetivo básico, los requisitos para disfrutarlas, el número de los días concedidos, etc.

El mayor problema del régimen japonés es que no se basa en el estándar internacional que tiene por objeto proteger la vida de los trabajadores y los derechos humanos que se establecen en los convenios de la OIT, sino que enfatiza la protección relativa del derecho de los trabajadores, solo en caso de que no interfiera con la actividad de la empresa.

19 MSTBS, “Sobre el régimen de las vacaciones anuales retribuidas, No 3-2, 2022”, <https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/001005114.pdf>

3.1. ¿Cuál es el objetivo principal del régimen japonés de vacaciones?

En cuanto al objetivo y la necesidad de las vacaciones anuales, los Convenios de la OIT, así como las Constituciones y las leyes de España y otros países europeos, declaran que son para aliviar la fatiga liberando al trabajador de su trabajo, y se basan en el derecho a la vida.

En contraste con estos, no hay ninguna referencia clara al objetivo o el significado de las vacaciones anuales en ninguna parte de la Constitución ni el ordenamiento jurídico laboral japonés. Sin embargo, el MSTBS lo explica de la siguiente manera: es el régimen de vacaciones anuales que se conceden durante un cierto número de días al año salvo los días de descansos legales²⁰.

Leyendo esta explicación del MSTBS, se puede pensar que el régimen japonés también tiene el mismo objetivo que la sociedad internacional. Sin embargo, de hecho, el objetivo principal del régimen japonés es regenerar la fuerza de trabajo a través del descanso, y alentar a tomarse un descanso para hacer las tareas del hogar y otras actividades necesarias más que garantizar el derecho al descanso basado en el derecho a la vida.

Por supuesto que esta forma de usar las vacaciones no es para refrescarse, que es el propósito original estipulado por el convenio de la OIT. Por lo tanto, en Japón también es necesario establecer algunas leyes que especifiquen claramente unas licencias por enfermedad y otras especiales, conforme a lo previsto del Convenio de OIT. Sin embargo, dado que existen diferencias nacionales en el concepto y el método de distraerse y refrescarse, puede ser que no sea necesario recomendar inmediatamente disfrutar de largas vacaciones en Japón. No obstante, desde la perspectiva de la sociedad internacional, nos parece necesario redefinir la importancia y la necesidad de las vacaciones anuales a través de la ley para crear un entorno laboral que fomente las vacaciones continuas en Japón.

3.2. ¿Por qué existe la manera de poder tomarlas por unidad de hora o día?

Incluso hoy en día, muchos japoneses, a diferencia de los europeos, no tienen prácticamente nada una cultura o costumbre de disfrutar de largas vacaciones. Por esta razón, en el régimen japonés no se respeta nada el concepto de disfrutarlas continuadamente, que es de conocimiento común en la sociedad internacional. Por lo tanto, no hay ninguna garantía de que los trabajadores puedan tomarlas durante el periodo largo y, al contrario, a menudo se las toman por unidad de hora o día.

Según una encuesta realizada por el Instituto Japonés de Política Laboral y Formación (en adelante, "IJPLF"), a la pregunta de por qué no toman vacaciones, muchos japoneses respondieron que "porque no tienen nada que hacer", aunque las tomen²¹. Esta respuesta muestra que incluso si se les da vacaciones largas, es más probable que muchos participen en algunos empleos suplementarios

20 MSTBS, "Sobre el régimen de las vacaciones anuales retribuidas, Materia 2-1", <https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000939797.pdf>

21 IJPLF, "Cuestionario de encuesta sobre el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas (Encuesta de empresa/encuesta de trabajadores), Serie de Encuestas No. 211", <https://www.jil.go.jp/institute/research/2021/211.html>

en lugar de disfrutar del ocio durante las mismas. Si es así, para estimular que los japoneses las toman activamente para refrescarse, puede ser una medida eficaz que se fomente participar en diversos pasatiempos por unidad de hora o de día, que serán fáciles de tomar para ellos.

Sin embargo, basándose en tal supuesto, donde en Japón hay una costumbre de trabajar durante muchas horas, deberá fomentarse en cuanto sea posible las vacaciones continuas no solo para la recuperación de la fatiga mental y física del trabajador, sino también para la realización de la armonía entre la vida laboral y familiar. Al mismo tiempo, es necesario desarrollar un ambiente de trabajo en el que los empleados puedan trabajar de manera efectiva, y cambiar la mentalidad del trabajador japonés.

3.3. ¿Cómo afecta la prescripción extintiva?

Disfrutar de unas vacaciones anuales es precisamente el derecho que se tiene que recomendar a los trabajadores para disfrutarlas activamente en un estado saludable por año. Por ejemplo, no hace falta que los trabajadores usen la hora de descanso de hoy dentro del día de hoy. Por lo tanto, deberá modificarse la aplicación e interpretación de la prescripción extintiva sobre las vacaciones anuales.

En Japón, además, hay muchos casos en que los empleadores compran las vacaciones anuales que los trabajadores no tomaron en el plazo de dos años. Sin embargo, considerando el sentimiento y la manera de comportarse de los japoneses, si tal método está de hecho aprobado, se puede imaginar fácilmente que no pocos trabajadores se atreverán a optar por venderlas a los empleadores en lugar de disfrutarlas.

Consideramos que, desde el punto de vista de promover el disfrute de las vacaciones anuales, en principio, no debería permitirse la compra de vacaciones por el empleador. Bajo tal principio, creemos que se debe hacer un reglamento nuevo en el que se estipule que está obligado el empleador a comprar el número de los días de vacaciones que no haya podido tomar un trabajador a causa de algunas circunstancias del lugar de trabajo, a 3 o 5 veces más de su salario.

En fin, en nuestra opinión, en Japón se deberá abolir la prescripción extintiva de las vacaciones anuales²², y además se deberá restringir muy estrictamente la compra de vacaciones por el empleador.

22 Con respecto a la prescripción de los derechos a las vacaciones anuales, el Tribunal de Distrito de Shizuoka declaró lo siguiente: "Teniendo en cuenta la intención original del régimen de las vacaciones anuales retribuidas, (...) el régimen de las vacaciones anuales retribuidas estipulado por la LNL es el régimen que garantiza que los trabajadores puedan realmente tomar la cantidad de días de vacaciones anuales en un año fiscal específico. (...). Por lo tanto, dado que no existe ningún concepto de la prescripción en el uso de las vacaciones anuales, no hay lugar para que se aplique lo dispuesto en el artículo 115 de la LNL". (Caso del depósito de locomotoras JNR Hamamatsu, Sentencia del Tribunal de Distrito de Shizuoka, de 23 de marzo de 1973). También estamos de acuerdo con este juicio.

4. ¿CÓMO ESTÁ FUNCIONANDO E INTERPRETANDO EL RÉGIMEN ACTUAL DE LAS VACACIONES ANUALES RETRIBUIDAS?

Observado la forma de interpretarse y aplicarse del régimen de las vacaciones anuales, a menudo sentimos que no se da la prioridad a que puedan ejercer los trabajadores completamente su derecho sino a la actividad económica de las empresas. A continuación presentaremos algunos ejemplos de dichas interpretaciones y prácticas.

4.1. ¿Cómo funciona el principio de que los trabajadores pueden solicitar el disfrute de vacaciones cuando quieran?

Si las vacaciones anuales tienen por objeto recuperarse de la fatiga, es indiscutible que los trabajadores deben poder disfrutar libremente de tal derecho y poder tomar el número de días necesarios a tal fin. Además, también debe garantizarse perfectamente la libertad de disfrutarlas sin interferencia de los empleadores u otros terceros, siendo evidente que los medios de recuperación de la fatiga difieren de persona a persona. Sin embargo, en muchas empresas japonesas, se hace un reglamento en la normativa de empresa en el que un trabajador presenta una declaración de motivos a su empleador al menos unos días antes de la fecha en que desea tomarlas. También hay muchos casos en los que los empleadores preguntan directamente sobre la razón de la solicitud.

Nos parece que lo que piden los empleadores sobre la presentación de un formulario de solicitud con unos días de anterioridad no es necesariamente irrazonable, si su objeto es facilitar la colocación adecuada de personal²³. Sin embargo, dado que el derecho de los trabajadores a solicitar el momento en que quieren tomarlas debe protegerse en la mayor medida posible, aun cuando hay un vicio en el mero requisito formal de su presentación, debe juzgarse que la denegación inmediata de la solicitud constituye un abuso de derecho de los empleadores, salvo que no interfiera en la operación normal de la empresa.

Además, debe restringirse estrictamente que el empleador pregunte al trabajador sobre la razón por la que desea tomarlas, especialmente en el lugar de trabajo japonés. Si fuera admisible hacer tal pregunta, sólo sería en unos casos excepcionales, por ejemplo: cuando sea necesario ajustar la operación de la empresa para permitir que un trabajador pueda tomarlas, etc. Aparte de unas excepciones, creemos que no se debe permitir que los empleadores pregunten.

²³ El Tribunal Supremo dice: "Incluso si el empleador ejerció el derecho a conceder vacaciones en otro día después de que había comenzado o pasado el período de vacaciones solicitado por el empleado, en caso de que la solicitud de empleado estuvo muy cerca del inicio del período de vacaciones, y el empleador no podía tener el tiempo suficiente para decidir si ejerce el derecho a concederlas en otro día, no se considera inmediatamente ilegal, sino en algunos casos, legal". (Caso de la Oficina Telefónica de Comorana, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, 18 de marzo de 1982).

4.2. ¿Cuál es la relación entre el derecho de los trabajadores a solicitar el momento en que quieren tomar las vacaciones anuales y el derecho de los empleadores a concederlas en un momento diferente?

En Japón, en principio, los trabajadores pueden solicitar libremente a los empleadores el momento en que desean disfrutar de sus vacaciones. Por lo tanto, en teoría, no son iguales el derecho de los trabajadores a solicitarlas y el derecho de los empleadores a concederlas en otro momento, y aquel debe prevalecer sobre este²⁴. Por lo tanto, la legitimidad del ejercicio de ese derecho por los empleadores parece que deber juzgarse de forma más bien estricta²⁵. Sin embargo, en Japón, el criterio es bastante vago, y además hay muchos casos en los que se prioriza la circunstancia de la empresa.

La legitimidad del ejercicio del derecho de los empleadores se juzga por si “interfiere con la operación normal de la empresa” o no. Al recibir la solicitud de vacaciones, al empleador se le permite juzgarla generalmente basándose en los siguientes factores: escala de la empresa, su cargo o posición del solicitante, su función laboral, grado de dificultad para colocar otro personal sustituido, grado de impacto en la operación debido a sustitución, duración del período de vacaciones, etc. Sin embargo, es común que por estos factores suelen priorizarse las circunstancias de la operación más que las necesidades del trabajador, siendo claro que, por ejemplo, cuanto mayor sea el número de días solicitados, mayor dificultad para la operación normal de la empresa. Dado que el derecho de los trabajadores se determina bajo la condición de cancelación con el ejercicio del derecho de los empleadores²⁶, parece tener que juzgarlo con el máximo rigor al determinar si existen o no algunas circunstancias graves que puedan impedir el ejercicio del derecho de los trabajadores.

Sin embargo, hubo un caso en el que un reportero de una agencia de noticias que reunía los datos del impacto del accidente nuclear de Chernóbil en los países europeos, solicitó a la agencia las vacaciones largas y continuas de unas cuatro semanas, pero la agencia ejerció al derecho del empleador a concederlas en otro período, y solo le concedió dos semanas en principio. En ese sentido, el Tribunal Supremo dictaminó que “no se puede decir que el juicio discrecional de la empresa sea irrazonable en violación del espíritu del artículo 39 de la LNL, y es legal” por las razones siguientes: “(1) la empresa no pudo colocar a otro personal sustituyendo al reportero por su muy especializada labor durante tal largo período; (2) aunque la agencia no había colocado a otro personal excepto a dicho reportero para sus funciones, no era la situación inapropiada, porque también hubo circunstancias ineludibles en términos de gestión empresarial; (3) el reportero solicitó de forma unilateral los días y la duración sin tener una suficiente coordinación previa con la agencia; y (4) dado que la

24 Fuminobu Okabe, *Las 15 lecciones básicas del derecho del trabajo* (libro electrónico), Editorial GX, 2022.

25 Caso del Autobús JR del Oeste de Japón, Sentencia de la Sucursal de Kanazawa del Tribunal Superior de Nagoya, de 16 de marzo de 1998. Esta sentencia ordenó que se pagase una indemnización el empleador que frecuentemente ejerció el derecho a conceder las vacaciones anuales en otro día debido a la escasez de mano de obra.

26 Yuichiro Mizumachi, *Derecho laboral y empleo detallada*, 2ª edición, Prensa de la Universidad de Tokio, pág. 752, 2021.

agencia le propuso dividir su duración en dos partes, y le concedió los días de la primera mitad y ejercitó su derecho de cambiar solo la segunda mitad, se considera que la agencia prestaba la debida atención al derecho del reportero”²⁷.

Consideramos que existen muchos problemas con esta sentencia del Tribunal Supremo. Las razones (1) y (2) equivaldrían a decir que se afirma que no es ilegal necesariamente que una empresa no coloque ningún personal adecuado y no elabore un plan de trabajo para el pleno ejercicio del derecho a vacaciones. La razón (3) dice que “el trabajador debe esforzarse para hacer algunos ajustes suficientes con la empresa”, pero se atrofiaría aún más a los trabajadores en Japón, donde existe una fuerte atmósfera de renuencia a tomar vacaciones. Además, la razón (4) dice que “la empresa dio la debida consideración al derecho del reportero”, pero creemos que no puede decir que al reportero se le dio una debida consideración por parte de la agencia que presentó tal plan alternativo, incluso después de preguntárselo, porque es claro que físicamente no es posible reunir varios datos en Ucrania y otros países europeos solo en 2 semanas.

4.3. ¿Hasta qué punto se permite un trato desfavorable por el disfrute de las vacaciones?

El derecho a vacaciones es de naturaleza obligatoria según se dispone en la LNL. Por lo tanto, no hace falta exponer que el empleador no puede tratar desfavorablemente al trabajador que las toma, sin que tampoco se atreva a declarar la obligación de eliminar la injerencia del empleador en el disfrute de vacaciones en la ley. El artículo 136 de las Disposiciones Complementarias de la LNL, que establece que “El empleador no debe tratar desventajosamente al trabajador que haya tomado vacaciones anuales, como reducción de salarios”, debe interpretarse como advertencia estricta para los empleadores, aunque nos sentimos algo incómodos con que esta frase esté escrita como si fuera una obligación de hacer un esfuerzo.

Sin embargo, en el caso en el que una empresa de taxis trató a un conductor que había pedido sus vacaciones anuales a través del trámite oficial después de que la empresa elaborara un horario de trabajo mensual como ausente, y no le pagó un “plus de asistencia perfecta”, el Tribunal Supremo dictaminó que “El artículo 136 no tiene el efecto de derecho privado, y además no puede decirse que sea una violación del orden público y la moral porque la cantidad del plus de asistencia perfecta es muy poco en este caso”²⁸.

No hace falta decir que al conductor ya no se le paga por asistencia perfecta si se negó a la orden formal del empleador y estuvo ausente, pese a que el empleador había ejercido un derecho legítimo de concederlas otro día, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del lugar de trabajo. Sin embargo, en este caso, es evidente que la decisión del empleador es ciertamente desventajosa para el conductor que está ejerciendo justamente sus derechos legales. Por ello, creemos que tiene que reconocerse que el artículo 136, en combinación con el artículo 39, tiene el efecto de derecho privado, y que no se refiere a meramente la obligación del empleador de realizar esfuerzos, sino que no

27 Caso de la Agencia de Noticias de Jiji, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 1992. Todavía hoy, esta sentencia sigue teniendo gran influencia como criterio para juzgar la legitimidad del derecho de los empleadores a conceder vacaciones en otro día.

28 Caso de la Compañía de Tráfico de Numazu, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1993.

es posible imponer desventajas sustanciales a los trabajadores que tomaron las vacaciones anuales. Pero, sin embargo, el Tribunal Supremo dice que será irrelevante determinar si viola o no el orden público y la moral, porque “es muy escaso el plus de asistencia perfecta”.

No obstante, creemos que el monto concreto del plus de asistencia perfecta es irrelevante para determinar si viola o no el orden público y la moral. Al contrario, si se permite tal enfoque arbitrario por parte de la empresa, tendrá el efecto de reducir la reivindicación del derecho de los trabajadores. Además, se teme que la desconfianza mutua se agudice, lejos de tener un efecto positivo en las relaciones laborales posteriores.

Después de todo, cuando surgen problemas entre el empleador y el empleado, especialmente en Japón, parece que se debe dar prioridad a determinar si está justificado el ejercicio del derecho de los trabajadores.

5. ¿ESTÁN FUNCIONANDO EFICAZMENTE LAS POLÍTICAS QUE SE HAN INTRODUCIDO PARA MEJORAR LA TASA DE VACACIONES?

5.1. ¿Por qué no funciona bien el régimen de las vacaciones concedidas de forma planificada en Japón?

Existen numerosas causas por las que no funciona correctamente el régimen japonés de vacaciones planificadas.

5.1.1. Dificultad en la introducción del régimen de las vacaciones planificadas en sí

Si un empleador desea utilizar las vacaciones planificadas, es necesario consultar con un sindicato o un representante de los trabajadores. Sin embargo, la mayoría de los sindicatos japoneses son un grupo compuesto solo por los empleados de cada empresa, y el índice actual de organización sindical está muy por debajo del 20 %²⁹. Por esta causa, hay muchos casos en los que un sindicato toma una política en demasiada cooperación con el empleador. Por otro lado, en Japón, muchos representantes de los trabajadores no tienen el poder de sustituir a un sindicato, y solo pueden desempeñar el papel de transmitir la intención del empleador a los empleados de la empresa. Además, en la empresa en que es débil la solidaridad entre los empleados, el representante de los trabajadores a menudo tiende a aceptar varias intervenciones tangibles e intangibles del empleador. El empleador que quiere utilizar las vacaciones planificadas tiene que redactar el formulario de prestación: (1) por lugar de trabajo, (2) por grupo, o (3) por individuo. En caso de que elija uno de los dos primeros (por lugar de trabajo o por grupo), debe decidir el momento de las vacaciones anuales por acuerdo entre

29 MSTBS, “Resumen de la encuesta básica de sindicatos 2022”, <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/22/dl/gaikyou.pdf>

el empleado y el sindicato, y en caso del último (por individuo), debe elaborar el horario para cada trabajador (Notificación No. 1/1988 del dONL del MSTBS).

En resumen, muchos empleadores no sienten ningún beneficio de introducir este método, porque es demasiado complejo el procedimiento para introducirlo.

5.1.2. Contradicción en la operación del régimen de las vacaciones planificadas

Una vez que se ha concluido un acuerdo de las vacaciones planificadas, en principio, se excluyen tanto el derecho de los empleados a solicitar el momento en que quieren tomarlas como el derecho de los empleadores a concederlas en otro momento. A menos que el acuerdo sea obviamente irrazonable o injusto, no se permitirá aquella acción en virtud de la cual, manifestando su intención de oponerse al día determinado por el acuerdo, trabajen en ese día, y reclamen de nuevo otro día para tomar vacaciones³⁰.

Sin embargo, parece invertirse el orden de prioridad al subestimar al trabajador que intenta activamente tomar vacaciones en Japón cuando se adopta el principio de tomarlas libremente, porque se hizo el método de las vacaciones planificadas como una de las medidas para alentar a los trabajadores.

5.1.3. Dificultad en el trato con los trabajadores que no tienen derecho a las vacaciones anuales

Otro gran problema es cómo tratar a los trabajadores que no tienen derecho a las vacaciones anuales.

Este problema surge especialmente al adoptarse un plan en el que se conceden vacaciones por lugar de trabajo. En este caso, la naturaleza jurídica de la exención de obligación laboral para los trabajadores que no tienen derecho a vacaciones puede considerarse: un feriado sustituto, un feriado especial no remunerado, o un permiso de vacaciones reclamable. Sin embargo, cada forma de pensar parece tener ventajas y desventajas.

La idea de la sustitución de las vacaciones anuales no es necesariamente adecuada, ya que confunde las vacaciones anuales que se establecen en los días obligatorios de trabajo, con el día de descanso en que no se obliga a trabajar. En cuanto a la idea de un permiso especial no retribuido, no es necesariamente un interés para los trabajadores fijarlo unilateralmente como un día festivo no retribuido, pese a que el permiso no sea por voluntad propia de los trabajadores. Además, a los empleadores no se les podrá obligar a pagar la totalidad del salario, porque no se encuentra dentro de la causa imputable al acreedor el ejercicio por el empleador del régimen establecido por el LNL (art. 536 2 Código Civil)³¹.

³⁰ Caso del Astillero de Nagasaki del Industrias Pesadas de Mitsubishi, Sentencia del Tribunal Superior de Fukuoka, de 24 de marzo de 1994.

³¹ En cuanto a la Carga del Riesgo de los Obligados, el artículo 536 del Código Civil establece: "(1) Si el cumplimiento de una obligación se hace imposible por causa no atribuida a ninguna de las partes, el acreedor puede negarse a realizar la contraprestación. (2) Si el cumplimiento de una obligación se hace imposible por causa imputable al acreedor, éste no puede negarse a cumplir la contraprestación".

Con respecto a este punto en cuestión, el Tribunal Supremo adoptó el concepto de reclamos por concesión de licencia, y juzgó que se entendía que el régimen de concesión de la licencia del artículo 26 de la LNL³² sería más amplio que el concepto del artículo 536, párrafo 2 del Código Civil, e incluiría los obstáculos de los negocios y las gestiones ocasionadas por el empleador³³.

Claro que, si hay razones justificadas para adoptar el método de la asignación específico del lugar de trabajo, y está un trabajador recién contratado después de la introducción de este método, parece apropiado el juicio del Tribunal Supremo. Sin embargo, en el caso de que un empleador adopte sin ninguna razón justificable el método de las vacaciones concedidas por lugar de trabajo, aunque exista el trabajador que no tiene el derecho a las vacaciones anuales, no se le aplicará el artículo 26 de la LNL, sino el artículo 536, párrafo 2 del Derecho Civil.

En resumen, la razón principal por la que las vacaciones planificadas no se han extendido en Japón es porque dificultan el equilibrio entre el principio de libre designación de vacaciones y el método de las vacaciones planificadas.

5.2. ¿Se ha protegido el derecho de los trabajadores a disfrutar de las vacaciones anuales con la introducción del método de las vacaciones concedidas obligatoriamente por los empleadores?

Con la introducción del método de las vacaciones obligatorias, sin duda ha aumentado ligeramente la tasa de vacaciones. Sin embargo, este resultado es el esperado desde el principio, porque multa al empleador que haya violado su obligación. Al revés, parece que la introducción de tal método que apunta a aumentar formalmente el número de los días de vacaciones disfrutados refrenaría sustancialmente el uso de vacaciones para refrescarse.

Existen muchos problemas en el método de las vacaciones obligatorias. Los principales son los siguientes:

5.2.1. Riesgo de menospreciar la importancia de las vacaciones anuales antes de que se introduzcan las vacaciones obligatorias

No hace falta decir que tomar vacaciones es un derecho para los trabajadores. Además, en Japón, elegir libremente el momento en que se quiere tomarlas en sí es un derecho. Por lo tanto, puede concurrir un riesgo de que se convierta en un mero medio de ajuste de trabajo el método de que les permita a los empleadores decidir finalmente cuándo y cómo se les conceden. En otras palabras, es muy probable que los empleadores no indiquen la fecha o el período desde el punto de vista de la

³² En cuanto a la Asignación por Ausencia del Trabajo, el artículo 26 de la LNL establece: "En caso de ausencia del trabajo por causas imputables al empleador, el empleador deberá pagar al trabajador una asignación equivalente a por lo menos el 60 por ciento de su salario promedio durante ese período de ausencia del trabajo".

³³ Caso de Aerolíneas del Noroeste, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, 17 de julio de 1987.

necesidad de los trabajadores, sino que lo decidan desde el punto de vista de la necesidad de ajustar la cantidad de trabajo. Como resultado, se detectan no pocas situaciones contradichas en las que los trabajadores se ven obligados a tomar vacaciones en los días en que no lo desean. Además, dado que la administración de concederlas está asignada a los mandos medios, está ocurriendo un problema inesperado de que, si no se pueden distribuir bien las vacaciones anuales a los trabajadores, se verá afectada negativamente la evaluación del desempeño de los mandos medios.

5.2.2. Preocupación por hacer más difícil el disfrute de vacaciones

En Japón, pueden disfrutarse las vacaciones anuales también por enfermedad u otros motivos personales prohibidos por el Convenio núm. 132 de la OIT. Por lo tanto, los trabajadores japoneses tienden generalmente a no tomarlas para refrescarse, porque tienen que usarlas por determinados asuntos urgentes, accidentes o enfermedades. Pese a eso, si los trabajadores se ven obligados a tomar cinco días, se sentirán que es cada vez más difícil utilizar libremente los días restantes. Esto es obvio por el hecho de que la subida drástica de la tasa de vacaciones no se ha mostrado desde 2019 en que se introdujo este método de vacaciones obligatorias.

5.2.3. Riesgo de que se reduzca aún más la tasa de vacaciones

Desde el principio, los empleados que trabajan en las pequeñas y medianas empresas, así como los trabajadores no regulares, no tienen necesariamente un ambiente para poder disfrutar fácilmente de las vacaciones anuales. Además, existen diferencias considerables en la tasa de vacaciones disfrutadas por empresa, industria y ocupación. Sin embargo, con el método actual de las vacaciones obligatorias no se toma en consideración tal situación casi nunca. Por tanto, no puede reducirse menos de que este método no ayude nada a mejorar la tasa de vacaciones entre los trabajadores que tienen dificultades para disfrutarlas³⁴.

De hecho, por ejemplo, según un informe sobre el número de accidentes laborales anunciado por el MSTBS, en comparación con el número en 2018 antes de introducir este método y el de 2020 después de su introducción, el número de incidencia aumentaba. En concreto, hubo 465 lesiones laborales certificadas relacionadas con trastornos mentales y 76 suicidios (incluidos el intento de suicidio) en 2018, pero en 2020, fueron 608 lesiones, y 81 suicidios³⁵. Este resultado demuestra que el método de vacaciones obligatorias tiene poco efecto de cambiar de situación de los que trabajan en un entorno laboral duro.

5.2.4. Peligro de aumento del número de los trabajadores que no tienen derecho a las vacaciones anuales

A todos los trabajadores japoneses no se les conceden vacaciones, ya que se requieren requisitos de servicio y asistencia continuos para disfrutarlas. A pesar de esta situación, a causa de que se

34 MSTBS, "Panorama de la encuesta integral de las condiciones de trabajo 2021", <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/21/dl/gaikyou.pdf>

35 MSTBS, "Estado de indemnización por accidentes de trabajo como la muerte por exceso de trabajo", https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_26394.html

introdujo el método de las vacaciones obligatorias, se eleva la posibilidad del riesgo de aumento del empleo precario a través de contratos de duración determinada que no otorgan el derecho de los trabajadores a vacaciones.

5.3. ¿Cómo se valora el método actual de las vacaciones obligatorias?

Incluso para los trabajadores que no desean usar positivamente el derecho a vacaciones, probablemente será irrelevante la manera de tratar de subir la tasa de vacaciones, si se obliga a los empleadores a indicar el momento en que se conceden. No hace falta decir que la perspectiva importante en la política japonesa actual con respecto a las vacaciones anuales no establece un objetivo numérico para alcanzar formalmente el porcentaje de las vacaciones utilizadas, sino que desarrolla un entorno laboral en el que los trabajadores puedan disfrutar voluntariamente del derecho a vacaciones. En este sentido, el método actual de las vacaciones obligatorias no se adapta a la finalidad del derecho a vacaciones, e incluso parece nocivo. Además, continuar con este método parece seguir enviando el mensaje erróneo de que la baja tasa de vacaciones se debe a que los trabajadores no las toman.

Por lo tanto, este método actual parece deber revisarse lo antes posible.

6. ¿ES CORRECTA LA OPINIÓN: “MUCHOS TRABAJADORES JAPONESES NO DISFRUTAN DE SUS VACACIONES PORQUE TIENEN EL TEMPERAMENTO Y LA ÉTICA DE TRABAJO ÚNICOS”?

6.1. ¿Cuál es el llamado “temperamento japonés”?

Como ya se ha visto anteriormente, las razones principales por las que los trabajadores japoneses dudan en tomar vacaciones son el excesivo vacile y la consideración hacia sus superiores y compañeros del lugar de trabajo. Debido a esta manera de pensar, a menudo se considera que los japoneses tienen un carácter colectivo, ocultan sus emociones, son pacientes y diligentes, y trabajan lealmente.

Es cierto que muchos japoneses tienen los valores de que es bueno mantener una vida de grupo poniendo demasiado énfasis en la cooperación y la armonía en el interior de Japón. Además, en la sociedad japonesa existe la fuerte presión que les obliga a obedecer al ambiente del grupo, y si no lo quieren, a salirse del grupo³⁶. Por lo tanto, a los japoneses no se les da bien generalmente insistir en su propia opinión y actuar por su cuenta, y tienden a actuar siguiendo el orden del grupo incluso si se reprimen contra su propia voluntad.

36 Chie Nakane, *Relaciones humanas en la sociedad vertical*, Kodansha, 1967; Chie Nakane, *Sociedad Vertical y Japón Contemporáneo*, Kodansha, 2019; Naofumi Kougami y Naoki Sato, *Presión para conformarse: ¿Por qué la sociedad japonesa es asfixiante?*, Kodansha, 2020.

6.2. ¿Cómo se ha formado el llamado “temperamento japonés”?

6.2.1. Factores naturales y sociales

Aunque está separado de otros países por el mar y obligado a llevar una vida autosuficiente, Japón es un país insular pobre que no tiene ni recursos minerales y energéticos ni tierras inmensas para cultivar los productos agrícolas.

Por ello, para seguir viviendo en esta nación insular, había sido especialmente importante desde la edad antigua mantener cierta unidad de vida comunitaria y ayudarse unos a otros con un espíritu de ayuda mutua. Para mantener y fortalecer tal unidad, los líderes de grupo obligaron a los que deben vivir dentro del grupo a seguir su voluntad y varios mandamientos comunes. Forman una base de la cultura japonesa estas maneras de pensar y de comportarse, que se derivan del espíritu de la Constitución de los Diecisiete Artículos redactada por el Príncipe Umayado en la que se estableció el orden más estimable en el antiguo Japón: “La armonía es preciosa”³⁷.

Por esta razón, en Japón, se considera que es muy importante mantener la disciplina que se ha venido formando con las costumbres y reglas transmitidas dentro de un grupo desde el tiempo inmemorial. Además, bajo el duro entorno natural y social de Japón, desobedecer la orden del grupo significaba ser excluido de la vida comunitaria y ser conducido directamente a la muerte. Por eso, la actitud y la manera de comportarse de los japoneses están relacionados, en parte, con el sentimiento de miedo a la muerte que surge del llamado *Murahachibu* que le deja fuera del grupo, y siguen formando la base de la sociedad japonesa³⁸.

6.2.2. Factores ideológicos y educativos

En la era de Edo, el shogunato de Tokugawa, para exhortar a que la gente japonesa trabaja aplicada-mente, popularizó la educación incorporada a la visión moral confuciana de que “Trabajar afanosa-mente es lo bueno” y “respetar los rangos de superiores e inferiores es lo valioso”. En otras palabras, utilizó la mentalidad confuciana como la herramienta por la que controlaba a la gente para aumentar la productividad.

El shogunato de Tokugawa expuso la fuerte presión de las potencias occidentales que le coaccio-naron a empezar a negociar, y por fin cayó. Sin embargo, para contrarrestar el poder militar y econó-mico de los países occidentales, el gobierno Meiji, que se estableció después de la era de Tokugawa,

37 La Constitución de los Diecisiete Artículos es la primera Constitución en Japón, que fue un documento legal compilado por el príncipe Umayado (alrededor del siglo VI), quien fue un regente de la Emperatriz Suiko quien fue la primera Emperatriz en Japón. No obstante, su contenido se caracterizó fuertemente como un código moral para aristócratas y burócratas basado en el confucianismo y el budismo. El texto completo de esta Constitución está registrado en el *Nihon Shoki*, uno de los libros de historia más antiguos de Japón. “La armonía es preciosa” enunciada en el artículo 1º de esta Constitución fue la idea central de este ordenamiento jurídico.

38 Zenji Rekikawa, *Murahachibu*, Kawade Shobo Shinsha, 2022.

apuntó a una rápida modernización y promovió enérgicamente las dos políticas para fortificar el país: fortalecer las fuerzas militares, y promover la industrialización. Al mismo tiempo, difundió la educación integral basada en la ideología de que es verdaderamente importante apoyar y desarrollar Japón, centrado en el Emperador por el pueblo en su conjunto, y en la virtud de no escatimar esfuerzos para reflejar a Japón.

En otras palabras, el sentido del valor del gobernante, que se había establecido desde antes de la era de Edo, se utilizó para el rápido desarrollo económico y la conducción de la guerra. Como resultado, durante la SGM, bajo las consignas como “Lunes, lunes, martes, miércoles, jueves, viernes, viernes” y “No queremos nada, hasta que triunfamos en la guerra”³⁹, los japoneses se veían forzados a trabajar durante muchas horas.

6.2.3. Reconstrucción de posguerra y factores económicos

Después de la SGM, en 1947, se puso en vigor una Constitución nueva bajo el liderazgo del comandante general supremo del CGFA que ocuparon Japón, por la cual se cambiaron completamente el mecanismo y el valor de la economía política antigua. Sin embargo, muchos japoneses que habían perdido todo por la guerra, para recuperarse rápidamente de la situación negativa de entonces, no apoyaron la ideología racional de la Constitución, sino la creencia tradicional de que todos los japoneses tendrían que trabajar durante muchas horas. Como ya se ha dicho anteriormente, tal manera de pensar fue bastante natural para los japoneses, que han vivido en un entorno natural y social en el que incluso la supervivencia se veía amenazada si no se mantenía el orden del grupo.

A partir de 1952, cuando se recuperó la independencia hasta la década de 1970, entró en un período de alto crecimiento económico. Durante el mismo, todos los japoneses pobres sentían que cuanto más trabajaban, más ricas se harían sus vidas. Por esta razón, daban gran importancia a la actividad económica, aunque ridiculizado por el mundo mediante lemas como que “los japoneses son como si fueran un animal económico”⁴⁰.

Durante el período de la década de 1980 hasta principios de la de 1990, que se denominó la “economía de la burbuja”, Japón se convirtió en la segunda potencia económica del mundo después de Estados Unidos en términos del Producto Interno Bruto (PIB). En este período, los japoneses que se han vuelto más ricos en su conjunto finalmente despertaron a la diversificación de sus valores y a vivir a su manera. Es decir, fue la época en que los japoneses, a diferencia del período de alto crecimiento económico en que trabajaban solo para salir de la pobreza, trabajaban para buscar riqueza material y espiritual, y deseaban disfrutar del ocio y el descanso.

39 El “Lunes, Lunes, Martes Miércoles, Jueves, Viernes, Viernes” fue un eslogan creado por la Marina Imperial Japonesa, que practicaba duro todos los días, renunciando a los sábados y domingos. Luego, durante la SGM, este eslogan se utilizó para obligar a la gente japonesa a trabajar diligentemente todos los días. El “No queremos nada hasta que ganemos” también fue un eslogan que significaba que los japoneses se unieron y cooperaron durante la SGM. Se dice que hizo esta obra una niña japonesa de 11 años en ese momento.

40 El “animal económico” tiene los significados positivo o negativo. Aquí, uso en el sentido de “una expresión despectiva para las personas que actúan con la búsqueda del beneficio económico como primera prioridad” (*Kojien*, 7 ed., Iwanami, 2018).

6.2.4. Factores socioeconómicos actuales

Después de que se hundiera la economía de la burbuja, la competitividad de las empresas japonesas empezó a debilitarse rápidamente, y la vida de los japoneses se ha vuelto relativamente pobre en comparación con la de otros países avanzados. A pesar de tal situación, a partir de 2012, el gobierno japonés llevó a cabo varias políticas para fortalecer más la libertad económica por medio de la flexibilización del mercado de empleo⁴¹. Como resultado, pese a que Japón está en un entorno laboral muy duro, el índice de precios al consumidor sigue subiendo a un ritmo que supera la tasa de la subida de salario, y también la carga de los impuestos y las primas de la seguridad social suben gradualmente.

En la actualidad, el salario mínimo y el ingreso anual medio han caído al nivel más bajo de los países miembros de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCED)⁴², y los japoneses están en la situación de que no tienen otro remedio que trabajar más que antes. Además, la mayoría de las empresas japonesas sufren escasez muy grave de mano de obra⁴³. Cada trabajador tiene que manejar una cantidad excesiva de trabajo que no hay posibilidad de terminar en ocho horas. Por tales circunstancias, cada vez es más difícil que los trabajadores disfruten de las vacaciones anuales.

Durante estos últimos años, el cambio de conciencia y la forma de comportarse han comenzado a aparecer de manera clara, especialmente entre los jóvenes. Por ejemplo, según un informe del Gabinete de oficina, está aumentando notablemente el número de los jóvenes y los buscadores de empleo que desean trabajar en empresas en la que puedan tomar fácilmente vacaciones anuales⁴⁴.

Estos datos insinúan que hay algunos antecedentes y causas por las que los japoneses no disfrutan del descanso, aunque lo deseen. La mayor parte de los trabajadores están hartos del lugar de trabajo cerrado donde se hace caso omiso a la individualidad y los derechos humanos de los trabajadores. El número de japoneses que quieren tomar tiempo libre va aumentando constantemente si se les garantiza un salario por el que se les permita llevar una vida normal.

6.3. ¿Piensan de verdad que los trabajadores japoneses no quieren tomar las vacaciones anuales?

El llamado “temperamento japonés” vino formándose a través de la vida severa de un país insular, y de los valores que se han hecho artificialmente por varios líderes que han dirigido la vida colectiva única de Japón desde hace largo tiempo.

41 Kensuke Karube, *Después de Abenomics: ¿Cómo cambiaron las políticas económicas atípicas?*, Iwanami, 2022.

42 MSTBS, “Comparación internacional de indicadores económicos, 2023”, <https://www.mhlw.go.jp/content/12506000/001062025.pdf>

43 Teikoku databank, “Economic online”, <https://www.tdb-di.com/economic-trend-survey/ets202301.php>

44 Gabinete de oficina, “Reportaje especial sensibilización de los jóvenes sobre el empleo, etc.”, <https://www8.cao.go.jp/youth/whitepaper/h30gaiyou/s0.html>

Sin embargo, no es cierto que a los japoneses no les gusta tomar vacaciones anuales. Por ejemplo, según la encuesta que está ejecutando por la Corporación de Radiodifusión de Japón (NHK) por cada cinco años desde 1973, la respuesta más popular a la pregunta: “¿A qué da usted preferencia al trabajo o al ocio?” fue “al trabajo” en la década de 1970, y “equilibrar el trabajo con el ocio” desde la década de 1980 hasta principios de la de 1990. Pero desde la década de 2000, el número de encuestados que respondieron “al trabajo” ha vuelto a aumentar⁴⁵.

7. ¿QUÉ PERSPECTIVAS Y MEDIDAS SON NECESARIAS DE AHORA EN ADELANTE PARA QUE LOS TRABAJADORES JAPONESES PUEDAN DISFRUTAR DEL DERECHO A VACACIONES AL MISMO NIVEL QUE LOS TRABAJADORES DE LOS PAÍSES EUROPEOS?

Para responder a la duda de por qué los japoneses no toman vacaciones, se ha analizado dónde están los problemas a través de tres puntos: la naturaleza jurídica del régimen de vacaciones anuales retribuidas, la aplicación del régimen, y la conciencia y la manera de pensar de los japoneses. Finalmente, basándonos en estos resultados, exponemos brevemente nuestra opinión sobre qué tipo de revisión es necesaria de ahora en adelante para que los trabajadores japoneses puedan ejercer los derechos a vacaciones al mismo nivel que los trabajadores en los países europeos.

7.1. ¿Cómo se debe cambiar la aplicación e interpretación del régimen actual de las vacaciones anuales retribuidas?

Si se va a mantener y utilizar el régimen actual, al menos será necesario: (1) restringir el derecho de los empleadores a conceder vacaciones en otro momento, (2) alentar a disfrutar activamente de vacaciones planificadas, y (3) generalizar más el principio por el que pueden los trabajadores tomarlas libremente.

7.1.1. Restringir el derecho de los empleadores a conceder vacaciones en otro momento

En el régimen japonés, es demasiado fuerte el derecho de los empleadores a cambiar el momento en que pueden conceder vacaciones. Dado que el derecho a vacaciones es claramente de los trabajadores,

45 NHK, “Encuesta de conciencia japonesa”, <https://www.nhk.or.jp/bunken/research/yoron/index.html?p=%E6%97%A5%E6%9C%AC%E4%BA%BA%E3%81%AE%E6%84%8F%E8%AD%98%E8%AA%BF%E6%9F%BB>

los empleadores deben estar fuertemente obligados a hacer ajustes para concederlas en los días solicitados por los mismos. Tomando las vacaciones anuales, es natural que la operación normal de la empresa se vea obstaculizada. Por lo tanto, si un empleador insiste en que interfiere con la operación normal de la empresa, es éste quien debe tener la responsabilidad de explicar claramente la razón por la que es difícil colocar otro personal sustitutorio⁴⁶. También es necesario fortalecer la orientación administrativa por el JOINT a los empleadores, y la restricción al pago de subsidio y la aplicación de sanciones cuando se infrinja esta obligación.

7.1.2. Alentar a disfrutar activamente de las vacaciones planificadas

Para que los trabajadores puedan ejercer completamente el derecho a vacaciones, es muy importante fortalecer un procedimiento para disfrutarlas sobre la base de la igualdad entre los trabajadores y los empleadores. En ese sentido, debe arreglarse el entorno laboral en el que las vacaciones planificadas basadas en el acuerdo con un sindicato o un representante de los trabajadores también puedan utilizarse activamente en Japón. Para realizarlo será necesario no solo orientar activamente a cada empresa para que introduzca las vacaciones planificadas, sino también crear un mecanismo para fortalecer la negociación a través de algo comité laboral-patronal⁴⁷ que reflejen las opiniones generales de los trabajadores.

7.1.3. Generalizar más el principio de disfrutar libremente de las vacaciones anuales

En Japón, el llamado temperamento japonés y la atmósfera del lugar de trabajo, hacen que sea imposible que los trabajadores las disfruten libremente. Esto se puede deducir del hecho de que, por ejemplo, los trabajadores a tiempo parcial tienen garantizado el derecho a las vacaciones anuales, pero el procedimiento de solicitud de las vacaciones es exactamente el mismo que para los trabajadores regulares. Por lo tanto, es necesario estipular un procedimiento para disfrutarlas conforme al tamaño de la empresa y el tipo de contrato laboral para que los trabajadores que tengan dificultades para el disfrute de vacaciones puedan hacerlo fácilmente. Una de las razones principales por las que los trabajadores japoneses no pueden tomar vacaciones es que la mayoría de las pequeñas y medianas

⁴⁶ El 27 de marzo de 2023, el Tribunal de Distrito de Tokio dictó una sentencia muy notable, que ordenó a una empresa ferroviaria (demandada) que pagara una indemnización por daños y perjuicios, ya que habitualmente se negaba a permitir que los empleados tomaran las vacaciones anuales debido a la constante escasez de mano de obra. Esta sentencia dice que incluso si tomar las vacaciones anuales interfiere con la operación normal de la empresa, no está permitido que la empresa ejerza fácilmente su derecho a cambiar el momento de las vacaciones anuales para los seis empleados (demandantes) que solicitaron tomar vacaciones anuales. La compañía ferroviaria presentó una apelación el mismo día, pero creo que hay gran posibilidad que reconozca el Tribunal Superior de Tokio también esta decisión que marca un hito del Tribunal de Distrito de Tokio.

⁴⁷ El Comité Laboral-Patronal es un comité compuesto por miembros del lado de los trabajadores y del lado del empleador, que fue introducido con la revisión de la LNL en 2003. Sus propósitos son: investigar y discutir asuntos relacionados con los salarios, horas de trabajo y otras condiciones de trabajo, y dar opiniones sobre tales asuntos a la empresa. Actualmente, cada empresa no se obliga necesariamente a establecer este comité, pero creo que debería considerar de aquí en adelante que lo utiliza activamente para aumentar el aprovechamiento de las vacaciones planificadas.

empresas sufren una escasez crónica de mano de obra y, en realidad, es difícil colocar a otro personal que sustituya al trabajador que ha solicitado vacaciones. Por lo tanto, es efectivo no solo fortalecer las sanciones, sino también tomar medidas para mejorar la evaluación de las pequeñas y medianas empresas que han logrado una alta tasa de vacaciones: subsidios y premios para empresas excelentes.

7.2. ¿Cómo se debe cambiar la conciencia del lugar de trabajo y los trabajadores japoneses?

Hay muchas cosas que se consideran de sentido común en los lugares de trabajo y los trabajadores japoneses, pero que se reconocen como absurdos en la sociedad internacional. La estructura y el concepto del régimen japonés de las vacaciones anuales es obviamente uno de los ejemplos concretos. Por lo tanto, es importante cambiar activamente los aspectos irracionales.

7.2.1. Reforma de las costumbres irracionales en el lugar de trabajo

El lugar de trabajo japonés tiende a poner un énfasis particular en mantener el orden del grupo. Por esta razón, existe una fuerte presión para conformarse, y hay muchos casos de hostigamientos o acosos laborales, particularmente contra aquellos que no obedezcan la orden del lugar de trabajo⁴⁸. Ni que decir que está claro que por esta atmósfera y costumbre del lugar de trabajo vacilan y debilitan la conciencia y el comportamiento de los trabajadores, y además va a peor la pasividad de los mismos. Es necesario incrementar los mostradores de consulta por la injerencia intencional y arbitraria de los empleadores en los reclamos legítimos de los trabajadores, y ampliar mecanismos para resolver los problemas dentro del lugar de trabajo.

7.2.2. Transformación de la conciencia de los trabajadores

En Japón, tampoco se puede hacer caso omiso del hecho de que todavía existe gente que cree que tiene que trabajar y contribuir a la empresa sin tomar vacaciones. Para erradicar tales malos hábitos, son tareas en las que hay que esforzarse urgentemente para informar a los japoneses de la importancia y la necesidad de unas vacaciones anuales, que se ha convertido en algo común en la sociedad internacional actual, y cambiar fundamentalmente la conciencia de los japoneses.

7.3. ¿Cómo deberá revisarse el régimen japonés de vacaciones anuales?

No creemos que el régimen de las vacaciones anuales basado en el principio de que los trabajadores pueden solicitarlas libremente sea, al menos en Japón, la forma de estimular a los trabajadores a disfrutar completamente de las vacaciones. Al contrario, está claro que esta no es más que una restricción al ejercicio del derecho a vacaciones.

48 Tokyo Marine & Nichido Risk Consulting Co., Ltd. Proyecto comisionado para el año fiscal 2020 por el MSTBS, "Informe de encuesta sobre acoso en el lugar de trabajo", marzo de 2021, <https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000775817.pdf>

7.3.1. Diseñar el régimen de las vacaciones anuales retribuidas que tenga el estándar igual a la sociedad internacional

Realmente no creemos que sea tan difícil que los trabajadores japoneses toman perfectamente las vacaciones anuales. Todo lo que se requiere es que Japón ratifique el Convenio No. 132 de la OIT y establezca el régimen de las vacaciones anuales que se ajuste a las normas internacionales. En particular, para promover el uso de vacaciones en Japón, son tareas urgentes: redefinir el objetivo de las vacaciones anuales, y arreglar las disposiciones sobre licencias por enfermedad y otras necesidades.

7.3.2. Medidas para garantizar el pleno uso de las vacaciones anuales

Consideramos que es realmente importante establecer el método que impone al empleador la obligación de pagar la indemnización de una cantidad mayor que el pago normal diario al trabajador, en caso de que un empleador interfiera directa o indirectamente en el uso de las vacaciones en el día en que un trabajador las solicitó. En otras palabras, si se crea el método por el que el empleador, en caso de abusar de la ambigüedad del sentido de “interfiere con la operación normal de la empresa”, tenga que pagar al trabajador mucho dinero, el empleador otorgará las vacaciones anuales a su empleado. En ese sentido, para mejorar la comodidad tanto para los trabajadores como para los empleadores, será mejor considerar si es necesario introducir el método por el que un trabajador tenga que solicitar al empleador las vacaciones días antes de que quiera disfrutarlas.

7.3.3. Revisión de las vacaciones obligatorias

Como ya se ha mencionado, el método actual de las vacaciones obligatorias debe revisarse lo antes posible. Dado que disfrutar de vacaciones es el derecho fundado en los derechos humanos de los trabajadores, el único deber de los empleadores es responder de buena fe al momento solicitado por los mismos. Por lo tanto, si un empleador afirma que interfiere con la operación normal de la empresa, es importante que se explique el motivo de su afirmación en términos concretos, y construya un método por el cual no pueda cambiar el momento a menos que pueda probarlo. También deberá considerar si se impone la multa por el acto que viole este deber de explicación.

8. OBSERVACIÓN FINAL: ¿PODRÁ JAPÓN HACERSE VERDADERAMENTE UN MIEMBRO RESPONSABLE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL?

En la actualidad, Japón no solo está enfrentando una gran recesión económica, sino que también sigue bajando la tasa de natalidad y avanzando el envejecimiento de población a una velocidad

asombrosa⁴⁹. Por esta razón, de ahora en adelante no tendremos más remedio que depender en serio de la mano de obra no solo de trabajadores masculinos y femeninos, los jóvenes, ancianos y personas con discapacidad, sino también de los extranjeros que quieren trabajar en Japón.

Por tanto, es un problema urgente crear un régimen jurídico nuevo por el que se puedan soportar diversos estilos de trabajo. Además, es importante que, reflexionando sobre esta situación actual, Japón se esfuerce en proteger los derechos humanos y de los trabajadores del nivel internacional. En este sentido, no es exagerado decir que la reforma del régimen de las vacaciones anuales retribuidas, que hasta ahora ha estado muy por debajo del estándar mundial, es una piedra de toque para que Japón sea reconocido por el mundo como la nación que respeta verdaderamente los derechos humanos. Ahora se está poniendo a prueba la fuerte decisión de los japoneses.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Asociación Editorial de Historia de la Administración Laboral, *Historia de la Administración Laboral*, Asociación de Derecho Laboral, 1969.

Chie Nakane, *Relaciones humanas en la sociedad vertical*, Kodansha, 1967.

Chie Nakane, *Sociedad Vertical y Japón Contemporáneo*, Kodansha, 2019.

Eiji Takemae, *Estudio de la política laboral estadounidense hacia Japón*, Nippon Hyoronsha, 1970.

Fuminobu Okabe, *Las 15 lecciones básicas del derecho del trabajo* (libro electrónico), Editorial GX, 2022.

Gabinete de oficina, "Reportaje especial sensibilización de los jóvenes sobre el empleo, etc.", <https://www8.cao.go.jp/youth/white-paper/h30gaiyou/s0.html>.

Hideto Tsuboi, *La era del rápido crecimiento económico (Revisión del Japón de la posguerra)*, Rinsen Shoten, 2019.

Hiroshi Kousaka, *La estructura de la vergüenza*, Kodansha, 1982.

IJPLF, "Cuestionario de encuesta sobre el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas (Encuesta de empresa/encuesta de trabajadores), Serie de Encuestas No. 211", <https://www.jil.go.jp/institute/research/2021/211.html>.

Keiichi Yoshitake, "Sobre la promulgación de la LNL", *Normas Laborales*, septiembre de 1967.

Kenichi Tadenuma, "Sobre la naturaleza jurídica de las vacaciones anuales retribuidas", *Hitotsubashi Ronso*, vol. 52, núm. 2.

Kenji Nagano, *La economía de burbuja: Los orígenes del extravío de Japón*, Shinchosha, 2016.

Kensuke Karube, *Después de Abenomics: ¿Cómo cambiaron las políticas económicas atípicas?*, Iwanami, 2022.

49 MSTBS, "La población de Japón", https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_21481.html

Kosaku Teramoto, *La vida de un burócrata*, autopublicado, 1976.

MSTBS, "Comparación internacional de indicadores económicos, 2023", <https://www.mhlw.go.jp/content/12506000/001062025.pdf>.

MSTBS, "Estado de indemnización por accidentes de trabajo como la muerte por exceso de trabajo", https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_26394.html.

MSTBS, "La población de Japón", https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_21481.html.

MSTBS, "Panorama de la encuesta integral de las condiciones de trabajo 2021", <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/21/dl/gaikyou.pdf>.

MSTBS, "Resumen de la encuesta integral de las condiciones de trabajo de 2022", <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/22/dl/gaikyou.pdf>.

MSTBS, "Sitio especial para promover las vacaciones anuales retribuidas", <https://work-holiday.mhlw.go.jp/kyuuka-sokushin/>.

MSTBS, "Sobre el régimen de las vacaciones anuales retribuidas, No 3-2, 2022", <https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/001005114.pdf>.

MSTBS, "Sobre el régimen de las vacaciones anuales retribuidas, Materia 2-1", <https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000939797.pdf>.

Naofumi Kougami y Naoki Sato, *Presión para conformarse: ¿Por qué la sociedad japonesa es asfixiante?*, Kodansha, 2020.

NHK, "Encuesta de conciencia japonesa", <https://www.nhk.or.jp/bunken/research/yoron/index.html?p=%E6%97%A5%E6%9C%AC%E4%BA%E3%81%AE%E6%84%8F%E8%AD%98%E8%AA%BF%E6%9F%BB>

Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Houghton Mifflin, 1946.

Teikoku databank, "Economic online", <https://www.tdb-di.com/economic-trend-survey/ets202301.php>.

Tokyo Marine & Nichido Risk Consulting Co., Ltd. Proyecto comisionado para el año fiscal 2020 por el MSTBS, "Informe de encuesta sobre acoso en el lugar de trabajo", marzo de 2021, <https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000775817.pdf>.

Tomohiko Nishino, *Historia financiera en la era de Heisei: Del estallido de la burbuja a Abenomics*, Chuko Shinsho, 2019.

Yuichiro Mizumachi, *Derecho laboral y empleo detallada, 2ª edición*, Prensa de la Universidad de Tokio, 2021.

Yukio Yamaga, *30 años de historia de la economía japonesa: De la burbuja a Abenomics*, Iwanami, 2019.

Yoshikazu Inumaru ed., *Syokko Jijyo (Condiciones de trabajo de los obreros)*, Iwanami, 1998.

Yozo Yabe, Yoshihiro Koga, Hiroaki Watanabe, Masayoshi Iijima, Toru Kaizuka ed., *Cronología de la historia económica japonesa contemporánea 1868-2006*, Nihon Keizai Hyoronsha, 2008.

Zenji Rekikawa, *Murahachibu*, Kawade Shobo Shinsha, 2022.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MUJER TRABAJADORA EN EL SECTOR CUENTAPROPISTA EN CUBA

LEGAL PROTECTION OF AUTONOMOUS WOMEN IN CUBA

Aydeé Tamara Sosa Fernández

Licenciada en Derecho

Consultora Jurídica

atamy6507l@gmail.com ORCID [0009-0005-5420-0379](https://orcid.org/0009-0005-5420-0379)

Recepción de trabajo: 22-05-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 144-157

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO. ■ 3. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO GENERAL QUE AMPARA LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA EN CUBA. ■ 4. PARTICULARIDADES DE LA PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA EN EL SECTOR CUENTAPROPISTA. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La inserción del papel de la mujer trabajadora en Cuba ha logrado ser uno de los fenómenos más ricos y complejos del desarrollo de la nación en los últimos sesenta años, a día de hoy son las féminas capaces de realizar las mismas labores que los hombres sin diferencias. Ellas también se encuentran siendo protagonistas del trabajo no estatal en La Isla, trabajo por cuenta propia o autónomo que constituye una de las vías por el cual la familia cubana ha podido de forma legal obtener sus ingresos y cambiar sus condiciones de vida. Actualmente nuestro país se encuentra en un proceso de modernización de leyes y en un crecimiento jurídico y es así que a partir de este artículo analizaremos cómo se manifiesta esta forma no estatal de trabajo en el ordenamiento jurídico cubano y cómo se protegen de manera legal a las mujeres trabajadoras de este sector.

PALABRAS CLAVE: trabajo por cuenta propia, mujer trabajadora, leyes, discriminación, sector no estatal.

ABSTRACT

The insertion of the role of working women in Cuba has managed to be one of the richest and most complex phenomena of the development of the nation in the last sixty years, today women are capable of performing the same tasks as men without differences. They are also being protagonists of non-state work on the island, self-employed or autonomous work that constitutes one of the ways by which the Cuban family has been able to legally obtain their income and change their living conditions. Currently our country is in a process of modernization of laws and legal growth and that is why from this article we will analyze how this form of non-state work is manifested in the Cuban legal system and how it legally protects women workers in this sector.

KEYWORDS: self-employment, working women, laws, discrimination, non-state sector.

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo ha constituido desde el propio surgimiento de la especie humana una necesidad que ha devenido en un medio de supervivencia en los disímiles contextos o esferas de la vida diaria; ha hecho posible que, en sentido general, mujeres y hombres se unan en pos del bien común, no solo para el sostenimiento de la familia y la satisfacción de las necesidades vitales, sino para impulsar el progreso social, el desarrollo de la humanidad. Por ende, los estudios asociados a la relación trabajo-mujer son de considerable relevancia a nivel internacional y un imperativo para organismos e instituciones, en función de contribuir a una sociedad con mayor equidad y justicia¹.

Lo cierto es que las mujeres han sufrido durante milenios una gran situación de desigualdad y discriminación, no solo social, sino también jurídica, desde que la familia se basó en condiciones económicas y no en condiciones naturales. En el contexto laboral, por ejemplo, no se puede calificar de análoga a la de los hombres en todos los países², a pesar de que el trabajo está reconocido, consagrado y protegido a escala global, sin distinción alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional y posición económica, como un derecho humano fundamental de tipo social.

A raíz de la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU), se ha prestado mayor atención a la promoción y el cumplimiento de los derechos esenciales del ser humano. En tal sentido, son varios, los instrumentos jurídicos internacionales que se han llegado a elaborar, entre ellos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la ONU, que reconoce en el artículo 23 que *"toda persona tiene derecho al trabajo"* y así mismo lo plantea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1966.

El Estado cubano no ha estado ajeno a la política jurídico-social establecida como parte de la comunidad internacional; pues es signatario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y además firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque no lo ratificó. Sin embargo, pueden apreciarse hoy algunas limitaciones jurídicas para la mujer en el ejercicio del derecho a la maternidad, en pleno uso del derecho al trabajo, en específico en el sector no estatal, como parte del nuevo contexto económico y social cubano, y que responde a los lineamientos aprobados en junio de 2021 por el VIII Congreso del Partido Comunista de Cuba.

El trabajo por cuenta propia es un trabajo que se desarrolla sin subordinación a un empleador, en el cual el trabajador asume las consecuencias de la actividad que autopractica en la forma que considere conveniente y proporcionada, con determinados elementos y materias primas necesarias para su desempeño.

1 Jorge Luis Silva, 2019.

2 Cuellar, Castro Gutierrez, & Mestre Oviedo, 2017.

Desde el punto de vista jurídico los derechos laborales que regula la Ley cubana para los trabajadores estatales se equiparan con los derechos de los trabajadores por cuenta propia, dígase así el derecho al descanso, al salario y a ser protegidos por la seguridad social. El Código de Trabajo, Ley 116 de 2013, modifica y actualiza los principios por los que se rigen el derecho de trabajo en Cuba. En este texto legislativo se incorpora el papel del trabajo así como también los ingresos que los trabajadores obtiene de él como la vía fundamental para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana y a la satisfacción de las necesidades principales de los trabajadores y su familia. Además, hace un guiño a la no discriminación por orientación sexual y por discapacidad en los trabajadores. Un aspecto importante en este Código es el referido a las relaciones de trabajo entre personas naturales, para las que se establecen derechos mínimos a garantizar por el empleador, como son: la jornada de trabajo diaria de 8 horas, que puede llegar en determinados días de la semana hasta 1 hora adicional, siempre que no exceda el límite de 40 y 44 horas semanales; la remuneración no puede ser inferior al salario mínimo, en proporción al tiempo real de trabajo; un día de descanso semanal y siete días de vacaciones anuales, como mínimo; y condiciones de seguridad y salud en el trabajo

Pero es grave el hecho de que no se regulen de manera clara, entendible y ampliada estos aspectos tan importantes para los trabajadores cuentapropistas y en especial a la mujer trabajadora de este sector, pues estas hacen desarrollar a la sociedad también desde el ámbito laboral y desde su condición de féminas.

2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA PROPIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

El trabajo por cuenta propia es la actividad o actividades que, de forma autónoma, realizan las personas naturales, propietarios o no de los medios y objetos de trabajo que utilizan para prestar servicios y la producción de bienes, según lo dispuesto en el Artículo 2 del Decreto Ley 44 del año 2021 "Sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia".

La Ley 116 del 2014, Código de Trabajo, especialmente en su artículo 9 inciso b) reconoce la capacidad que tiene una persona natural para actuar como empleador, mientras que en la actual Constitución de la República de Cuba como elemento novedoso en su artículo 22 inciso d), es reconocida como forma de propiedad la privada aquella que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras, con un papel complementario en la economía.

En el año 1990, como consecuencia de la desintegración de la URSS y a su vez la desaparición del campo socialista más el recrudecimiento del bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos, la economía cubana comenzó a enfrentar la más profunda crisis de su historia. Una vez que fueron agudizados los efectos de la crisis, fue necesario avanzar en la transformación

de un grupo de aspectos de la política económica interna en La Isla para asegurar la sobrevivencia del país ante la brutal caída de las importaciones y el descenso del producto interno bruto entre finales de los ochentas e inicios de los noventas. Con ese objetivo se adoptaron distintas medidas aún a sabiendas de que tendrían costos sociales, económicos y políticos, toda vez que originarían diferencias entre los ingresos de la población, de lo que evidentemente se derivarían otros contrastes en el ámbito social con evidente influencia en la escala de valores.

Una de estas transformaciones económicas que resultó de vital importancia fue acceder al trabajo por cuenta propia (en adelante TPCP) como una alternativa para contrarrestar el desempleo existente en La Isla y desarrollar la economía del país evolucionando esta figura

En el escenario laboral cubano se vislumbran en el siglo XXI notables cambios, entre los cuales se destaca la intensificación del sector no estatal, con modificaciones que se van incorporando de manera gradual, al dejar de tutelar el Estado sectores no fundamentales liberándolo así de cargas adicionales diversificando la oferta de bienes y servicios.

Sin embargo, no es hasta el año 2010 que el TPCP recibe un impulso importante en Cuba como parte de la actualización del modelo económico cubano, en contrapartida a la decisión de llevar a cabo una reducción de plantillas en el sector estatal en donde en una primera etapa se desvincularon del trabajo estatal a 465 mil personas, quienes deberán emplearse en el sector no estatal, donde se encuentran los cuentapropistas³.

En octubre del año 2010, se publica en la Gaceta Oficial de la República de Cuba en sus números extraordinarios 11 y 12, un conjunto de decretos leyes y resoluciones relacionadas con la regulación del Trabajo por Cuenta Propia.

Como parte de estas transformaciones en la Resolución No.32 de fecha 7 de octubre de 2010 emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), se establecieron nuevas reglas para el ejercicio del autoempleo. Esta autorizó el ejercicio de ciento setenta y ocho actividades, de las cuales ochenta y tres podrían contratar fuerza de trabajo laboral sin necesidad de que fueran convivientes o familiares del titular. La Resolución 32 del 2010 planteaba que podían ejercer el TPCP los residentes permanentes en el territorio nacional, mayores de 17 años que cumplieran con los requisitos establecidos, con las excepciones reguladas en la ley, y que los mismos podían ser autorizados a ejercer más de una actividad. También les permitía a los cuentapropistas comercializar sus productos o servicios a entidades estatales, claramente, respetando los límites financieros que estas tuvieran definidos, debiendo de extenderles una factura donde acreditara la actividad realizada y la cuantía cobrada. Este tipo de empleado es conocido como esa persona que no se encuentra subordinada a una entidad estatal y asume los riesgos de la actividad que autopRACTICA, prestando servicios con un carácter estable e individual en el que se emplean instrumentos y medios propios de trabajo.

3 Redacción digital, "Trabajo por cuenta propia en Cuba entre oportunidades y retos", *Revista Trabajadores*.

En la Gaceta Oficial de la República de Cuba en el año 2011 se publicaron las resoluciones que permitieron incrementar las actividades del sector no estatal en la Isla, así como entre otras facilidades extender el pago retroactivo de la Seguridad Social, modificar el impuesto por el uso de fuerza laboral y rebajar la cuota mínima mensual del impuesto por el alquiler de habitaciones. Con la publicación oficial, los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros para continuar flexibilizando el TPCP aparecen en los números extraordinarios 28 y 29 de la Gaceta Oficial donde están contenidos los decretos-leyes y las resoluciones correspondientes.

Una de las resoluciones mencionadas fue la Resolución 33 del año 2011 como ese nuevo reglamento para el TPCP que autorizaba la contratación de trabajadores en todas las actividades además de adicionar otras hasta llegar a 181 actividades aprobadas.

Además, se tomaron una serie de medidas encaminadas al reordenamiento del Modelo Económico cubano en ese contexto, las cuales se dictaron, a través de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba en el año 2011, dentro de las cuales la más importantes, fue la nueva ampliación del trabajo por cuenta propia como ya comentamos; que para lograr su finalidad se dictaron una serie de regulaciones y disposiciones jurídicas. El proyecto de lineamientos mantiene al Estado en el centro del manejo económico cubano, pero con la articulación y apoyo de las formas no estatales de organización como son: las cooperativas y los trabajadores por cuenta propia. Por este medio, se intenta revitalizar el trabajo como medio de contribución para la sociedad, y como medio para la satisfacción de necesidades de la población. Es de este modo que el país reconoce la necesidad de visibilizar el problema del desempleo que está cubierto por “las plantillas infladas” y reestructurar el empleo para, a través de la ampliación del trabajo por cuenta propia, generar nuevas formas de empleo regulado por un régimen tributario.

El Consejo de Ministros aprobó casi 500 medidas para hacer más flexible el autoempleo hasta el año 2016, principalmente relacionadas con: reglas especiales para las categorías autorizadas del autoempleo y nuevas formas de participación del autoempleo dentro del modelo económico cubano.

En el VII Congreso del Partido Comunista de Cuba celebrado en el año 2016 se da un proceso de actualización de los lineamientos antes mencionados con el propósito de impulsar la transformación estructural que requiere la economía nacional y se identifican, de forma preliminar, los Sectores Económicos Estratégicos como también se establecen los principios metodológicos fundamentales, además de crear la propuesta de “Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030. Documento normativo de largo plazo, en el que se definen los propósitos, la estrategia general y las principales políticas del desarrollo nacional. El papel de los TPCP fue uno de los temas más debatidos. Se declaró además que en las formas de gestión no estatales no se permitirá la concentración de la propiedad, y se adiciona que tampoco de la riqueza; por tanto, la empresa privada actuará en límites bien definidos y constituirá un elemento complementario del entramado económico del país, todo lo cual deberá ser regulado por la Ley. A su vez, quedó definido el papel de las relaciones de propiedad y el reconocimiento de la existencia de la propiedad privada. El incremento del trabajo por cuenta propia y la autorización de la contratación de fuerza de trabajo ha conllevado en la práctica a la existencia de medianas, pequeñas y microempresas privadas que hoy funcionan sin la debida personalidad jurídica y se rigen ante la ley por un marco regulatorio diseñado para las personas

naturales dedicadas a pequeños negocios que se realizan por el trabajador y su familia". Sobre esta base, se estableció que el reconocimiento de la propiedad privada sería uno de los criterios que se tendrían en cuenta en la reforma constitucional que se realizó en el año 2019.

Es la Resolución 103 del año 2019 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la que estableció un nuevo Reglamento para la actividad, dígase que se permitió a las personas naturales ejercer más de una actividad, siempre y cuando cumplieren lo regulado para el ejercicio del trabajo por cuenta propia.

Es importante destacar también que aparte de los TPCP existen dos formas de gestión no estatal: las cooperativas no agropecuarias y las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas conocidas como MIPYMES las cuales tienen un papel fundamental en la actual economía cubana. Una diferencia importante entre estas tres formas de gestión no estatal es que cada actor se corresponderá con la actividad y el diseño que tenga, el trabajo por cuenta propia quedará, esencialmente, para una actividad de hasta tres empleados, por tanto, todos aquellos negocios preexistentes hoy que excedan esa cantidad de contratados, tendrán que optar por MIPYMES o por cooperativas no agropecuarias.

Las CNA demandan como mínimo tres personas asociadas y se constituyen como una asociación voluntaria de personas que tienen en común la voluntad de cumplir un interés social y satisfacer las necesidades económicas de sus socios donde todos estos son propietarios, mientras que la distribución de las ganancias se realiza a partir del aporte, del trabajo de los socios que son los dueños, y debido a su carácter más social tendrán un régimen tributario más beneficioso. Este actor económico es regulado por el Decreto-Ley 47 de las Cooperativas no Agropecuarias en donde se establece que la principal contribución de sus socios es el trabajo personal, con independencia del resto de los aportes realizados por ellos de forma voluntaria o por mandato de la ley.

Poseen personalidad jurídica y un patrimonio propio por lo que pueden contratar bienes y servicios con los demás sujetos reconocidos en la legislación en igualdad de condiciones. En sus Estatutos se establece de manera colectiva y por acuerdo entre todos sus socios el funcionamiento de la cooperativa que se va a constituir. Para su formalización necesita la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública notarial dentro de los 30 días hábiles a contar desde que se otorgó dicha escritura. Pueden contratar trabajadores por un tiempo de hasta tres meses dentro del año natural para que realicen las labores que los socios no pueden asumir siempre que la cantidad de los contratados no exceda del diez por ciento (10 %) del número de los socios. Por último, resaltar que en relación con los conflictos que se suscitan entre los socios o entre estos con la cooperativa son resueltos de acuerdo a los estatutos con apego a la legislación encargada por el tribunal competente.

Las MIPYMES constituyen empresas o unidades económicas con personalidad jurídica, donde tiene como objeto principal el desarrollo de la producción de bienes así como la prestación de servicios que satisfagan las necesidades de la sociedad encontrando su amparo legal en el Decreto-Ley 46 del 2021 "Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas". Ellas pueden ser de propiedad estatal, privada o mixta, y su clasificación depende clasifican del número de personas ocupadas como por ejemplos: la Micro empresa, donde el rango de ocupados es de 1 a 10 personas, la pequeña empresa, de 11 a 35 personas, y la mediana empresa, de 36 a 100 personas; pueden constituirse por un único socio como aspecto más que novedoso. Cuentan con la característica fundamental de

autonomía empresarial, es decir, estas nuevas empresas tienen la facultad propia de contratar bienes y servicios con los demás sujetos reconocidos en la legislación vigente con igualdad de condiciones, y rinden información estadística según dispone la ley. Además, pueden exportar e importar de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, pueden gestionar y administrar sus bienes, definir los productos y servicios a comercializar, así como sus proveedores, clientes, destinos e inserción en mercados; pueden operar cuentas bancarias y acceder a cualquier fuente lícita de financiamiento, fijar los precios de sus servicios y bienes excepto aquellos que sean de aprobación centralizada, definir su estructura, plantilla y cantidad de trabajadores, determinar los ingresos de sus trabajadores respetando los mínimos salariales establecidos, realizar las inversiones que se requieran para el desarrollo de la MIPYME. Tienen la facultad para crear establecimientos siempre que no tengan personalidad jurídica, dentro o fuera de la provincia donde radica su domicilio social; y otra facultad o derecho que se derive de su condición de empresa, siempre que no se oponga a lo legalmente establecido. El novedoso sistema impositivo tiende al favorecimiento y crecimiento de esa forma de gestión, pues durante los dos primeros años de constituidas ya sea por reorientación de formas de gestión existentes o nueva creación se les exonera del pago de la contribución territorial mientras que a los socios también se les exonera del pago de impuestos por los dividendos obtenidos a raíz de sus operaciones por el primer año. Al igual que las CNA las MIPYMES deben ser aprobadas y autorizadas por el Ministerio de Economía y Planificación. Deben a través de una plataforma digital vía online inscribirse y aportar todos los datos necesarios como el nombre de la futura empresa y su ubicación, la cantidad de socios y dos documentos adicionales: los estatutos y una lista de los nombres de los socios para que puedan ser revisados y una vez que sean autorizados se procederá a crear automáticamente una cuenta bancaria con las aportaciones iniciales del capital mínimo reconocido; posteriormente los socios solo deberán ir a las notarías a firmar el expediente, documentación que se enviará digitalmente al Registro Mercantil, donde se recogerá luego la certificación.

En virtud de lo regulado en el ya mencionado Decreto 49, las micro, pequeñas y medianas empresas privadas, cooperativas no agropecuarias y trabajadores por cuenta propia pueden realizar todas aquellas actividades que se consideren lícitas, con excepción de aquellas que se encuentran reguladas en el listado de actividades no autorizadas, anexadas a esa normativa, como lo son el caso del control de plagas, excepto el control de plagas domésticas así como la caza ordinaria y mediante trampas con fines comerciales, la explotación de minas y canteras entre otras que se encuentran disponibles en la citada norma.

3. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO GENERAL QUE AMPARA LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA EN CUBA

Para ampliar este tema es importante descender jerárquicamente por todo el ordenamiento jurídico cubano, donde en la cima se encuentra la Constitución de la República y es esta la encargada de realzar en su articulado los principales derechos de los trabajadores, donde principalmente prohíbe

toda muestra de discriminación a la mujer, independientemente del tipo de trabajo y modelo de gestión bajo el cual estas puedan estar vinculadas. Muestra de un claro ejemplo de esta prohibición podemos hacer mención al Artículo 42 de la Constitución, al regular que todas las personas son iguales ante la ley, además de recibir la misma protección y trato de las autoridades gozando de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial así como, cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. Regulando a su vez, el propio Artículo 42, que todas las personas reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna, agregando de manera importante que la violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

En consonancia la Constitución de la República de 2019, la Ley 105 del 2008, De Seguridad Social, en tema de protección a la trabajadora, reconoce en su artículo 11 precisamente inciso e,) a las prestaciones por maternidad de estas como una de las formas de las prestaciones monetarias; a su vez regula en la primera de las disposiciones especiales los derechos laborales y de seguridad social de la mujer trabajadora para proteger su maternidad, aquellos que facilitan su atención médica durante el embarazo, el descanso pre y postnatal, la lactancia materna y el cuidado de los hijos menores de edad, se rigen por la legislación específica para todos los sectores de la economía, lo que lógicamente quiere decir que no solo el sector estatal, sino el de las CNA y el de TCP también tendrán su propio régimen⁴.

La protección a la mujer trabajadora ya estaba refrendada en la Ley No. 116 del año 2013, Código de Trabajo, donde se establecen las obligaciones del empleador de crear y mantener condiciones de trabajo para estas, considerando su participación en el proceso de trabajo y su función social como madre; así como la obligación de recesar en sus labores para atender su embarazo y el derecho a disfrutar de las licencias retribuidas. Este código dedica el Capítulo IV a la mujer trabajadora, regulando explícitamente que la misma, pero en estado gestante y que por prescripción médica no pueda permanecer en el cargo por considerarse perjudicial al embarazo, recibirá la protección que establece la legislación específica a la maternidad de la trabajadora. Asimismo, establece que la trabajadora gestante o que tenga hijos de hasta un año de edad, no estará obligada a realizar trabajo extraordinario o laborar en una localidad distante de su centro de trabajo y estará en la obligación de recesar en sus labores en los términos por el cual se rige la maternidad de la trabajadora, así como el cobro de la licencia de maternidad.

El 8 de marzo de 2021 fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba número 14 Extraordinaria el Decreto Presidencial No. 198 con el Programa Nacional para el adelanto de las Mujeres (PAM) y con ello nuestra sociedad cubana y específicamente las féminas se ven involucradas en una nueva revolución de cambios y mejoras a favor de las mismas y a favor de la protección de

4 Menoya & Silva, 2021.

sus derechos⁵. Este Programa Nacional para el adelanto de las Mujeres se define en el texto como “la piedra angular en el desarrollo de políticas a favor de las mujeres” e institucionaliza el derecho a la igualdad de género en Cuba, ya que para su puesta en práctica, se crea el Plan de Acción que designa a diversos organismos de la Administración Central del Estado y a organizaciones nacionales como responsables de cumplirlo y de responder a las recomendaciones del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Posee como objetivo general la promoción del “avance de las mujeres y la igualdad de derechos, oportunidades y posibilidades”, así como la eliminación de los factores que impiden obtener mejores resultados en este sentido dentro de los ámbitos económico, político, social y familiar. Podríamos decir que sus objetivos específicos se enfocan en incluir las temáticas de género en el sistema de formación y capacitación de cuadros, y en los programas de estudio de todos los niveles de enseñanza, con el fin de “fortalecer las relaciones interpersonales basadas en la igualdad, el respeto y la responsabilidad compartida”. También, en promover el debate sobre el rol de las mujeres en lo público y lo doméstico, implementación y evaluación de impactos de legislaciones y políticas públicas relacionadas con el tema, asesorar en la elaboración. Además de enfrentar las manifestaciones de violencia o discriminación hacia la mujer en todos los ámbitos de la sociedad.

A raíz de todo el cambio y actualización jurídica que está viviendo nuestro país como respuesta de la evolución de la sociedad cubana llega el Decreto Ley 56 de fecha 14 de diciembre de 2021 “De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias”; esta norma deroga al Decreto-Ley 339 de 2016 “De la Maternidad de la Trabajadora” y al Decreto-Ley 340 Modificativo de regímenes especiales de seguridad social, y otros que en su momento cumplieron el objetivo de defender los derechos de las mujeres, pero deben dar paso a normas legales ajustadas a la nueva actualidad cubana⁶.

Este nuevo texto jurídico incrementa los derechos de las madres trabajadoras del sector estatal y concede iguales derechos a las madres trabajadoras del sector no estatal como son: el derecho al disfrute de la prestación social, las prestaciones monetarias por certificado médico de las gestantes y a madres con hijos enfermos, y las licencias complementarias de la maternidad. Además, persigue asegurar y facilitar a la mujer trabajadora la atención médica durante el embarazo, el descanso pre y pos natal, la lactancia materna y, a ambos padres, el cuidado del menor; regular prestaciones monetarias, económica y social, desde el comienzo del embarazo hasta que el menor arribe a su primer año de vida. Regula la protección al padre u otro familiar de los determinados, a quien se encargue el cuidado del menor, en caso de fallecimiento de la madre e incluye los derechos de todas las mujeres trabajadoras.

En el caso de las trabajadoras del sector estatal, entre otras normativas, queda claro que la cuantía de la prestación económica que recibe la madre durante el periodo de licencia retribuida por maternidad pre y posnatal es equivalente al salario promedio recibido en los 12 meses inmediatos

5 Terrero & González, 2021.

6 Ramírez, 2022.

anteriores al inicio del disfrute de la licencia prenatal. El documento a igual medida ha tratado de abarcar todas las necesidades de la mujer trabajadora, para la cual se establece, igualmente, que aquella, que por prescripción médica no puede permanecer en el cargo por considerarse perjudicial al embarazo, tiene derecho a ser trasladada de puesto de trabajo con la garantía del 100 % del promedio de los salarios percibidos en los doce meses inmediatos anteriores al mes de su traslado.

Por otra parte, para las mujeres trabajadoras del sector no estatal se especifica que para tener derecho al cobro de las prestaciones monetarias económica y social tiene que haber contribuido al régimen especial en los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de inicio de la licencia por maternidad. Asimismo, en el periodo durante el cual la trabajadora se encuentra impedida de ejercer su actividad por encontrarse en el disfrute de la prestación por maternidad o estar incapacitada por enfermedad o accidente, así como por otras causas establecidas en la ley, en las que se encuentra exceptuada de contribuir a la seguridad social, se considera como tiempo de contribución a los efectos de obtener el derecho a la prestación económica.

Entre las bondades se destaca que la trabajadora gestante, que acredita certificado médico que la incapacita para laborar durante el embarazo, se le abona el 100 % del promedio de la base de la contribución, hasta a fecha de inicio de la licencia prenatal.

4. PARTICULARIDADES DE LA PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA EN EL SECTOR CUENTAPROPISTA

Desde inicios del Período Especial en Cuba, el cuentapropismo ha adquirido mucha relevancia debido a que el Estado no tenía la posibilidad de cubrir diversas necesidades de la población, las cuales se han transformado durante décadas, pero para nadie es un secreto de que a pesar de las últimas transformaciones sumamente importantes y necesarias, aún existen cuestiones que necesitan un mejor tratamiento para lograr mayor justeza para todos los actores de la economía no estatales, dígame Micro, Pequeña y Mediana empresa, cooperativas no agropecuarias y trabajador por cuenta propia.

Ejemplo de estas cuestiones que necesitan un mejor tratamiento al amparo jurídico es el tema de mujer-trabajo, donde es un tema crítico que no se regulen de forma precisa aspectos tan importantes como es el descanso, el horario, las vacaciones anuales pagadas y el establecimiento de un salario justo, lo cual parte de la voluntad del trabajador, a la mujer trabajadora del sector no estatal en Cuba.

Otra de las cuestiones que se evidencian es la insatisfacción de la seguridad social a corto plazo pues, se paga la seguridad social a largo plazo para la jubilación o la licencia de maternidad, pero en la realidad se están presentándose otro tipo de problemas, como, por ejemplo, enfermedades a más corto plazo, donde no se recibe subsidio. Por ello el régimen de la Seguridad Social ofrece protección ante la maternidad, la invalidez total temporal o permanente, la vejez, y en caso de muerte

a su familia, pero una de las cuestiones que no ampara es el regreso de la mujer al trabajo que tenía durante el embarazo. Otra de las cuestiones que podemos mencionar es el caso de las empresas de sector estatal donde se aporta un por ciento para la jubilación, licencia de maternidad y otros aspectos a largo plazo y, además, se contribuye con otro por ciento para asuntos a corto plazo, certificados médicos y otros. Mientras, el sector privado no tiene ese tipo de protección y puede que ocurra esto porque los trabajadores por cuenta propia tienen un grupo de flexibilidades que no existen en el sector estatal, tanto a la hora de confeccionar sus contratos de trabajo, definir horarios y vestimenta, como a la pensión que recibirán.

Sobre la base de integrar las diferentes perspectivas de análisis, es necesario referirnos a un tema antes tratado que es la protección de la maternidad de la trabajadora y que se entiende el derecho a la maternidad de la trabajadora como aquel que le asiste a la embarazada que ocupa un puesto de trabajo de recibir a través del Sistema de Seguridad Social prestaciones en servicios, en especies y monetarias para asegurar su estatus, desde la concepción hasta los meses iniciales de alumbramiento, de manera tal que se preserven su salud y la del recién nacido, y que resulte habilitada para combinar satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo una vez reincorporada a su plaza habitual, a la vez que se preserven las garantías para el ejercicio del resto de sus derechos laborales.

El estudio legislativo realizado para el contexto nacional cubano evidencia la vulneración del principio constitucional de igualdad y no discriminación, regulado en la vigente Constitución de la República de Cuba de 2019. En tal sentido, si bien el derecho de la trabajadora a la seguridad social por causa de la maternidad consta de amparo constitucional en dicho artículo 68, ello representa solo una garantía formal y no material, ante la existencia de un desequilibrio entre las prestaciones que se ofrecen para las contratadas en el sector estatal de la economía y las contratadas en el sector cuentapropista. Específicamente, las mencionadas trabajadoras del sector no estatal cuentapropista son víctimas de una normativa discriminatoria que, en solo siete artículos, regula las prestaciones por maternidad, sin tener en cuenta derechos conexos tales como: de reincorporación a la plaza de trabajo; de percibir la prestación social que se otorga a la madre, padre o familiar a quien se encargue el cuidado del menor al vencimiento de la licencia postnatal y hasta que este arribe a su primer año de vida; a la simultaneidad del cobro de la prestación social con el salario; a la disponibilidad de tiempo para la atención estomatológica; y a la suspensión de la relación laboral con carácter obligatorio para garantizar su descanso ante la proximidad del parto, así como para su recuperación posterior al nacimiento del menor.

En tanto, en el sector de las CNA la normativa en vigor carece de contenido propio que refrende las prestaciones económicas y sociales, y reenvía a la cooperativista embarazada al disfrute de las prestaciones del régimen jurídico estatal.

5. CONCLUSIONES

Está evidentemente reflejado a lo largo de la historia cubana que el sector no estatal ha ayudado al desarrollo social, ha dado paso a nuevos actores económicos, ha creado un nuevo grupo de trabajos que responden a diferentes necesidades; el trabajo por cuenta propia llega para complementar la actividad estatal y darles a los particulares la oportunidad de emprender sus negocios legalmente y constituye para miles de mujeres en Cuba una opción a su proyecto de vida. El Estado cubano como parte de su política económica y social ha garantizado jurídicamente a la mujer el derecho al trabajo y, en relación con este, a la seguridad social, con garantías que permiten la exigibilidad de sus derechos por medio de varios cuerpos legales de gran importancia normativa, entre los cuales se encuentran la ratificada Constitución de la República de febrero de 2019 y el actual Código de Trabajo de 2014 que dedica el capítulo IV a establecer la protección de la trabajadora.

Cuba, va jurídicamente encaminada a la igualdad social y el empoderamiento femenino, pero en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, vemos un conjunto de leyes que rozan tales características pero no se concretan de manera exitosa, es decir hay una evolución en la normativa laboral cubana cuando protege a sus féminas, pero este proceso es lento en relación con la actualidad cubana y es inminente establecer leyes que amparen de manera más abarcadora las necesidades de las trabajadoras de este sector. Las féminas cuentapropistas necesitan un cuerpo legal que amplíen y beneficien sus derechos constitucionales.

Considero que es un deber del Estado cubano perfeccionar la normativa con respecto a la regulación de los derechos de las trabajadoras del sector no estatal, una norma que hable por esas mujeres que se les violan sus descansos y horarios adecuados en la actividad que ejercen. Un medio que jurídicamente regulen temas como las vacaciones anuales pagadas. Así como la regulación de un salario justo que mantenga equilibrio con su trabajo, el establecimiento de un subsidio por enfermedades a corto plazo que puedan tener estas y no se puedan presentar a su plaza. Es necesario un cuerpo legal que ampare el regreso al puesto de trabajo que tenía aquella trabajadora del sector no estatal durante su embarazo, es decir una norma que mantenga segura el desempeño y los derechos de las mujeres cuentapropistas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Silva González, J. L. y Pérez Véliz, A., *“El derecho de la mujer al trabajo y a la maternidad en Cuba”*, Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río, Pinar del Río, Cuba, 2019.

Díaz Cuellar, F. y Mestre Oviedo, J., *“La mujer cubana: evolución de derechos y barreras para asumir puestos de dirección”*, Revista Médica Electrónica, Matanzas, Cuba, 2017.

Redacción digital, "Trabajo por cuenta propia en Cuba entre oportunidades y retos", *Revista Trabajadores*, Cuba 2021.

Silva González, J. L. y Menoya Zayas, S., "El derecho de la mujer trabajadora a la maternidad en Cuba: Reflexiones desde la perspectiva de la equidad de género", *Investigations-Investigaciones-Ikerlanak*, vol.11, núm. 3, 2021.

Ramírez, L., Tribunal Supremo de Cuba, 2021.

Errero, A. y González, A., "Programa Nacional para el adelanto de la mujer. ¿Por qué viene después?", *Cubadebate*, Cuba, 2021.

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA: ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA POPULAR Y POR QUÉ ES IMPORTANTE PARA EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

CLASSIC-SUBORDINATED WORK CRISIS IN ARGENTINA: ¿WHAT IS “POPULAR ECONOMY”
AND WHY IS IMPORTANT FOR LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW?

Sebastián Nahuel Pasarín

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho

Abogado y Maestrando en Estudios y Relaciones del Trabajo (FLACSO)

spasarin@derecho.uba.ar ORCID [0009-0006-6946-557X](https://orcid.org/0009-0006-6946-557X)

Recepción de trabajo: 26-05-2023 - Aceptación: 18-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 158-185

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LAS TRANSFORMACIONES DEL MUNDO DEL TRABAJO COMO MARCO DE ANÁLISIS PARA LAS DISCUSIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. ■ 2.1. Transformaciones del mundo del trabajo. ■ 2.2. Impacto de las transformaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: dependencia y autonomía. ■ 2.3. Un elefante en un bazar: el carácter estructural del empleo informal. ■ 2.4. Recapitulación: una breve caracterización de la crisis de la dependencia para América Latina. ■ 3. ECONOMÍA POPULAR. ■ 3.1. Orígenes de la economía popular. ■ 3.2. Economía popular: hacia un régimen jurídico. ■ 4. CONCLUSIÓN. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En Argentina se incluyen dentro de la economía popular diversas actividades laborales, *a priori* autónomas, que comienzan a ser reconocidas por el Estado a través de un conjunto normativo especial de difícil clasificación, pero indudable trascendencia para nuestra disciplina, en el marco de la discusión sobre la crisis de la dependencia o subordinación laboral y la ampliación de los contenidos de la seguridad social. Este trabajo de carácter descriptivo realiza un repaso sobre este conjunto normativo y sobre los fundamentos de las organizaciones de la economía popular con el objetivo de ofrecer una delimitación conceptual del tema.

PALABRAS CLAVE: dependencia, crisis de la dependencia, economía popular, personería social, salario social, derecho a trabajar, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

New works, which are not necessarily classic-subordinated work, are being recognized in Argentina below popular economy concept. A complex normative system, formed by acts and other regulations, has been generated in order to regulate popular economy. In this essay I aim to describe popular economy history in Argentina based on bibliographical and statistics sources. Besides, I describe the most relevant components of the complex normative system created for ruling popular economy. I provide arguments in order to highlight the importance of popular economy nowadays for labour and social security law in classic labour subordination's crisis and in the transformation of social security law.

KEYWORDS: subordination, popular economy, social salary, labour law, social security law.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se explica por la incipiente persistencia que la *economía popular* tiene en el debate entre laboristas y previsionistas en distintos ámbitos, como así también por las inquietudes que surgen de los espacios compartidos con el estudiantado. En particular, la *economía popular* surge como inquietud frecuente en las clases en las que se aborda la historia del derecho del trabajo, el derecho a la seguridad social y la temática de la dependencia, tanto en materias de la formación común de la abogacía como en el tramo orientado de las que participo como docente, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asimismo, en el mundo de los estudios del trabajo es todavía más frecuente el abordaje del tema, especialmente en economía y sociología del trabajo.

El objetivo de este texto es explicar heurísticamente qué se entiende en Argentina por *economía popular*, repasar brevemente algunas de las disposiciones más relevantes del marco jurídico destinado a regularla y ofrecer argumentos para enfatizar la importancia que tiene el fenómeno para nuestro campo disciplinar, en el marco de los debates sobre la crisis del trabajo tradicional dependiente. Es entonces de carácter descriptivo y sus fuentes son exclusivamente bibliográficas y estadísticas. No se trata de una visión acabada de la cuestión sino apenas un planteamiento introductorio a la temática, en el marco de debates más amplios que hacen a nuestro objeto de estudio.

El texto presenta tres secciones: en primer término, dedico palabras introductorias a explicar el surgimiento de la *economía popular* en tanto fenómeno social y político relevante para el mundo del trabajo nacional, en el marco de la crisis del trabajo dependiente en las economías capitalistas actuales. En la segunda sección, repaso la normativa más relevante en la materia, con el interés puesto en lograr conexiones o interacciones con cada componente de la configuración temática de la disciplina: derecho individual del trabajo, derecho colectivo del trabajo y derecho de la seguridad social. Sin embargo, como se verá, este conjunto de normas presenta cierta autonomía dificultando su inclusión en clasificaciones disciplinares típicas. En la última sección ofrezco breves conclusiones al respecto de lo repasado con el fin de intentar justificar la importancia del tema para nuestra disciplina.

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL MUNDO DEL TRABAJO COMO MARCO DE ANÁLISIS PARA LAS DISCUSIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Transformaciones del mundo del trabajo

Casi cualquier trabajo que pretenda explicar y analizar los nuevos fenómenos que interesan al mundo del trabajo y la seguridad social, como lo es la *economía popular*, parten de la necesaria

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA

recapitulación sobre las transformaciones acaecidas en los últimos años. Desde la década del 70 del siglo pasado el capitalismo experimenta cambios muy relevantes en su forma productiva vinculada con una reducción de la tasa de ganancia de la manufactura. Se derivan de esta transformación dos procesos que merecen principal atención: la valorización de otros activos (financieros, datos) y las variaciones organizativas de la producción.

Distintos fenómenos económicos emergen de esa crisis a nivel mundial e impactan en el movimiento obrero (en su fisonomía y formas de organización) y en el mundo el trabajo. Si bien en textos tempranos se han presentado como fenómenos coyunturales, desafiantes y ambivalentes¹ algunas de estas transformaciones presentan una cara decididamente triste: desocupación, privatizaciones de las empresas estatales, apertura del comercio exterior, desregulación del mercado de trabajo, reforma de los sistemas de seguridad social, estímulo a formas "atípicas" de contratación y flexibilización del empleo formal aparecen como los más característicos². El triunfo de la economía globalizada y sus presiones desreguladoras tuvieron impacto sobre las relaciones laborales, aunque las diferentes respuestas en los países latinoamericanos ameritan un estudio particularizado, lo que se ha abordado en torno a la pregunta por la convergencia o divergencia de los sistemas nacionales de relaciones laborales respecto a esta agenda³.

Uno de los ejes normalmente presentes en los trabajos dedicados al análisis de estos cambios es la transformación cultural o subjetiva del trabajador de una lógica colectiva a otra individual, afectando la integración social bajo la relación salarial⁴. Las disposiciones tendientes a vulnerar la estabilidad del trabajador y flexibilizar las condiciones de trabajo como los contratos "basura", el aumento del período de prueba y demás dispositivos incorporados a la legislación argentina en materia de derecho individual del trabajo durante los años 90 (y no todos modificados con el reordenamiento que siguió a la etapa neoliberal) dimensionan el avance político e institucional del capital sobre el trabajo. La envergadura de estos cambios es visible más allá de las leyes, en dispositivos culturales que enaltecen la ganancia y desvalorizan el trabajo como ordenador social, alterando el "referencial identitario" de organización de la clase, marcado por la precariedad como característica ineludible⁵.

1 Supiot, A., "¿Por qué un derecho del trabajo?", *Documentación Laboral*, 1993 y Supiot, A., "Derecho y Trabajo", *New Left Review*, Londres, 2006.

2 Neffa, J., "La precarización del trabajo y la subcontratación laboral. Una visión desde la economía del trabajo y el empleo", ponencia presentada en 10º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011.

3 Senén González, C., "Teoría y práctica de las relaciones industriales. Reflexiones sobre los cambios recientes de las relaciones laborales en Argentina", *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, Asociación Latinoamericana de Estudios del Trabajo (ALAST), 2006.

4 Castel, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires, 1995, págs. 335-350 y Denning, M. "Vida sin salario", *New Left Review*, 2011.

5 Battistini, O., "Toyotismo y representación sindical. Dos culturas dentro de la misma contradicción", *Revista Venezolana de Gerencia*, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Zulia, Zulia, 2001; "La precariedad como referencial identitario. Un estudio sobre la realidad del trabajo en la Argentina actual", *Psicoperspectivas: individuo y sociedad*, Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2009; "Desvalorización cultural del trabajo humano y expansión del capital", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2018.

En lo que respecta al cambio en la organización del trabajo, es relevante señalar la proliferación de mecanismos de subcontratación, entendida como la “desintegración vertical del proceso productivo dejando a cargo de otra empresa (...) la fabricación de piezas o subconjuntos o la prestación de ciertos servicios que anteriormente tenían lugar dentro de la gran empresa con una organización productiva integrada verticalmente”⁶. Este mecanismo, especialmente difundido por el toyotismo, permite la eliminación de costos fijos. En contraposición, genera incertidumbre e inestabilidad en el proceso productivo subcontratado que suele estar marcado por peores condiciones de labor y salario. Estos procesos también contribuyen a la fragmentación del colectivo obrero e impactan sensiblemente en la organización social y del trabajo. En particular, aumentan la informalidad y la inseguridad de los puestos de trabajo.

Para algunos estudios las transformaciones productivas de los años 70 han entrado en una nueva etapa a partir de la aparición de las plataformas. Las plataformas, son un nuevo modelo de negocios que trabaja sobre los datos, conceptualizado como materia prima que exige una “vasta infraestructura para detectar, grabar y analizar”⁷. Impacta sobre las fábricas como espacio productivo y sin dudas repercute en la acción sindical, que parece presentar dificultades para penetrar estos nuevos ámbitos. De las diferentes plataformas, las denominadas “austeras” presentan las características más conflictivas. Tristemente célebres por el aprovechamiento de la subcontratación de trabajadores, buscan constituirse como un intermediario entre estos —considerados como “colaboradores”— y los consumidores, reduciendo el costo laboral del servicio mediante recortes de derechos y prestaciones históricamente reconocidas, a las que se suma la deslocalización de trabajadores, capital fijo, costos de mantenimiento, capacitación y formas de control alternativas a través de la implementación de reputación⁸.

2.2. Impacto de las transformaciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: dependencia y autonomía

¿Cómo impacta esta nueva realidad —someramente descrita— en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social? Lo complejo de la pregunta no nos inhibe de ensayar una respuesta al menos a partir del caso argentino.

6 Neffa, J., “La precarización del trabajo y la subcontratación laboral. Una visión desde la economía del trabajo y el empleo”, ponencia presentada en 10º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, págs. 14-15.

7 Srnicek, N., *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pág. 42.

8 Srnicek, N., *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, págs. 72-73.

En Argentina los trabajos que tratan el tema se organizaron en torno al debate sobre la crisis de la dependencia o de su “abarcatividad”⁹. Esto por cuanto, si bien es de larga data la protección genérica del derecho a trabajar a nivel constitucional en Argentina¹⁰, no es menos cierto que la mayor parte de las disposiciones destinadas a operativizar y garantizar dicha protección se construyeron en torno a *la persona que trabaja en relación de dependencia*¹¹. En apretadísima síntesis, estos trabajos postulan que el empleo asalariado típico viene reduciéndose en su potencialidad y representatividad, por diferentes razones, lo que invita a reactualizar las miradas en torno al alcance de los conceptos que se han elaborado para extender el marco protectorio tuitivo con el fin de que comprenda a la mayor cantidad de personas posibles.

Un repaso por las principales variables estadísticas argentinas nos permite partir de la siguiente premisa: el trabajo dependiente explica todavía la mayor parte del mundo de trabajo en Argentina. En efecto, de acuerdo con los últimos datos disponibles de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) al momento de elaboración de este texto (cuarto trimestre de 2022) de los 13,1 millones de ocupados en Argentina, 9,6 millones (el 73,6%) son asalariados/as de los cuales 6, 2 millones (el 64,5%) tienen descuento jubilatorio y a 3,4 millones (el 35,5%) no se les aplican estos descuentos. Los cuentrapropistas representan casi tres millones de personas¹².

Según la Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS), cuya fuente de información es diferente a la EPH¹³, la cantidad de

9 Entre muchos otros, los principales trabajos a este respecto en el plano local son: Ackerman, M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005; García Vior, A., “Fronteras entre el trabajo autónomo el trabajo dependiente”, *Revista de Derecho del Trabajo*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014; Goldin, A., “El derecho del trabajo, hoy; tendencias y desafíos”, en AA. VV. (Caparrós, L. y García Héctor, O., coords.), *El trabajo en la economía de plataformas*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021; *Configuración Teórica del Derecho del Trabajo*, Heliasta, Madrid, 2017; “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer España, Madrid, 1996; “Las fronteras de la dependencia”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2001.

10 El artículo 37 de la Constitución de 1949 estableció el derecho a trabajar en estos términos: “el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien lo necesite”. El artículo 14 bis introducido en 1957 como modificación de la Constitución de 1853/60 indica que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes. A su manera y con sus diferencias, cada uno expresa la necesidad de que el Estado jerarquice el trabajo como actividad ordenadora de la sociedad y lo proteja a través de la legislación. Con la reforma de 1994 los tratados internacionales de DDHH incorporados al bloque de constitucionalidad federal —la mayoría surgidos en el periodo de las reformas constitucionales referidas— robustecieron la noción de trabajo como derecho humano fundamental.

11 Ackerman, M., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016. Comparto con Ackerman lo indicado acerca de la inadecuación del término “trabajo dependiente” y creo que debemos avanzar hacia un lenguaje inclusivo en términos de reconocer: a) que el sujeto del derecho del trabajo no es “el trabajador”, ya que esto refuerza el estereotipo tradicional de hombre proveedor y varón que trabaja, en desmedro de la integración masiva de la mujer al trabajo asalariado y, paulatinamente, de otras identidades de género al mundo del trabajo productivo dependiente; y b) que debemos poder conectar a la persona que trabaja con sus derechos fundamentales como persona en general.

12 Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), *Trabajo e ingresos* (vol. 7, n° 3), INDEC, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.

13 Según la propia EIL indica, releva desde 1996, de forma mensual y permanente, a empresas privadas formales en doce centros urbanos, a partir de una muestra de diez trabajadores en los centros más grandes y de cinco en los más pequeños.

asalariados formales a enero de 2023 se habría visto incrementada hasta llegar a contabilizar unos 6,295 millones de trabajadores/as con empleo formal¹⁴. Las personas beneficiarias de jubilaciones o pensiones se acercan a los 7 millones (lo que representa un 45% de la población inactiva que se desprende de la encuesta realizada por el INDEC).

Aunque estos datos arrojan diferentes puntos para explorar, representan una aproximación estática; una fotografía de un momento determinado del mercado de trabajo actual. Cabe entonces preguntarse, adicionalmente: ¿cuál es la dinámica de crecimiento y decrecimiento de este trabajo asalariado dependiente? ¿Está reduciéndose o aumentándose el peso del asalariado dependiente en la estructura del empleo?

Estas preguntas resultan además relevantes para pensar las diferencias entre Latinoamérica y Europa. Algunos especialistas en el mercado europeo tienden a afirmar que el trabajo autónomo crece en momentos de crisis como una opción de salida relativa o temporal de un sector de trabajadores ante la dinámica de achicamiento del empleo; pero estos puestos se recuperan al compás de la reactivación económica¹⁵. Es decir, la crisis de la dependencia estaría determinada por la dinámica del crecimiento económico. Aunque puede ser útil para explicar el mundo europeo, esta descripción no pareciera terminar de cuadrar para el mundo del trabajo argentino ni latinoamericano. Es aquí —y en relación con este debate— donde comienza a ser relevante avanzar primero en la caracterización del polo opuesto al trabajo dependiente.

El trabajo autónomo suele definirse por exclusión al dependiente, en la mayoría de los países¹⁶. Es de difícil clasificación, pero cabe señalar que se integra con una porción muy relevante de trabajo precario, informal o marginal. En efecto, la autonomía incrementa la posibilidad de ser informal¹⁷. Al proceso de precarización del trabajo autónomo se lo describió como el vasallaje de la independencia¹⁸, idea-fuerza que remite a una falsa autonomía que esconde las dificultades que, en los hechos, implica el régimen del autoempleo.

Es de destacar que, en Argentina, la mayor parte del trabajo autónomo se explica por las personas inscriptas en el régimen del monotributo. Este sistema diseñado por la Agencia Federal de Ingresos Públicos (AFIP) tiene como fin unificar el conjunto de impuestos que una persona que ofrece bienes o servicios debe pagar, a los cuales se adicionan aportes jubilatorios y de salud (obras sociales). De los casi tres millones de no asalariados/as que existen en Argentina hoy, el 67% son monotributistas. Aunque es muy común, no debemos asociar automáticamente al monotributo con el empleo

14 Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS), *Panorama mensual del Trabajo Registrado. Datos de enero y febrero 2023*, Secretaría de Estudios y Estadísticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.

15 Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Madrid, 2018.

16 Goldin, A., "Las fronteras de la dependencia", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2001.

17 Espejo, A., *Informalidad laboral en América Latina: propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional*, CEPAL, Santiago de Chile, 2022, pág. 48.

18 Gálvez Pérez, T., "Para reclasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo", *Cuaderno de investigación n° 14*, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2001.

asalariado informal fraudulento. Puede que muchas personas inscriptas en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), que tributan al sistema de seguridad social, deban ser contabilizados a los efectos de dimensionar el empleo informal (por ejemplo, si están mal registradas, con un salario inferior al que les correspondería o al que en verdad perciben) pero no necesariamente lo serán todas. No es sencillo delimitar estos casos de aquellos otros casos en los que no es así.

La segunda categoría que explica la proporción de autónomos no es el régimen general, sino el monotributo social: el 19% de los autónomos son monotributistas sociales. El monotributo social es un régimen tributario subsidiado que permite “formalizar” la provisión de bienes o servicios de actividades reconocidas dentro de la economía social y popular, ofreciendo como contraprestación el acceso a una obra social y el ingreso al sistema jubilatorio. Las personas inscriptas no abonan la totalidad de los impuestos correspondientes, sino solo el 50% de lo que corresponde a la obra social. Existen ciertos requisitos para ingresar en este régimen tales como un tope de ingresos anuales, no ser propietario, realizar una actividad económica independiente o dependiente, pero con un sueldo por debajo del haber previsional mínimo, entre otras. Volveremos sobre este punto más adelante.

Como se ve, el binomio autónomo/dependiente ha quedado enormemente desdibujado en el mundo del empleo argentino. Por ello, es necesario pensarlo desde otras variables.

2.3. Un elefante en un bazar: el carácter estructural del empleo informal

2.3.1. Ciencias sociales e informalidad

Evidentemente, la informalidad no ha sido abordada suficientemente desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En cuanto a las ciencias sociales en general, comenzaron a prestar la atención debida a este fenómeno en forma bastante reciente. El recorrido de estos estudios sociales podría conceptuarse así: originalmente la sociología del trabajo hegemónicamente creía que “la gran empresa barrería con formas precapitalistas de producción y el proceso de proletarización casi se universalizaría con el desarrollo del capitalismo”¹⁹. No obstante:

“desde hace varios decenios el empleo en la industria en el mundo ha disminuido en favor de los servicios, las micro y pequeñas empresas en el tercer mundo no han tendido a disminuir, los trabajos precarios se han incrementado junto a la aparición de nuevas calificaciones; es decir, la importancia de los Trabajos no clásicos se ha incrementado”²⁰.

¹⁹ De la Garza Toledo, E. “Introducción: construcción de la identidad y acción colectiva entre trabajadores no clásicos como problema” en AA.VV. (De la Garza Toledo, E., coord.), *Trabajo no clásico, organización y acción colectiva*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2011, pág. 12.

²⁰ De la Garza Toledo, E. “Introducción: construcción de la identidad y acción colectiva entre trabajadores no clásicos como problema” en AA.VV. (De la Garza Toledo, E., coord.), *Trabajo no clásico, organización y acción colectiva*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2011, pág. 12.

La deuda es particularmente notable en la región latinoamericana teniendo en cuenta que nunca el trabajo “clásico” (industrial, estable, regulado) ha sido mayoritario de la población ocupada.

Un desafío inicial de las ciencias sociales ante el fenómeno de la informalidad fue el vinculado con el estudio de las capacidades y proyección del sujeto característico de la informalidad. Este era conceptualizado como carente de capacidades de identificarse como trabajador/a y construir acción colectiva, así como de identificar como “trabajo” su actividad. Otro estuvo marcado por la ampliación del concepto de trabajo, desde uno limitado al empleo asalariado²¹ a otro que abarcó lo “no-clásico” como la venta ambulante o el trabajo doméstico y de cuidados. A partir de estudios de caso, estos trabajos permitieron un avance en la descripción y conocimiento del mundo del trabajo regional.

A la ampliación del concepto de trabajo le sigue otro de sujetos laborales también ampliado que supere la centralidad de la relación capital-trabajo incluyendo la posibilidad de que exista identidad en los trabajos no marcados por esta relación, propia del empleo asalariado. En este terreno:

“los sujetos se pueden constituir en territorios y tiempos no laborales, aunque teniendo un pie, o una uña de vinculación con lo laboral ampliado. Puede ser el caso de movimientos de desempleados que no lucha por su reinstalación sino por la apertura de nuevas fuentes de empleo, su actividad e identidad no se conforman en torno a una relación laboral específica; su espacio y tiempo de protesta no es la empresa ni el tiempo de trabajo sino la calle, el barrio, la plaza pública. Detrás, aunque no de manera inmediata, están sus experiencias laborales, pero también en la familia, el barrio, el consumo; a veces, los sindicatos pueden ampliar su organización para incluirlos, pero ello no es necesario para que lleguen a realizar acciones colectivas; sus demandas no van en contra de un patrón en particular sino en contra de la sociedad de los ganadores”²².

En estos estudios el trabajo se compone de un objeto que puede ser material o inmaterial y que aparece revalorizado simbólicamente. También de una actividad que no solo implica lo físico y lo intelectual, sino que se relaciona con aspectos objetivos y subjetivos (interacciones y relaciones sociales) y cuyos límites dependen de las propias concepciones sociales y no de la naturaleza²³.

¿Cómo se mide la informalidad? Este es desafío al que se han abocado diferentes trabajos que podemos recuperar. Necesariamente, el impulso de estos enfoques tuvo su lugar desde pensamientos localizados en regiones subalternas (África y América Latina) y, en cierto sentido, desacompañados de la lógica de los países centrales. Pueden al menos señalarse dos procesos: por un lado, los trabajos

21 Para de la Garza Toledo la visión restringida al empleo asalariado se explica por la conjunción entre una mirada restringida promovida por la economía neoclásica y otra marxista, que ponía al trabajador asalariado en un lugar sino de exclusividad, al menos de privilegio.

22 De la Garza Toledo, E. “Introducción: construcción de la identidad y acción colectiva entre trabajadores no clásicos como problema” en AA.VV. (De la Garza Toledo, E., coord.), *Trabajo no clásico, organización y acción colectiva*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2011, pág. 20.

23 De la Garza Toledo, E. “Introducción: construcción de la identidad y acción colectiva entre trabajadores no clásicos como problema” en AA.VV. (De la Garza Toledo, E., coord.), *Trabajo no clásico, organización y acción colectiva*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2011, págs. 18-19.

de enfoque dualista que diferenciaban un sector moderno urbano de un sector rural atrasado y analizaron la incapacidad de las ciudades para dar oportunidades de empleo a todos, habilitando la noción de marginalidad. Por otro lado, los análisis desde la periferia o el “subdesarrollo” o el eje sur-sur, impulsados tanto por investigadores con miradas desde lo local (por ejemplo, los estructuralistas nucleados en la CEPAL/ILPES o en el) como por los trabajos estadísticos de la OIT que tuvieron que reformular las categorías de medición tradicionales desde su misión a Kenia en 1971²⁴.

Etimológicamente el término “informalidad” recoge esta historia: la idea de algo que está por fuera de la formalidad, entendida como “lo normal” o “lo correcto”. Esto es lo que observa la OIT en su misión en África en 1971: la mayor parte de la población no trabajaba en forma asalariada; expresión equivalente a que no cuentan con un empleo formal.

Al principio se conceptuaba la informalidad como un “sector”. Sin embargo, fue modificándose esta idea dando paso a una noción más amplia. Aparecieron así el empleo informal y, actualmente, la economía informal. En el año 2013, la OIT recopiló distintas formas de medir la informalidad en un manual estadístico que explica la persistencia e importancia de esta categoría a la vez que determina el carácter global y sistémico de la informalidad:

“el sector informal sigue siendo una de las fuentes principales de empleo, si no la principal fuente de empleo en muchos países del mundo. Está compuesto de pequeñas empresas o de empresas por cuenta propia, con poca o ninguna organización formal o capital, y con empleo informal. En los países de Europa del Este y de Asia Central, el sector informal representa una parte importante de la economía... tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, el sector moderno o formal se está transformando en virtud de la globalización y de los cambios en las políticas económicas”²⁵.

2.3.2. Informalidad desde las estadísticas latinoamericanas

A nivel latinoamericano, según la CEPAL y la OIT, la tasa media de informalidad venía en aumento y representaba al 54,6% de la fuerza de trabajo de hombres y al 56,4% de la fuerza de trabajo de las mujeres. Es decir que más gente dependía de los ingresos generados por un trabajo “no formal” que las que viven de un empleo asalariado. Esta situación se pronosticaba como una tendencia continuada²⁶. Asimismo, la economía informal explicaba la mayor parte de los puestos de trabajo generados, mientras que el empleo —asalariado formal— profundizaba las tendencias preexistentes de deterioro y precarización²⁷.

24 Neffa, J., “La crisis de la relación salarial: Naturaleza y significación del trabajo precario y del trabajo no registrado”, *Documento de Trabajo*, CEIL-PIETTE (CONICET), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, págs. 71-73.

25 OIT, *La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal*, OIT, Ginebra, 2013, pág. 3.

26 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), “El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2020 y CEPAL/OIT, “Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19”, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2021.

27 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), “El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2020, pág. 15.

La pandemia del COVID-19 puso de manifiesto, a nivel estadístico, la gravedad de la dinámica fluctuante del empleo informal, ya que este se contrajo aún con mayor intensidad que el empleo asalariado, que gozó de mayores y mejores niveles de protección²⁸.

En la recuperación de la pérdida de puestos de trabajo que siguió a la pandemia, el crecimiento de trabajo por cuenta propia fue menor que el del empleo asalariado a nivel continental. Sin embargo, el autoempleo fue más relevante (y notable en algunos países como Argentina) dada su mayor importancia relativa dentro del empleo total²⁹. En la novel publicación de Coyuntura Laboral en Argentina se resalta que el “crecimiento en el empleo total registrado estuvo impulsado por personas independientes monotributistas, asalariadas del sector público e independientes del monotributo social”³⁰. A su vez, en las últimas estadísticas del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación publicadas, elaboradas a partir de datos del SIPA, se muestra con claridad que la recuperación del empleo está fuertemente impulsada por el trabajo calificado como autónomo³¹.

2.4. Recapitulación: una breve caracterización de la crisis de la dependencia para América Latina

La llamada crisis de extensión de la dependencia tiene como correlato, además de las transformaciones productivas del sistema capitalista descritas, las dificultades que el derecho del trabajo viene enfrentando para resistir y ampliar las fronteras de su imperio protectorio. Estas técnicas jurídicas protectorias muchas veces se transforman en armas de cartón ante las diversificadas técnicas jurídicas de la transformación del capital.

Al preguntarnos por la dinámica de crecimiento y transformación del empleo en América Latina y en Argentina, acudimos a un panorama bastante más complejo de lo que *a priori* podríamos imaginar ya que el empleo autónomo puro no se presenta como la única válvula de escape del sistema de empleo formal.

Como hemos visto, la informalidad es un fenómeno estructural de nuestro mundo del trabajo, afectando la división clásica entre dependencia y autonomía. Esto no solo por las estadísticas actuales ya repasadas sino también porque, en la historia reciente, se ha echado por tierra el argumento según el cual el mejoramiento general de la economía y la redistribución del ingreso operarían como solución semiautomática. Lo cierto es que la informalidad como fenómeno persistió también durante

28 CEPAL/OIT, “Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19”, *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2021, pág. 16.

29 CEPAL/OIT, “Empleo joven y transición a la formalidad laboral”, *Coyuntura laboral en la Argentina*, CEPAL/OIT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 12.

30 CEPAL/OIT, “Empleo joven y transición a la formalidad laboral”, *Coyuntura laboral en la Argentina*, CEPAL/OIT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 15.

31 MTEySS, *Encuesta de Indicadores Laborales*, Secretaría de Estudios y Estadísticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.

períodos de crecimiento económico y disminución de la desigualdad³² desinsaculando las tesis deterministas mencionadas previamente, basadas sobre todo en una mirada desde Europa para Europa.

En el marco del estudio de la informalidad existen elementos muy relevantes que constituyen la especificidad del panorama local: la prolongación y el impacto de la crisis económica, la dinámica expansionista sostenida del empleo por cuenta propia y su impacto en el crecimiento de la ocupación, la capacidad de organización y demanda de las organizaciones de trabajadores/as, el peso de la informalidad en el mercado de trabajo, entre otros puntos.

Todo lo que se viene desgranando del marco protectorio del trabajo formal dependiente cae, sobre todo, en la informalidad sea esta autónoma o dependiente encubierta. Este conjunto tensiona enormemente nuestra disciplina ya que se encuentra al margen del marco jurídico del derecho del trabajo, aunque se relaciona con aquel, y acude especialmente al sistema de seguridad social y a las políticas de empleabilidad, de difícil implementación y escaso éxito.

3. ECONOMÍA POPULAR

3.1. Orígenes de la *economía popular*

La *economía popular* es autoconcebida como una respuesta política, social y organizativa ante el carácter estructural de la informalidad en Argentina.

Las organizaciones de la *economía popular*³³ emergen en los años 90, a partir de movimientos de desocupados que utilizaban métodos de lucha diversos (sobre todo piquetes) como forma de protesta social y mecanismo de interpelación de autoridades estatales. La persistencia y de estos métodos y de estas organizaciones, habiendo transitado períodos históricos de mejora en los indicadores

32 Pensemos por ejemplo en la reducción del coeficiente de Gini en Argentina que es un indicador global de igualdad y distribución de ingresos, y que alcanzó niveles récord en nuestro país en 2014, contra las diferentes mediciones de la informalidad que se realizaron durante aquel año. Ver Bertranou, F. y Casanova, L., *Informalidad laboral en Argentina: Segmentos críticos y políticas para la formalización*, Oficina del país para la OIT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

33 Las organizaciones de la economía popular son diversas y amplias, casi tanto como las del mundo sindical. Algunas derivan (o se vinculan) de las experiencias partidarias o sociales preexistentes. Sobre todas, destaca la mayoritaria, que ha logrado más nivel de unidad, centralidad y organicidad en la representación de los intereses de este colectivo: la Unión de Trabajadores de la Economía Popular (UTEP), ex Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP). De sus escritos y producciones están tomados los fundamentos que sirven de base para la redacción de este apartado del texto ya que constituyen el principal insumo sobre la cuestión. Sin embargo, afortunadamente la bibliografía sobre la economía popular que se encarga de estos aspectos viene en aumento. Para profundizar puede verse Gago, V., "Diez hipótesis sobre la economía popular (desde la crítica a la economía política)", *Nombres. Revista de Filosofía*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016; Sorroche, S. y Schejter, M. R. "'Sigo siendo el mismo de siempre': Imágenes de la clase obrera argentina en la construcción de la Unión de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (UTEP)", *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo*, CEIL-CONICET, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021; Muñoz, M. A. y Villar, L. I. "Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)", *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017; Tagliafico, J.P., "Las fronteras de los residuos: tres movimientos para comprender la actualidad de los cartoneros en la ciudad de Buenos Aires", *Revista de Estudios Sociales*, UNL, Santa Fe, 2022.

de empleo y redistribución del ingreso³⁴, refuerzan el carácter estructural de la transformación del mundo del trabajo y constituyen uno de los argumentos principales de estos colectivos.

Los escritos que permiten analizar este camino y estudiar los fundamentos principales de la *economía popular* y su organización mayoritaria, la Unión de Trabajadores de la Economía Popular (UTEP), no son muchos ni muy antiguos, pero dejan ver algunas concepciones relevantes.

En el eje que nos interesa trabajar, la UTEP disputa la caracterización de un mundo del trabajo: “El trabajo asalariado ha dejado de ser la relación social predominante del sistema capitalista”³⁵. Este es el punto de partida para la fundamentación de la nueva organización. Según afirman:

“Al menos dos generaciones de argentinos no conocen la vida de la empresa, la fábrica, el taller; nunca gozaron de un sueldo digno, vacaciones, aguinaldo, obra social³⁶, ni un sindicato que los proteja de los abusos. No conocen el concepto de huelga porque nuestra lucha está en las calles y las rutas, en las fábricas quebradas y tierras ocupadas”³⁷. Por ello, afirman que la “contradicción principal” de la sociedad se ha modificado: “están los que caben y los que sobran” configurándose una situación de injusticia social definida como reparto desigual de bienes, tareas, poder y reconocimiento dentro de la sociedad³⁸.

¿Dónde se organizan “los que sobran”? Siembre desde la perspectiva de estos textos, se inventaron su propio trabajo, desde revolver la basura o la venta ambulante, hasta el reciclado urbano; desde los manteros y “ferieros” hasta la mensajería o la agricultura; desde changas y fletes a la producción local o familiar. Son múltiples y diversas actividades, englobadas en la noción de *economía popular*.

Como rasgo distintivo, según se señala, los medios de producción de esta economía están en manos de sus protagonistas lo que se conceptualiza como una base alentadora para “erradicar las tendencias patronales” y apoyarse en los valores de solidaridad, comunitarismo, fraternidad e integración social³⁹. No obstante, se reconoce que muchas actividades populares integran cadenas de valor de grandes empresas, inclusive de las financieras⁴⁰ produciendo una explotación indirecta que termina con la reapropiación del trabajo por el mercado capitalista⁴¹.

34 Natalucci, A. y Llamas, G., “Debates actuales sobre las organizaciones sociales, los sindicatos y la política”, *Cuestión Urbana*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

35 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 5.

36 Las obras sociales son sistemas específicos de salud existentes en Argentina cuya particularidad es que se encuentran a cargo de asociaciones sindicales.

37 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 5.

38 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 18.

39 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 7.

40 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 6.

41 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 23-24.

Según se detalla, esta organización difiere de la producción capitalista en la medida en que no está destinada a la utilización de medios de producción y fuerza de trabajo para la generación de capital y ganancia, sino que se trata de la combinación de la fuerza de trabajo con los “medios populares de producción” guiados con el fin de obtener una vida digna y realizar un aporte social-comunitario. Esto genera -siempre desde el punto de vista de los autores- una “productividad alternativa” a la capitalista, no asociada con aumentar la rentabilidad sino con garantizar las necesidades sociales y la vida digna. Estas unidades no son capaces de competir con los capitalistas, de allí que el objetivo de las organizaciones de la *economía popular* sea “lograr que el Estado les saque dinero a los capitalistas a través de los impuestos y que con esos ingresos subsidie nuestra *economía popular* —que le da trabajo a tantos millones de personas— para que este trabajo sea digno y no de mera subsistencia”⁴². Es el estado entonces el que debe interceder y asumir los costos de esta producción respecto a la mano de obra (salario social) y los medios de producción (materiales, maquinaria e infraestructura).

La UTEP se considera parte de la lucha del movimiento obrero y de los sindicatos en general, conceptualizando su recorrido como parte de su propia historia⁴³. Sin embargo, señalan que actualmente la clase trabajadora se encuentra fragmentada generando desigualdades en su interior en función del sector de la economía a la que estén asociados. La precarización del trabajo se reconoce como característica común, visible en todos los estratos y los sectores (incluyendo el empleo público). El rasgo distintivo de los trabajadores de la *economía popular*⁴⁴ no es entonces el no tener un ingreso formal o regular, ni tampoco la precariedad de sus puestos de trabajo, sino la ausencia de empleador/patrón y de sindicatos que podrían ejercer su defensa⁴⁵.

¿Cuáles son los principios que deben guiar a las organizaciones de la *economía popular*? Para los autores deben ser masivas, disciplinadas, democráticas (o “basistas”) y que sirvan al pueblo⁴⁶. Rescatan la necesidad de constituir sindicatos fuertes y centralizados, reconociendo que si hay diferencias en relación con las conducciones deben discutirse internamente y no a través de la formación

42 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 79.

43 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 13-15. Estos rasgos se abordan también en Muñoz, M. A. y Villar, L. I. “Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)”, *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

44 Definida como “los procesos económicos inmersos en la cultura popular, basados en medios de trabajo accesibles y al trabajo desprotegido” en Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 33.

45 Se expresa en estos términos: “En definitiva, somos informales, precarios, externalizados y de subsistencia. Somos trabajadores excluidos de los derechos y de las instituciones, nadie se responsabiliza por nosotros y nuestras unidades económicas no pueden garantizarnos condiciones dignas y estables de trabajo” (Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 32). Conforme lo explican en la publicación, por precarizado se entiende al que se encuentra desamparado de derechos laborales. Por informal, se entiende a quienes no son reconocidos por el Estado. Externalizados son aquellos que no cobran un salario, ni aportan al sistema previsional. Por último, con infra capitalizados se busca sostener la insuficiencia de herramientas para producir.

46 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 64-65.

de otros sindicatos, puesto que esta división “va en contra de los intereses de la clase”⁴⁷. Todos estos principios están tomados de la historia de organización del sindicalismo, de la cual se recogen a modo de hito sus conflictos y huelgas nacionales e internacionales: los mártires de Chicago, las costureras del 8 de marzo, el 17 de octubre, la huelga del frigorífico Lisandro de la Torre, la huelga general a la dictadura de 1979⁴⁸.

3.2. *Economía popular*: hacia un régimen jurídico

Más allá de la historia autoconcebida de las organizaciones de la *economía popular* y sus construcciones discursivas explicativas del contexto: ¿qué avances han logrado en el campo del derecho que pueden ser relevantes para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social?

Como señalamos en la introducción, el régimen jurídico de la *economía popular* no pareciera ser de fácil clasificación por la multiplicidad de regulaciones y la diversidad de fuentes. En efecto, se trata de un conjunto de leyes y disposiciones administrativas pertenecientes a diferentes ministerios (sobre todo la cartera laboral y la de desarrollo social) y jurisdicciones (local, nacional) mucho más parecidas a las regulaciones del mundo del trabajo en la etapa de autonomización disciplinar durante la primera mitad del siglo XX que al actualmente consolidado —aunque cambiante— mundo jurídico de las relaciones laborales actuales. Aunque sea desafiante y complejo, creo que es posible y, sobre todo, necesario proponerse escribir un ordenamiento del régimen jurídico de la *economía popular*, por varias razones⁴⁹.

Teniendo siempre en miras que el presente se trata de un trabajo heurístico, apenas ofreceremos algunas claves que coadyuven a presentar el desafío que presentan estas normas para nuestra disciplina.

3. b. I. Hacia una definición del conjunto: ¿quiénes integran la *economía popular*?

En primer lugar, es menester fijar criterios de pertenencia determinativos del alcance del marco jurídico y los sujetos comprendidos en él.

En términos discursivos e identitarios los alcances de los sujetos que integran la *economía popular* son bastante amplios. De los textos disponibles se desprende que se han integrado bajo esta

47 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 68.

48 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, págs. 143-145.

49 En primer lugar, la urgencia y acucia del escenario de la informalidad previamente repasado, al que se agrega la pujanza y dinamismo que este actor le propone al mundo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En segundo lugar, porque ya existe un conjunto de normas destinadas a regular la economía popular que han sobrevivido a gobiernos de distinto signo político en Argentina, y en algunos casos han alcanzado consensos sustanciales a nivel partidario (como la Ley de Integración Sociourbana de Barrios Populares). Ergo, el carácter que algunos podrían denominar incipiente o novedoso del fenómeno no obsta su indiscutible efectividad y avance. Finalmente, este trayecto analítico ya ha sido inaugurado por sus propios protagonistas, lo que sienta las bases para una elaboración que proponga una discusión en clave científica, jurídica y de políticas públicas.

categoría aquellos que, excluidos del mercado formal, se han inventado su propio trabajo para su subsistencia. Las actividades comprendidas van desde aquellas que coexisten con las que habitualmente se realizan en relación de dependencia del empleo privado o en el empleo público hasta pequeñas producciones en formato cooperativo, incluyendo trabajos típicamente autónomos como algunos oficios⁵⁰. Se mencionan puntualmente la pequeña producción y comercialización agrícola (quinteros, pequeños chacareros, ferieros); la recolección, reciclaje y tratamiento de residuos; la venta ambulante o callejera; el transporte, mensajería y flete; pequeños trabajos de reparación; cooperativas o pequeños emprendimientos de producción de alimentos o textiles; entre otras.

El conjunto complejo de actividades que el proceso de organización política y autoafirmación identitaria de las organizaciones de la *economía popular* permitió englobar presenta desafíos para el desarrollo de una política generalista para el sector a la hora de pensar un marco jurídico que las regule desde el derecho del trabajo. En otras palabras, todo lo que queda comprendido dentro de las organizaciones de la *economía popular* no es equiparable en términos jurídicos y amerita diferenciaciones.

En primer lugar, solo parcialmente puede comprenderse el conjunto desde el paradigma de la dependencia que caracteriza al empleo formal. Apenas algunos casos realizan actividades típicamente encuadrables en regímenes de laboralidad vigentes sean estos el común (Ley de Contrato de Trabajo) o algunos especiales regulados por estatutos (trabajo en casas particulares, construcción, trabajo agrario).

Será más claro el punto si recuperamos algunos datos disponibles. Estos surgen del trabajo que las organizaciones de la *economía popular* han desarrollado, en el marco de fuertes demandas de reconocimiento, y que tuvo un punto de inflexión al desarrollarse el Registro Nacional de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (RENATEP). Se trata de una política pública necesaria en tanto permite dar cuenta de la composición del conjunto, las características de su población, sus formas de organización, distribución territorial y actividades⁵¹.

A noviembre de 2022, último informe publicado al momento en que redacto estas líneas, las actividades principales de la *economía popular* fueron: servicios personales (35%); servicios socio-comunitarios (27,7%)⁵²; comercio popular y trabajos en espacios públicos (11,8%); construcción e infraestructura social y mejoramiento ambiental (8,4%); agricultura familiar y campesina (8,2%); recuperación, reciclado y servicios ambientales (4,1%); industria manufacturera (3,6%); y transporte y almacenamiento (1,2%). Dentro de las ocupaciones denunciadas, que no escapan a la lógica de la fe-

50 Muñoz, M. A. y Villar, L. I. "Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)", *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017

51 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (MDSN), *Hacia el reconocimiento de las trabajadoras y los trabajadores de la economía popular*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.

52 Dentro de los cuales el 64,8% son trabajadores/as de comedores y merenderos y el 21,6% han sido clasificados en una categoría denominada "otros", sin aclaración. En esta categoría, la mayor parte de los registros han indicado desempeñarse en una organización social o comunitaria.

minización típica del empleo asalariado formal⁵³, aparecen trabajadores/as de comedores y merenderos (26,2%); servicios de limpieza (11,4%); agricultores/as (6,6%); vendedores/as ambulantes (4,5 %); y albañiles/durleros (4%). Salvo en algunas categorías específicas, la mayor parte de las personas registradas indicaron que trabajan en su domicilio.

En cuanto a la cantidad de personas inscriptas en este registro, el último informe disponible contabilizó casi tres millones y medio de personas (3.457.669) de las cuales el 58% eran mujeres, y el restante varones. A su vez, el 62,5% tenían entre 18 y 35 años, siendo la edad promedio registrada de 33,8 años. Más de la mitad (60,6%) no había finalizado el secundario. Aunque se trata de un fenómeno que cuenta con registros en las veinticuatro jurisdicciones de la Argentina, la provincia de Buenos Aires contenía al 35,8% de los/as registrados/as⁵⁴.

Así queda definido un conjunto de enorme heterogeneidad, que muestra, por sí solo, las serias dificultades de implementación que tendría la aplicación automática del régimen actual de empleo asalariado que, además, los excluye explícitamente⁵⁵. En muchos casos, no existe siquiera un sujeto empleador y, en otros, el beneficiario final del servicio o bien es el propio Estado.

Esta situación no descarta *per se* soluciones de formalización parcial, aunque nos impone revisar caso por caso para analizar la compatibilidad con los regímenes jurídicos vigentes. Como sea, y mientras tanto, este es el conjunto de integrantes de la *economía popular* definido a nivel estatal y sobre el cual pretenden actuar las regulaciones vigentes.

3. b. II. *Economía Popular* y reconocimiento del sujeto colectivo

Definido este conjunto, el segundo desafío está vinculado con la posibilidad de reconocerle diferentes derechos colectivos ya acordados al sujeto trabajador asalariado: sindicalización, negociación colectiva, huelga, composición.

Las características distintivas de los trabajadores de *economía popular* son la fundamentación para la constitución de una suerte de central o confederación a cuyo interior funcionan “ramas” u

53 El informe señala que “el caso de las tareas de cuidados, los servicios de limpieza, las ocupaciones vinculadas a cuestiones estéticas como peluquería, cosmética, etc. También de quienes se dedican a la indumentaria y textil y desarrollan tareas de promoción contra la violencia de género, que son en su inmensa mayoría mujeres (alrededor del 86%). Por el contrario, las ocupaciones relacionadas a la construcción, transporte, seguridad y reparación de objetos y electrodomésticos concentran una gran mayoría de varones (alrededor del 90%)” (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, *Principales características de la economía popular registrada*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 15).

54 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, *Principales características de la economía popular registrada*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022. En otros informes se ha sostenido que la *economía popular* representa el 20% de la población económicamente activa, con un total aproximado de 3,8 millones de personas (ver Martínez, C., Cappa, A. y Blasco, F., *La cobertura de seguridad social en la economía popular en la Argentina*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung (FES) y OCEPP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, págs. 19 y 20).

55 La regulación de la personería social reconocida a las asociaciones de la *economía popular* los excluye el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo. Ver Serén Novoa, G., *Interés colectivo y sindicato (una crítica al Modelo Sindical Argentino)*, tesis de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2022.

“oficios” que conforman la organización, con cierta autonomía para negociar cuestiones particulares de cada una. Esta gran confederación o unión debe agruparse en una “central sindical con todos los trabajadores para lograr la unidad entre trabajadores formales y trabajadores de la economía popular”⁵⁶ siendo la Confederación General del Trabajo (CGT) la elegida a estos fines.

Internamente esa central o confederación de trabajadores/as de la *economía popular* está conformado por un cuerpo de delgados/as y un secretariado, que ejerce la dirección general, coordinación y representación. Estas figuras se condicen con las previstas para las asociaciones sindicales del trabajo formal conforme la ley 23551 (arts. 17 y 40). Así, la forma sindical que adopta la UTEP es similar a la tradicional⁵⁷.

Las particularidades aparecen en relación con otros aspectos. Por un lado, lo vinculado con la organización económica, en la medida en que muchas de las actividades comprendidas en la *economía popular* requieren de la organización en cooperativas de trabajo y pequeñas unidades productivas para garantizar su subsistencia. Los objetivos de estas unidades son dos: garantizar un ingreso digno y aportar un producto o servicio comunitario⁵⁸.

Por otro lado, y vinculado con lo anterior, la traducción concreta de esta idea al campo reivindicativo difiere relativamente de las demandas clásicas, atendiendo a las particularidades del caso: se exige una “paritaria social” y el pago de un “salario” (a cargo del Estado) que complemente los ingresos derivados de la actividad de las unidades productivas populares. Esta lucha es, en última instancia, una demanda primero de reconocimiento y luego de redistribución de la riqueza que se caracteriza por su gran heterogeneidad⁵⁹.

Las demandas de reconocimiento de las organizaciones de la *economía popular* devinieron en regulaciones específicas. A través de la resolución 1727/2015 del MTEySS se creó el Registro de Organizaciones de la Economía Popular y Empresas Autogestionadas⁶⁰. Desde allí el Estado argentino reconoce, registra e incluye a todas las entidades representativas de los/as trabajadores/as de la *economía popular* y de las empresas recuperadas o autogestionadas, como así también aquellas organizaciones sin fines de lucro reconocidas en el ámbito provincial o nacional que se dediquen a la implementación y gestión de políticas públicas en materia social debidamente documentadas.

56 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 70.

57 Muñoz, M. A. y Villar, L. I. “Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)”, *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

58 Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 78.

59 Muñoz, M. A. y Villar, L. I. “Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)”, *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

60 La norma nunca fue publicada y sufrió cuestionamientos en torno a su alcance y eficacia. Por ello, en el año 2016 se saneó esta circunstancia con la sanción de la resolución 32/2016, que ordena el texto del año 2015 y modifica algunas disposiciones.

En esencia, esta norma busca instaurar en la Argentina un régimen de derecho colectivo para las organizaciones de la *economía popular*. Reconoce un nuevo sujeto sindical, al que le otorga una personería especial, denominada social, diferente a las vigentes en el ámbito del trabajo formal (personería gremial y simple inscripción). Como bien afirma Serén Novoa: “negar el carácter sindical a estas entidades solo podría hacerse desde el binarismo prototípico autónomo-dependiente o desde un anquilosamiento en el modelo normativo infra constitucional que considere a este como fundamento, ya no contingente, sino axiomático”⁶¹.

Detengámonos brevemente en la caracterización de la normativa. En las consideraciones del acto administrativo se lee la siguiente motivación:

“resulta obvio entender que como resultado de procesos históricos y económico sociales la llamada Economía Social, o Economía Popular es un fenómeno notorio de los últimos 30 años que con sus complejidades reúne distintas características desde formas nuevas y sui generis respecto de la realidad sociolaboral histórica de nuestro país hasta trabajo autogestionado, todas ellas sin un reconocimiento legal aún que haya emanado del Congreso Nacional”⁶².

Por lo novedoso, fue conceptuada como “la carátula de un nuevo libro de derecho laboral, un tomo más en la extensa historia jurídica del movimiento obrero argentino e internacional que espera llenar sus páginas de doctrina, jurisprudencia y normativa”⁶³.

El elemento esencialmente novedoso de esta norma es la creación de la personería social. Por ello se entiende al reconocimiento, por parte del MTEySS, de la existencia, funcionamiento, ámbito de actuación personal y territorial, capacidad y representación de las organizaciones de la *economía popular*.

Previo a obtener la personería social, estas organizaciones deben gozar de personería jurídica, tramitada ante la jurisdicción que corresponda, a diferencia de los sindicatos que adquieren personería jurídica con su inscripción (art. 23 de la ley 23551). Asimismo, las facultades de control y contralor se encuentran delegadas en los organismos encargados de las inspecciones de las sociedades civiles y comerciales en general, y no en el Ministerio de Trabajo.

61 Serén Novoa, G., *Interés colectivo y sindicato (una crítica al Modelo Sindical Argentino)*, tesis de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2022, pág. 160.

62 Resolución 32/2016 del MTEySS

63 Grabois, J., “La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular”, *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Rubinzal – Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

El artículo 8 del decreto regula las facultades de las organizaciones inscriptas⁶⁴. Como puede observarse de su lectura, la norma se inspira en las facultades reconocidas a las asociaciones sindicales. En particular, representar los intereses de sus afiliados/as (promoviendo mejoras en su situación), peticionar a las autoridades y colaborar con ellas en el diseño e implementación de programas, promover la capacitación del conjunto representado, designar autoridades y someterse a mecanismos de resolución de conflictos. La normativa prevé también mecanismos para actuar en caso de verificarse una situación de pluralidad de entidades en el que se indica que se resolverá conforme a criterios de representatividad, aunque no se aclara cuáles son dichos criterios.

Adviértase que la norma no establece un régimen de negociación colectiva, aunque este puede inferirse de la combinación entre la facultad de representación y petición allí contenida. Para pensar en establecer mecanismos de negociación, cabría recuperar la pregunta: ¿con quiénes negocian los trabajadores de la *economía popular*? Basándonos en las propias fuentes de la *economía popular*, estas organizaciones incluyen tanto al sector público, en sus distintos niveles, como también al sector privado. Es decir, podría pensarse *a posteriori* en una regulación que complemente la presente contemplando diversos formatos y niveles de negociación contenidos dentro de la estructura.

Cierto es que se traduce esta normativa en una suerte de bilateralización con el Estado⁶⁵. Sin embargo, creo que el Estado debe conceptuarse como un interlocutor privilegiado, pero no exclusivo. En efecto, no creo que quepa afirmar que sea el único posible ya que la normativa no veda la posibilidad de incluir otros actores que mantienen con estas organizaciones diversos vínculos. Para ejemplificar, puede pensarse en una negociación en torno a la interpretación, alcance o cumplimiento de los acuerdos realizados por estas organizaciones con otras sindicales⁶⁶.

64 En concreto el decreto determina las siguientes: a) proponer ante los organismos competentes formas de regulación laboral y protección social que contemplen la especificidad de su problemática; b) promover la incorporación de sus representados en el sistema previsional, según las modalidades establecidas o que oportunamente establezca la legislación en la materia, teniendo en cuenta su especial situación de laboral; c) promover los servicios asistenciales de sus representados en el marco de la legislación vigente en la materia; d) Promover la educación general y la formación profesional de los integrantes de la economía popular y de las empresas recuperadas y/o autogestionadas; e) Colaborar, a requerimiento de los organismos estatales competentes, en el perfeccionamiento de la legislación aplicable y el diseño de programas dirigidos a los integrantes de la economía popular y de las empresas recuperadas y/o autogestionadas; f) solicitar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la implementación de mecanismos voluntarios de solución de conflictos en el ámbito de sus competencias; g) participar en foros de debate vinculados a su situación; h) Designar representantes para el desempeño de las funciones previstas en los incisos precedentes

65 Serén Novoa, G., *Interés colectivo y sindicato (una crítica al Modelo Sindical Argentino)*, tesis de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2022, pág 160.

66 Entre ellos, podría discutirse el acuerdo entre Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal (SUTERH) y la Federación Argentina de Cartoneros que importa la recolección de residuos reciclables en edificios de vivienda urbana. Un cuadro que clasifica las instancias públicas de negociación en el periodo 2011-2017 se puede observar en Muñoz, M. A. y Villar, L. I. "Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)", *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

Finalmente, corresponde apuntar algunas diferencias relativas al conflicto colectivo, en tanto el clásico método sindical —la huelga— se presenta como inefectiva en la mayoría de los casos de la *economía popular*, precisamente por la ausencia de un empleador directo. En contrario, el piquete aparece como el mecanismo de protesta predilecto dado el interlocutor estatal privilegiado. El piquete no es conceptualizado como un mero recurso político, sino como un mecanismo de reclamo de *ultima ratio* y en el marco de una negociación. Presenta, así planteado, similares características que las de la huelga para un sindicato, en el marco de un proceso de negociación colectiva, pero importa desafíos a las normas destinadas al control del espacio público y la protesta social.

Sobre estos últimos puntos (conflicto y negociación) cabe señalar que la resolución que regula a la *economía popular* establece la posibilidad de acceder a mecanismos voluntarios de solución, lo que marca una diferencia respecto de otros vigentes en el derecho nacional para las organizaciones sindicales del empleo dependiente (Ley 24635 de Conciliación Obligatoria Previa).

En suma, puede señalarse con claridad que la personería social no convierte a estas organizaciones en asociaciones sindicales *stricto sensu*. Sin embargo, enfatiza el carácter de asociaciones colectivas de personas humanas que trabajan y otorga un marco jurídico para su actuación y su interacción con el Estado como interlocutor privilegiado. En otras palabras, existe un régimen de derecho colectivo de las organizaciones de la *economía popular*, aunque no sea correcto hablar de “equiparación” de este al régimen del trabajo dependiente regulado por la Ley de Asociaciones Sindicales.

3. b. III. Seguridad social y economía popular

Muchas personas que se agrupan en la *economía popular* contribuyen al régimen previsional y acceden al beneficio jubilatorio, aunque en peores condiciones que las del régimen general⁶⁷. Asimismo, resultan beneficiarios de programas de asistencia de diversa índole, entre las que cabe señalar el acceso a la salud, alimentación, apoyo económico, asignaciones familiares, entre muchos otros. El peso de la seguridad social en el nivel salarial de este conjunto de la informalidad laboral es muy relevante.

En primer lugar, debemos mencionar que el 10,6% de los/as trabajadores/as inscriptos/as en el RENATEP (aproximadamente 366.000 personas) están registrados/as. De este conjunto, el 10% se encuentra adherido al monotributo social, mientras que el resto se distribuye entre las categorías A y D del régimen simplificado de monotributo. Es decir, poco más de 1 de cada 10 personas inscriptas en el RENATEP se encuentran formalizadas⁶⁸. A pesar de ser bajo a niveles porcentuales, se trata de un conjunto de aportantes relativamente significativo al sistema previsional.

67 Martínez, C., Cappa, A. y Blasco, F., *La cobertura de seguridad social en la economía popular en la Argentina*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung (FES) y OCEPP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

68 Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, *Principales características de la economía popular registrada*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

Se han desarrollado diversas políticas públicas destinadas al conjunto que integra la *economía popular* con el objetivo de mejorar su situación de ingresos y que pueden inscribirse dentro del derecho a la seguridad social⁶⁹.

En efecto, dentro del conjunto de actualizaciones normativas de las que el mencionado informe dio cuenta se encuentra el programa “Potenciar Trabajo” (resoluciones 121/2020 y 285/2020 del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación). Se trata de un programa que unifica otros preexistentes: Hacemos Futuro y Salario Social Complementario. El primero se trata de un conjunto de subsidios o créditos para la ejecución de proyectos socioproductivos, sociocomunitarios o sociolaborales (art. 9 de la resolución 285/2020). El segundo, consiste en una prestación económica individual, de percepción periódica y duración determinada⁷⁰ equivalente, en monto, a la mitad de un salario mínimo, vital y móvil. Esto refuerza el interés y la interacción de las organizaciones de la *economía popular* con las del sindicalismo tradicional que integra el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil (también conocido como Consejo del Salario) donde se acuerda este monto.

Según lo indica la normativa, está destinada a mejorar los ingresos de las personas que se encuentren en situación de alta vulnerabilidad social y económica y se abona en función de la contraprestación realizada por cada titular del Programa en las líneas previstas. Estas contraprestaciones son denominadas “prácticas calificantes”, y buscan el mejoramiento de la empleabilidad de los/as beneficiarios, pudiendo durar entre cuatro y seis horas diarias.

El salario social complementario es compatible con otras prestaciones de la seguridad social⁷¹. También los/as beneficiarios/as pueden continuar percibiendo prestaciones de carácter alimentario y trabajando en forma independiente, encontrándose inscriptos en el monotributo social, o en la categoría inicial del régimen simplificado o bien bajo el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Entre las incompatibilidades la norma aclara un conjunto de elementos tales como no tener un empleo registrado, no haber accedido a la jubilación, no ser beneficiario de una pensión por invalidez, entre otras.

Es requisito para percibir el salario social el estar inscriptos en el RENATEP y acreditar la inscripción y cursada en la educación formal obligatoria.

69 Algunas de ellas fueron resaltadas en el Informe Regional que elaboramos con la Comisión de Jóvenes Juristas de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social para el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del año 2022 publicado en el Dial. Esto fue así dado el carácter novedoso de esta protección y el hecho de haberse profundizado en el contexto de pandemia. Ver Arcaro, S. et al., “Informe Regional de la Comisión de Jóvenes Juristas de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social para el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, *Eldial.com*, Editorial Albrematica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

70 De conformidad con el art. 1.a de la resolución 285/2020

71 Tales como la Asignación Universal por Hijo, la Asignación Universal por Embarazo para Protección Social y otras prestaciones económicas o materiales de naturaleza habitacional y/o de protección familiar otorgadas por el Estado a nivel nacional y subnacional.

Asimismo, el desarrollo del programa fomenta la regularización en el régimen de monotributo social. Conforme el artículo 13 de la resolución 285/2020:

“Los/as titulares del Programa que desarrollen actividades vinculadas a la economía social, podrán optar por inscribirse al Régimen de Monotributo Social teniendo así la posibilidad de emitir facturas, acceder a las prestaciones de las obras sociales del sistema nacional de salud, e ingresar al sistema previsional y ser proveedores del Estado. El Ministerio de Desarrollo Social, en estos casos, realizará los pagos correspondientes al cien por ciento de este impuesto, para contribuir al fortalecimiento los proyectos vinculados al desarrollo local y la economía social, permitiéndoles participar en la economía en igualdad de condiciones y así promover la inclusión social”.

Esto implica que, en la escala de ingresos bajos, promueve el acceso a un conjunto de prestaciones asociadas a la registración posible, como lo son la obra social y la jubilación.

El impacto de esta política no es menor, aunque todavía no ha logrado abarcar al conjunto de inscriptos en el RENATEP. En concreto, según datos del Estado Nacional el 28,3% de los/as inscriptos/as en el RENATEP percibe este programa, lo que equivale a aproximadamente un millón de personas⁷².

4. CONCLUSIÓN

La informalidad es un fenómeno muy relevante y estructural de nuestro mundo del trabajo que desafía el binomio de trabajo autónomo/dependiente, reactualizando las lecturas sobre la crisis de abarcatividad de la dependencia. Dicho carácter nos impide encontrar soluciones en las tesis deterministas, según las cuales el mejoramiento general de la economía y la redistribución del ingreso operarían como solución general a los problemas del empleo, desafiándonos a pensar otras nuevas, siempre con las premisas de mayor extensión del marco tuitivo.

Estructural no quiere decir imposible de modificar o corregir. Tampoco calificar de estructural a la informalidad dentro del mundo del trabajo adelanta necesariamente solución alguna al respecto de cómo puede ser combatido este aspecto. La aseveración apenas invita a considerarla como un factor integrante y característico de nuestro mundo del trabajo hace ya varias décadas. Ergo, motivo de estudio, ocupación y dedicación de quienes no dedicamos a pensar el mundo del trabajo desde el derecho.

La *economía popular* es un fenómeno de respuesta a la informalidad y la precariedad del empleo; una solución posible entre las múltiples en desarrollo. Y, en tanto tal, da en el corazón conceptual

⁷² Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, *Principales características de la economía popular registrada*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.

del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por un lado, pone en debate la propia persistencia explicativa y de extensión del trabajo dependiente. Por otro lado, la *economía popular* como estrategia de combate a la informalidad, amplifica y reconceptúa los alcances de la seguridad social. Es llamativo que, dada su envergadura cualitativa y cuantitativa, la *economía popular* no demande la misma atención que otras *economías* ubicadas en puntos similares del debate como las de plataformas.

Es claro que el Estado argentino se conduce en una senda de reconocimiento de la *economía popular* como actor autónomo y relevante del mundo del trabajo. En efecto, destina un conjunto complejo de normativas tendientes a identificación y reconocimiento, al mejoramiento de las condiciones de vida del conjunto y al desarrollo de su agenda, tanto cuando reconoce a sus organizaciones como cuando las faculta para peticionar y representar intereses. A juzgar por las políticas públicas destinadas a este colectivo, pareciera empezar a consagrarse un nuevo conjunto que se integra por sujetos semiformalizados, de bajos ingresos, mayoritariamente feminizado, sin acceso pleno a la educación mínima obligatoria, entre otras características que refuerzan la necesidad de una mirada interseccional.

Es difícil pensar que estos trabajos puedan quedar subsumidos en las técnicas tradicionales de “recupero” de la dependencia como el haz de indicios en el marco de la judicialización. En cambio, este conjunto es destinatario de una normativa *sui generis* que toma elementos de diversos regímenes combinando protecciones acordadas al trabajo dependiente con las prestaciones destinadas a cubrir contingencias, propias del derecho de la seguridad social. Del primero toma algunos institutos del derecho individual, sobre todo, el régimen salarial. Esto no solo a nivel de la denominación de ciertos “estipendios” que pueden percibir (salario social) en el marco de prestaciones complejas (Potenciar Trabajo) sino también porque este se realiza como contraprestación del cumplimiento de ciertas “prácticas de empleabilidad”, que no son más que diligentes tareas o una puesta a disposición, y cuyo incumplimiento determina sanciones disciplinarias con pérdida de dicho estipendio denominado salario social, y, eventualmente, una desvinculación del programa. Asimismo, están tomados elementos del derecho colectivo al habilitar el surgimiento de asociaciones representativas, con personería social. De la seguridad social, se toma el conjunto de programas y políticas de asistencia social al que reorganiza y refuerza, como así también el acceso a la salud, la protección familiar y de la vejez. Huelga decirlo: no debe despreciarse el impacto en el debate previsional dada la promoción de la regularización fiscal de un conjunto importante en términos cuantitativos.

Así todo, el sistema normativo de la *economía popular* no está completamente desarrollado aún, como este repaso permite ver. Por un lado, se pone de manifiesto una gran dispersión de las regulaciones, puesto que abarcan diferentes temáticas y combinan leyes con decretos y resoluciones ministeriales de distinta jurisdicción; aunque es claro que se trata de un conjunto especial, sus disposiciones no están reunidas en un estatuto o ley especial. Así puede decirse que el *corpus* jurídico de la *economía popular* viene formándose por agregación y no es codificado o centralizado. Inclusive en este incipiente estado sería muy relevante lograr un compendio que reúna toda la normativa vigente.

En cualquier caso, valga la aclaración: a efectos de pensar cualquier aspecto del vínculo entre trabajo informal y marco jurídico en Argentina creo que debemos partir de explicar que, si bien no le son aplicables las protecciones acordadas al trabajo dependiente, no se encuentra exento de la protección que cabe reconocer al trabajo en sus diversas formas (artículo 14 bis de la Constitución

Nacional), lo que implica una serie de cuestiones concretas explícitamente enunciadas en el texto de la norma fundamental.

A este respecto recuerda Goldin: “no se trata solo de evitar que queden en [los] márgenes vastas cohortes de trabajadores que necesitan protección, sino de encontrar los modos para que cada uno de ellos encuentre amparo todo el tiempo (sea que trabaje en relación de dependencia, que sea autónomo, que esté desempleado u ocupado en cumplimiento de obligaciones cívicas, formativas o familiares, etcétera)”⁷³.

Finalmente, retomando la introducción: hay muy buenas razones para debatir y sobre todo para dudar, este conjunto normativo se desarrolla en diferentes campos, y no puede ser comprendido cabalmente con el aislacionismo que nos caracteriza a “laboralistas” y “previsionalistas”. Me pregunto entonces si no sería mejor comenzar a pensar en el resurgir de un derecho social, como marco para una disciplina más plástica, sin obstaculizantes delimitaciones a su interior, y que sea útil para comprender y modificar la realidad. Esa realidad marcada por el carácter estructural de la informalidad laboral, la pobreza estructural, la crisis. Máxime si la normativa nos exige subvertir las reglas tradicionales en las que nos hemos formado, por ejemplo, al modificar la asistencia estatal de contingente en permanente⁷⁴ o al construir regímenes de articulación o incorporación de institutos originalmente concebidos y destinados a proteger al trabajo dependiente. No es casual que de estos ámbitos surjan también las propuestas de extensión de coberturas no contributivas o semicontributivas de la seguridad social como el salario básico universal o ciudadano, que operan con la lógica.

En suma, la complejidad del tema insume esfuerzos explicativos que no pueden esquivarse so pena de nuestra propia devaluación disciplinar. A por ellos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, M., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.

Ackerman, M., *Si son humanos no son recursos. Pensando en las personas que trabajan*, Rubinzal Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

⁷³ Goldin, A., *Configuración Teórica del Derecho del Trabajo*, Heliasta, Madrid, 2017, pág. 9.

⁷⁴ Etala prefiere la idea de una seguridad social destinada a la contingencia (y no a la necesidad, carga, o riesgo) dada la especificidad que importa el término. Ver Etala, C. A., *Derecho de la seguridad social*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008.

Pues bien, *contrario sensu* pareciera que la ampliación sustancial que vive la disciplina propone desandar este camino, dado el conjunto enorme de situaciones menos contingentes y más estructurales o generalizadas que quedan subsumidas bajo estas regulaciones. En este sentido, las últimas publicaciones de la FES sugieren “reflexionar acerca de si la definición habitual de seguridad social no resulta insuficiente para dar cuenta de las necesidades (y por ende los derechos) de los colectivos laborales del siglo XXI y, por tanto, urge su revisión y actualización” (en Martínez, C., Cappa, A. y Blasco, F., *La cobertura de seguridad social en la economía popular en la Argentina*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung (FES) y OCEPP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 6).

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA

- Arcaro, S. et al., "Informe Regional de la Comisión de Jóvenes Juristas de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social para el Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", *Eldial.com*, Editorial Albrematica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- Battistini, O., "Desvalorización cultural del trabajo humano y expansión del capital", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2018.
- Battistini, O., "La precariedad como referencial identitario. Un estudio sobre la realidad del trabajo en la Argentina actual", *Psicoperspectivas: individuo y sociedad*, Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2009.
- Battistini, O., "Toyotismo y representación sindical. Dos culturas dentro de la misma contradicción", *Revista Venezolana de Gerencia*, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Zulia, Zulia, 2001.
- Bertranou, F. y Casanova, L., *Informalidad laboral en Argentina: Segmentos críticos y políticas para la formalización*, Oficina del país para la OIT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- Castel, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires, 1995.
- CEPAL/OIT, "Empleo joven y transición a la formalidad laboral", *Coyuntura laboral en la Argentina*, CEPAL/OIT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- CEPAL/OIT, "Políticas de protección de la relación laboral y de subsidios a la contratación durante la pandemia de COVID-19", *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2021.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Organización Internacional del Trabajo (OIT), "El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)", *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, CEPAL/OIT, Santiago de Chile, 2020.
- Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, Madrid, 2018.
- De la Garza Toledo, E. "Introducción: construcción de la identidad y acción colectiva entre trabajadores no clásicos como problema" en AA. VV. (De la Garza Toledo, E., coord.), *Trabajo no clásico, organización y acción colectiva*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2011.
- Denning, M. "Vida sin salario", *New Left Review*, 2011
- Espejo, A., *Informalidad laboral en América Latina: propuesta metodológica para su identificación a nivel subnacional*, CEPAL, Santiago de Chile, 2022.
- Etala, C. A., *Derecho de la seguridad social*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008.
- Gago, V., "Diez hipótesis sobre la economía popular (desde la crítica a la economía política)", *Nombres. Revista de Filosofía*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016.
- Galvez Perez, T., "Para reclasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo", *Cuaderno de investigación n° 14*, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2001.

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA

- García Vior, A., "Fronteras entre el trabajo autónomo el trabajo dependiente", *Revista de Derecho del Trabajo*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- Goldin, A., "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer España, Madrid, 1996.
- Goldin, A., "Las fronteras de la dependencia", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2001.
- Goldin, A., *Configuración Teórica del Derecho del Trabajo*, Heliasta, Madrid, 2017.
- Grabois, J. y Pérsico, E., *Organización y economía popular*, CTEP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.
- Goldin, A., "El derecho del trabajo, hoy; tendencias y desafíos", en AA. VV. (Caparrós, L. y García Héctor, O., coords.), *El trabajo en la economía de plataformas*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.
- Grabois, J., "La personería social. Perspectivas en torno al nuevo régimen de agremiación para los trabajadores de la economía popular", *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Rubinzal – Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- Grabois, J., *La personería social*, Universidad de Derecho, Buenos Aires, 2016.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), Trabajo e ingresos (vol. 7, n° 3), INDEC, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.
- Martínez, C., Cappa, A. y Blasco, F., *La cobertura de seguridad social en la economía popular en la Argentina*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung (FES) y OCEPP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- MDSN, *Principales características de la economía popular registrada*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022.
- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (MDSN), *Hacia el reconocimiento de las trabajadoras y los trabajadores de la economía popular*, MDSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySS), *Panorama mensual del Trabajo Registrado. Datos de enero y febrero 2023*, Secretaría de Estudios y Estadísticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.
- MTEySS, *Encuesta de Indicadores Laborales*, Secretaría de Estudios y Estadísticas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.
- Muñoz, M. A. y Villar, L. I. "Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP en la CGT). Entre la organización sindical y el conflicto político-social (Argentina, 2011-2017)", *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- Natalucci, A. y Llamosas, G., "Debates actuales sobre las organizaciones sociales, los sindicatos y la política", *Cuestión Urbana*, 2022.
- Neffa, J., "La crisis de la relación salarial: Naturaleza y significación del trabajo precario y del trabajo no registrado", *Documento de Trabajo*, CEIL-PIETTE (CONICET), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.
- Neffa, J., "La precarización del trabajo y la subcontratación laboral. Una visión desde la economía del trabajo y el empleo", ponencia presentada en 10º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011.
- OIT, *La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal*, OIT, Ginebra, 2013

CRISIS DE LA DEPENDENCIA EN ARGENTINA

- Senén González, C., "Teoría y práctica de las relaciones industriales. Reflexiones sobre los cambios recientes de las relaciones laborales en Argentina", *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, Asociación Latinoamericana de Estudios del Trabajo (ALAST), 2006.
- Serén Novoa, G., *Interés colectivo y sindicato (una crítica al Modelo Sindical Argentino)*, tesis de maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2022.
- Sorroche, S. y Schejter, M. R. "‘Sigo siendo el mismo de siempre’: Imágenes de la clase obrera argentina en la construcción de la Unión de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (UTEPA)", *Revista Latinoamericana de Antropología del Trabajo*; CEIL-CONICET, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.
- Srnicek, N., *Capitalismo de plataformas*, Caja Negra, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- Supiot, A., "¿Por qué un derecho del trabajo", *Documentación Laboral*, 1993,
- Supiot, A., "Derecho y Trabajo", *New Left Review*, Londres, 2006.
- Tagliafico, J. P., "Las fronteras de los residuos: tres movimientos para comprender la actualidad de los cartoneros en la ciudad de Buenos Aires", *Revista de Estudios Sociales*, UNL, Santa Fe, 2022.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONTRATACIÓN LABORAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND HIRING JOB

José Iván Pérez López

Investigador del Grupo PAIDI SEJ-587 sobre "Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional"

Universidad de Málaga

joseivanperezlopez@gmail.com ORCID [0009-0005-0865-0125](https://orcid.org/0009-0005-0865-0125)

Recepción de trabajo: 11-09-2023 - Aceptación: 18-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 186-205

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.
- 2.1. Proceso de selección mediante inteligencia artificial. ■ 2.2. Sistema de selección tradicional y selección artificial. ■ 2.3. Presentismo. ■ 2.4. Ventajas e inconvenientes entre ambos sistemas. ■ 3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.
- 3.1. Vicisitudes en el proceso de selección mediante inteligencia artificial.
- 3.2. Discriminación y sesgos en la implementación de algoritmos. ■ 3.2.1. Discriminación por razón de género ■ 4. PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La disrupción digital ha revolucionado muchos aspectos de la vida, incluyendo el proceso de contratación de personal. En este nuevo contexto, se ha producido una transformación significativa en la forma en que las empresas seleccionan a los candidatos para sus puestos de trabajo. En lugar de depender exclusivamente de currículos en papel, ahora se utilizan plataformas y sistemas inteligentes basados en internet para analizar los perfiles de los aspirantes de manera rápida y eficaz. Este enfoque proporciona una selección más objetiva y eficiente para las empresas, lo que les permite identificar a los candidatos más adecuados para el puesto de trabajo. No obstante, la rápida y masiva aplicación por empresas de dichas inteligencias artificiales ha generado un contexto sin precedentes, una tierra de nadie desde la perspectiva jurídica, que escapa al control de las leyes y dificulta su regularización.

PALABRAS CLAVE: selección de personal, discriminación, algoritmos digitales, igualdad, sesgos discriminatorios, Derecho Laboral, género.

ABSTRACT

Digital disruption has revolutionized many aspects of life, including the process of hiring employees. In this new context, there has been a significant transformation in the way companies select candidates for their job positions. Instead of relying solely on paper resumes, platforms and intelligent internet-based systems are now used to analyze applicants' profiles quickly and efficiently. This approach provides a more objective and efficient selection process for companies, enabling them to identify the most suitable candidates for the job position. However, the rapid and widespread application of such artificial intelligences by companies has generated an unprecedented context, a legal gray area that escapes the control of laws and makes regulation difficult.

KEYWORDS: artificial intelligence, discrimination, digital algorithms, equality, labor law, gender.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización y el liberalismo económico han creado un contexto en el que cualquier producto o servicio puede ser vendido en cualquier parte del mundo. La necesidad empresarial de expandirse y abarcar más mercados ha llevado a la implementación de sistemas tecnológicos y digitales en estas empresas, lo que ha redundado en beneficios en términos de eficiencia y reducción significativa de costos. La celeridad del mercado ha impregnado también los departamentos de recursos humanos, que han visto una oportunidad de ofrecer empleo de manera sencilla y accesible tanto para la empresa que contrata como para los aspirantes.

Sin embargo, la cuarta revolución industrial ha afectado tanto al número como a la diversidad de empleos disponibles. Cada vez se requieren más conocimientos en competencias digitales, informática, software, y otras habilidades relacionadas. El empleo del futuro será mayoritariamente digital e inescindiblemente incardinado a las inteligencias artificiales.

La sociedad actual se encuentra en un punto de inflexión en este sentido. Somos la generación experimental de una invención sin precedentes, lo cual nos deja expuestos a sufrir inexorablemente los efectos negativos que traigan dichas inteligencias consigo. Muchos países de la UE han advertido la peligrosidad del uso de estas tecnologías, que escapan con facilidad al control de los Poderes Públicos.

Diversos autores han detectado ciertas irregularidades presentes en dichas inteligencias a la hora de implementarlas en procesos de selección. Alertan que los algoritmos reproducen los prejuicios sociales, desembocando en la aparición de discriminaciones que pasan inadvertidas deviniendo inútil gran parte de la protección consagrada en nuestras leyes. Nos encontramos ante un fenómeno de apariencia invisible pero de efectos negativos reales. Adquiere tintes de urgencia la necesidad de adaptar y encontrar en nuestro ordenamiento jurídico medidas y herramientas de protección a los trabajadores frente a este nuevo escenario laboral del siglo XXI.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Una aproximación general acerca de la definición de la inteligencia artificial podría conceptuarse como aquella habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear¹. Para el profesor Jordi Nieva Fenoll, supone *“la capacidad de que las máquinas puedan pensar o imitar el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las usamos para*

¹ Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827ST085804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

tomar nuestras decisiones habituales”². El progresivo desarrollo tecnológico ha hecho emerger un panorama de multitud de inteligencias capaces de realizar casi cualquier cosa, de los cuales podrían extraerse varios elementos comunes en todos ellos, tales como el aumento de la celeridad de los procesos, eficacia en la gestión de los recursos disponibles, reducción de costes de mano de obra, etcétera. En definitiva, ha creado de suyo un terreno específico cuya multitud de autores la definen como computación cognitiva, es decir, la posibilidad que una máquina tiene de imitar la psique humana o el modo de pensar humano. Para la profesora Aragüez Valenzuela “es la simulación de inteligencia humana por parte de las máquinas. Dicho de otro modo, es la disciplina que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como un ser humano, aprendan de la experiencia, averigüen cómo resolver problemas ante unas condiciones dadas”³.

En el derecho laboral, la utilidad de estas inteligencias artificiales incide de lleno en la contratación laboral, bien como mecanismo de filtración para una selección de personal más específica, precisa y rápida, así como método de descarte automatizado de candidatos sin necesidad de pasar por un proceso personal, cara a cara, con el responsable de reclutamiento pertinente. La utilidad del uso de la IA tampoco se agota aquí, pues, tal y como describe Asquerino Lamparero, sirve también de utilidad durante la extensión y desarrollo de la relación laboral contraída entre empleador y trabajador, utilizando máquinas que registren la entrada y salida de los trabajadores; la vigilancia y control de los trabajadores, pudiendo servir de prueba a la hora de justificar un despido, etc.⁴

Machine learning (por sus siglas en inglés ML), significa aprendizaje automático. Se trata de una rama concreta de la inteligencia artificial dirigida a la resolución de problemas específicos, tales como tareas de clasificación o predicción⁵. Son algoritmos con capacidad autónoma, trabajan dentro de una concreta base de datos y, una vez sistematizado y programado para la consecución de unos fines determinados fijados por la empresa, llevan a cabo tareas de filtración de información, predice situaciones, identifica patrones, evoluciona y aprende de su propia experiencia para la consecución de los objetivos fijados por la empresa.

2.1. Proceso de selección mediante inteligencia artificial

La implementación de los sistema de IA en el proceso de selección de personal está más en auge que nunca. El notable ahorro que supone para las empresas la contratación mediante algoritmos lo convierte en una *vis atractiva* para mejorarla eficiencia de dichos procesos elevando su calidad, normalmente realizados por el departamento de Recursos Humanos. Las selecciones de talento se lleva a cabo mediante evaluaciones automatizadas, entrevistas on line o de forma digital aunque el

2 Nieva Fenoll, J., “La impronta de la inteligencia artificial en el proceso”, en *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

3 Aragüez Valenzuela, L., “Los algoritmos digitales en el trabajo, Brechas y sesgos”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021.

4 Asquerino Lampero, M. J., “Algoritmos y discriminación”, *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, 2022.

5 Agencia española de protección de datos, Gobierno de España, *Malentendidos sobre el Machine learning (Aprendizaje automático)*, 2022.

más relevante es, sin duda, el análisis de los datos recogidos destinados a analizar los currículos y filtrar candidatos apropiados⁶.

Esta alternativa es atractiva no sólo para empresas sino también para los propios candidatos, pues la implementación de dicho sistema automatizado, permite a los aspirantes presentar su candidatura de forma más accesible, rápida y sencilla. Supone un ahorro en tiempo, desplazamiento e incluso, promueve la concurrencia, ya que ofrece la posibilidad de presentar dicha candidatura a aspirantes de fuera de la localidad o provincia del lugar físico de la empresa, ya que la presentación on line posibilita esta opción sin necesidad de afrontar el coste de desplazamiento para presentar currículos.

Existen multitud de empresas que ofrecen dicha posibilidad mediante su presentación en la página web corporativa. Según datos de Global Hiring Trends⁷, investigación realizada por el software Korn Ferry⁸, se llegó a la conclusión de que la implementación de estos sistemas de contratación tenían un efecto positivo en el proceso de selección.

Dichas ventajas fueron:

- Ahorro de tiempo invertido respecto de un proceso de selección tradicional de más de un **sesenta por ciento**.
- Disminución del sesgo humano en un **cuarenta y tres por ciento**.
- Aumento de mejores coincidencias de candidatos con un **treinta y un por ciento**.
- Mayor utilidad al buscar candidatos, con un **cincuenta y ocho por ciento**.
- Aumento de la detección en un **cincuenta y seis por ciento**.

Estas ventajas se obtienen mediante el trabajo realizado por la inteligencia artificial. Su método consiste en la realización de tareas programáticas y repetitivas basadas en preentrevistas, contacto con aspirantes, emisión de informes⁹ pero sobre todo, como hemos citado anteriormente, el principal protagonista es el filtrado de currículos. Las tareas encomendadas tienen criterios preestablecidos por el empresario o departamento de RRHH, a fin de que gestione y trabaje bajo criterios predeterminados destinados a un concreto perfil que es el buscado por la empresa. Dicho lo anterior, ¿Cómo funciona el proceso de selección mediante IA?

6 Disponible en <https://www.alight.com/es/blog/como-mejorar-los-procesos-de-seleccion-con-ia>

7 Los datos obtenidos se encuentran disponibles en <https://www.alight.com/es/blog/como-mejorar-los-procesos-de-seleccion-con-ia>

8 Korn Ferry Intelligence Cloud, es una plataforma de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones compuesta por soluciones y productos integrados que permiten a las personas y a las organizaciones superar su potencial. Definición extraída de <https://www.kornferry.com/es/capacidades/intelligence-cloud-hr-platform>

9 Disponible en <https://economia3.com/seleccion-personal-con-inteligencia-artificial/#:~:text=Se%20trata%20de%20la%20disciplina,seg%C3%BAn%20vaya%20recibiendo%20los%20datos>

Según *Economía 3*¹⁰, podemos resumirlo de la siguiente manera:

1ª Fase. Descripción del puesto de trabajo a cubrir por la empresa. En esta fase, se insertan en el software los datos necesarios relacionados con las características, particularidades y requisitos concretos del puesto a cubrir, así como las aptitud, experiencia y formación específica que se busca del futuro trabajador.

2ª Fase. Publicación de la oferta. La empresa podrá publicar en su página web, o aplicaciones de servicio on line de redes de empleo, (Como InfoJobs, Job Today o LinkedIn), a fin de que los aspirantes puedan presentar la candidatura en la oferta propuesta.

3ª Fase. Proceso de filtrado de currículos. Esta fase es la más importante. El algoritmo, filtra, gestiona, descarta y selecciona aquellos currículos que, según los criterios fijados por la empresa, poseen un perfil adecuado para la oferta de trabajo. También puede reservar algunos currículos que, a pesar de no ser los más idóneos para el puesto requerido, puedan ser filtrados. Esta última función responde a las posibles irregularidades que aparezcan durante la selección. Si los candidatos más apropiados optan finalmente, por elegir otro trabajo o excluirse del proceso de selección una vez comenzado, el Software utilizará aquellos para cubrir dichas incidencias. Esta función responde a necesidades de eficiencia.

4ª Fase. Celebración de entrevistas. Preselección. La IA, una vez filtrado los currículos, podrá realizar de forma telemática, entrevistas con los candidatos y someterlos a determinadas pruebas, (Examen para determinar su capacidad de trabajo bajo presión, pruebas memorísticas tipo test, entre otras).

5ª Fase. Análisis e informe de los resultados obtenidos. Una vez concluidas las fases mencionadas, el software valorará de forma numérica la puntuación conseguida de cada candidato, redactando un informe completo sobre el perfil de cada uno

6ª Fase. Selección final. Los responsables del departamento de derechos humanos o, el propio empresario, valorará los informes emitidos por la inteligencia artificial y seleccionará al trabajador que ocupará el puesto ofertado. A veces suelen realizarse entrevistas personales con ellos, a fin de conocer cara a cara los aspirantes con mayor puntuación de las pruebas realizadas.

2.2. Sistema de selección natural y selección artificial

Desde los últimos años está confrontándose dos tipos de sistemas de selección de personal: El sistema tradicional y el sistema moderno o digital¹¹. A menudo ambos chocan a la hora de encontrar postulantes para un determinado trabajo, pues los criterios de selección son distintos según cual se use.

¹⁰ Disponible en <https://economia3.com/seleccion-personal-con-inteligencia-artificial/>

¹¹ Disponible en https://www.sesamehr.co/blog/seleccion-personal-tradicional-digital-concepto-diferencias/#Diferencia_entre_seleccion_tradicional_y_seleccion_digital

El sistema tradicional podría definirse como aquel modelo de selección de candidatos cuyo objetivo es cubrir una determinada vacante. Se centra en tres aspectos del candidato: Su currículum, su experiencia profesional previa y su capacidad.

En este tipo de procesos, el responsable de selección, normalmente encargado del departamento de RRHH, juega un papel decisivo. En este sistema predomina un fuerte presencialismo, ya que, evaluado de forma objetiva el currículum del aspirante, suele proseguir o concluir el proceso con una entrevista personal. La principal preocupación de los encargados del proceso de selección pivota sobre el salario a percibir sin atender, en principio, los resultados obtenidos por el trabajador¹². Este sistema ha sido el empleado desde los orígenes de la relación laboral del siglo XX. El individuo, por medio de la adquisición de conocimientos, aprende un determinado oficio. No se basa en el conocimiento de meras técnicas de uso aplicadas a un sistema de producción. No solamente supone el instrumento para solventar nuestros problemas de subsistencia económica sino la verdadera actividad en la que el hombre se realiza así mismo psíquica, social y personalmente.

Por otra parte, el sistema artificial no se enfoca tanto en la experiencia profesional o su capacidad o conocimiento, sino en las **competencias de uso**, es decir, en el manejo solvente de las nuevas tecnologías. Se buscan postulantes con **competencias digitales**, adaptados a las necesidades del nuevo mercado digital. Esta selección por competencias¹³ busca un perfil muy específico donde la experiencia profesional queda relegada a un segundo plano.

La progresiva e inexorable desaparición del trabajo físico, el emergente mercado de empleo digital relacionado con la tecnología e informática, demandará perfiles basados en habilidades digitales y no tanto en experiencia o conocimiento. La aparición de estas inteligencias artificiales supone una crisis de este sistema de selección tradicional, cuya aplicación bajo el Derecho del Trabajo, traerá las correspondientes crisis, derivadas por la revolución tecnológica y por la nueva morfología del mercado global, que harán desaparecer las instituciones más tradicionales¹⁴.

2.3. Presentismo

La cuarta revolución industrial y la disrupción digital han traído consigo una transformación en la forma de desempeñar el trabajo. Como consecuencia de la pandemia, se hizo necesaria la implementación urgente de medidas encaminadas a la facilitación de la prestación laboral a distancia o por medio del teletrabajo. Ello desembocó en la Ley de trabajo a distancia¹⁵, modificando el artículo 13

¹² Disponible en https://cuadros-comparativos.com/caracteristicas-de-la-seleccion-de-personal-tradicional/#%C2%BFQue_es_la_seleccion_tradicional

¹³ Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/selecci%C3%B3n-por-competencias-vs-tradicional-pros-y-contras-pau-sol%C3%A0/?originalSubdomain=es>

¹⁴ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., "Concepto y configuración del Derecho del Trabajo", En: *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2020.

¹⁵ Ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia. Boletín Oficial del Estado. Núm.164, de 10 de julio de 2021.

del Estatuto de los Trabajadores¹⁶, reconociendo expresamente que *“las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”*. Esta modalidad laboral puso sobre la mesa los conceptos de presentismo y absentismo laboral. El primer concepto se refiere a la necesidad del empleado de acudir a su puesto de trabajo a pesar de padecer problemas de salud, dificultando su recuperación a largo plazo¹⁷. La implementación del teletrabajo o trabajo a distancia, *a priori*, resuelve este tipo de irregularidades y riesgos psicosociales, pues evita que el trabajador afronte jornadas de trabajo interminables y evita problemas de motivación (personal y/o laboral). Esta relación, presentismo y salud, pese a no encontrar cobertura en nuestro ordenamiento jurídico español bajo la condición de derecho fundamental, sí lo encuentra como principio rector de la política social y económica¹⁸ (artículo 43.1 y 2 de la Constitución española), así como en normativa supranacional. De hecho, reciente sentencia proveniente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁹ asocia lógicamente, el presentismo con la salud: *“(…) el despido (o su amenaza) por razón de enfermedad, puede afectar a la integridad física (art.15 CE) y a la dignidad (art.10.1 CE), cuando el trabajador, para evitar la pérdida de su puesto de trabajo, acude al puesto de trabajo en perjuicio de su integridad física y salud, que es lo que se ha denominado por la doctrina como presentismo”*. Por tanto, este perjuicio podrá ser aplacado notablemente si los Poderes Públicos fomentan el desempeño del teletrabajo a distancia o teletrabajo, modalidad a la que contribuye positivamente la aparición de las inteligencias artificiales en la relación laboral, pues en el futuro, la mayor parte de los puestos de trabajo serán prestados desde casa o a distancia, redundando en un aumento de la productividad. Mencionamos algunos de los principales beneficios de suprimir el presentismo laboral²⁰:

- Fomento de la flexibilización de la jornada laboral.
- Posibilitar en teletrabajo.
- Reconocimiento empresarial al trabajador como forma de motivación personal.
- Favorecer un ambiente de trabajo agradable inspirado en valores de implicación en equipo.
- Implementación de medidas que aplaquen el estrés.

16 Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, Núm.255, de 24/10/2015.

17 García, R. F., “El presentismo laboral: una amenaza silenciosa”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 83, 2011.

18 Artículo 43.1 y 43.2 de la Constitución española de 1978: *“se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

19 Roj: STSJ CAT 8982/2022 -ECLI:ES:TSJCAT:2022:8982.

20 Disponible en <https://www.bizneo.com/blog/como-evitar-el-presentismo-laboral/>

2.4. Ventajas e inconvenientes entre varios sistemas

Respecto a las ventajas o aspectos positivos, el proceso de selección por medio de algoritmos contribuye a una mayor agilización del proceso de selección de postulantes. La búsqueda automatizada de potenciales perfiles mediante filtrado de currículos, redundante en rapidez y agilidad. Consecuencia inmediata de lo anterior lo constituye el ahorro de tiempo invertido en dicho proceso, así como una mayor eficacia/precisión derivada de la alta objetividad y de la minimización del margen de error humano²¹. Este sistema también redundante positivamente en beneficio de los candidatos, pues favorecen la comunicación aspirante-empresario sobre el estado del proceso de selección así como de cualquier novedad o cambio relacionada con la candidatura.

Respecto a los inconvenientes o desventajas de la IA en los procesos de selección de personal, podría decirse que el principal factor negativo supone el coste añadido de inversión en dichas inteligencias. Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) no suelen tener acceso a estos modernos sistemas debido al gran coste que supone. Por esta razón, suelen ser empresas de grandes dimensiones o multinacionales las que invierten en estos sistemas. Superado el coste de inversión, su implementación en la empresa requeriría una formación de carácter previo del personal al frente del departamento de RRHH. Estas tecnologías requieren una formación específica y continua, lo que dificulta encontrar personal cualificado con este tipo de competencias digitales²². Otra desventaja bastante controvertida supone la futura desaparición de puestos de trabajo como consecuencia de la automatización.

Según datos del Randstad²³ en estudio realizado en 2021²⁴, en 2030, más del cincuenta por ciento de los trabajos acabará automatizándose. Esto conllevaría la sustitución de mano de obra humana por máquinas además de un evidente aumento de la tasa de desempleo en España. También se prevé la creación de un nuevo tipo de empleo basado en el uso de las IA y los algoritmos digitales.

21 Disponible en <https://www.universidadviu.com/es/actualidad/nuestros-expertos/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas>

22 Vila Tierno, F., "Tiempo de reformas ¿o no?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, 2021, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi2.12441>.

23 Randstad es una empresa dedicada a la industria de los recursos humanos. Su principal función es el reclutamiento de personal para empresas. Se trata de una sociedad activa a nivel internacional dentro del dominio del trabajo temporal y de los servicios en recursos humanos.

24 Informe anual donde se estudia las grandes macro-tendencias del cambio del mercado laboral titulado: *Flexibility@work 2021: abrazando el cambio*. Disponible en <https://www.randstadresearch.es/informe-flexibilitywork-el-futuro-del-trabajo/>. Visitado el 6 de abril de 2023. Según este informe, "6 de cada 10 expertos en recursos humanos creen que la Inteligencia Artificial (IA) todavía no ha impactado en el mercado laboral: el 48% opina que el verdadero impacto llegará en un futuro a corto plazo, mientras que el 15% cree que ocurrirá en un futuro a largo plazo. El 74% de los encuestados está convencido de que la IA no supondrá un peligro para los trabajadores: el 67% opina que la posible eliminación de puestos de trabajo se verá claramente compensada por la creación de otros nuevos y el 7% cree que se crearán nuevas necesidades que requerirán de un mayor número de profesionales del que tenemos ahora. El 98% de los expertos considera que la implementación de estos sistemas conllevará un aumento exponencial de la productividad de las empresas, aunque el 73% cree que para ello será necesario aprovechar al máximo el verdadero potencial de las tecnologías inteligentes. La IA podría también mejorar las condiciones de vida de los trabajadores, tal y como opina el 72% de los encuestados. Ellos aseguran que estas tecnologías se encargarán de las tareas rutinarias que entorpecen el trabajo de los profesionales".

Este sería sin lugar a dudas el mayor inconveniente derivado de la cuarta revolución digital. Sin embargo, otros estudios²⁵ más optimistas relevan que la progresiva aparición de dichos trabajos compensará la desaparición de los otros. Otra desventaja proviene de los llamados sesgos algorítmicos. Según la Real Academia Española, el sesgo se define como “*Error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras*”²⁶. Dicha definición es genérica y abstracta pues abarca todos los ámbitos de la cuarta revolución industrial.

La sociedad actual se encuentra inserta en un mundo automatizado. En base a lo anterior, nuestras acciones son fruto de la persuasión o inducción de los algoritmos para distorsionar o modificar nuestra capacidad de decisión. Bajo el pretexto de la celeridad, facilidad y accesibilidad, estudian nuestro comportamiento económico para influirnos a la hora de comprar un producto u otro. Esto no escapa al mercado de trabajo, pues la IA selecciona sin tener en cuenta más que los criterios insertos en ella a fin de obtener candidatos más adecuados y rentables para la empresa. El actual entorno digital ha impregnado todo el contexto social de los ciudadanos así como la forma de relacionarnos²⁷, por lo que se hace necesario establecer medidas de protección concretas y rigurosas. Los sesgos generados pueden provenir de distintos tipo de datos, tales como textos, redes sociales, ubicaciones de GPS e incluso imágenes²⁸. La IA parte de dichos datos desarrollando un aprendizaje automático que no tiene en cuenta estereotipos, ética, prejuicios, o valores adaptados a la sociedad contemporánea. Existen por consiguiente diferentes sesgos algorítmicos²⁹:

- **Sesgo de medición.** El algoritmo genera desviaciones sistemáticas de una medida respecto a un valor de referencia.
- **Sesgo cultural o social.** El algoritmo descarta determinadas razas o etnias. También se incluye el sesgo de género.
- **Sesgo cognitivo.** El algoritmo desecha candidatos con enfermedad o discapacidad de forma sistemática.

Esta cuestión acerca del sesgo algorítmico será tratada en mayor profundidad en los siguientes epígrafes.

25 Informe grupo Adecco y el Instituto Cuatrecasas de estrategia legal en RRHH realizado en 2018. Documento disponible en chrome-extension://efaidnbm-nnibpcjpcgldefindmkaj/<https://www.adecgroup.com/es-es/sala-de-prensa/-/media/project/adecgroup/spain%20content/2018%20Press%20Releases/2018/NdP-Solo-1-de-cada-4-expertos-en-RRHH-cree-que-la-IA-sera-una-amenaza-para-el-empleo.pdf/>

26 Real Academia Española. Disponible en <https://dle.rae.es/sesgo?m=form>

27 Martínez Galindo, G., “Los derechos de los trabajadores frente a la ciberdelincuencia y sus eventuales responsabilidades” en Abadías Selma, A., García González, G.,(Coordinadores),

28 F.E., “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos ¿Por qué deberían importarnos?”, En *Nueva sociedad*, 294, 2021.

29 Los algoritmos tienen sesgos y prejuicios. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/los-algoritmos-tienen-sesgos-y-prejuicios-salvador-garcia/?originalSubdomain=es>

3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En un primer momento, podía subsumirse, en sentido preventivo, la inteligencia artificial en el artículo 4.7º d) de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales equiparando dicha inteligencia a una condición de trabajo³⁰: *“Se entenderá como «condición de trabajo» Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”*. El ordenamiento jurídico español no define en términos jurídicos la inteligencia artificial. Tan sólo existía una mención a las IA en el artículo 64.4 d) del Estatuto de los trabajadores: *“El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a (...) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”*. La inclusión de este apartado no hace mención expresa sobre qué es la inteligencia artificial, limitándose a dispensar un derecho de información a los trabajadores, pero sin otorgar expresamente derechos de protección frente ella. Más adelante la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional, dispuso en la disposición adicional tercera un plan de competencias en digitalización e inteligencia artificial en la formación profesional, que tampoco define la inteligencia artificial ni ofrece regulación específica.

Gran avance por parte del legislador se produce con la promulgación de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación³¹. La exposición de motivos aborda *“la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”*. Por primera vez se establece un abanico de protección frente a la Inteligencia Artificial, gestión masiva de datos etc., (artículo 3.1 o). Sin embargo seguimos sin regulación jurídica conceptual. Esto puede generar problemas de atipicidad, inseguridad jurídica, lagunas o falta de taxatividad del término. Aunque es cierto que el inciso final añade un cajón de sastre definiendo dichas inteligencias artificiales como aquellas “de análoga significación”, sin embargo, ello no es suficiente por vulneración del 9.3 CE así como de principios básicos reguladores del régimen sancionador. Esta carencia conceptual de inteligencia artificial no ha sido un caso aislado en España, sino que también sufren la misma situación muchos países de la Unión Europea. Por

30 García González, G., “La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos”, en Abadías Selma, Alfredo; García, G., (Coordinadores), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Atelier, Barcelona, 2022.

31 Llama poderosamente la atención que, una ley de tanto calado como esta, afecte troncalmente al derecho a la igualdad y, sin embargo, no ostente el carácter de Ley Orgánica, tal y como exige la Constitución española en su artículo 88.1: *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*. Esta cuestión quizá pueda obtener respuesta en base a las SSTC 6/1982, 67/1985 o 127/1994, donde disponen que las cuestiones que afecten o incidan de manera indirecta sobre un derecho fundamental podrán ser reguladas por una ley ordinaria.

ello el legislador supranacional ha dado luz verde a la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial³². Dicha propuesta ha elaborado un concepto de IA graduando su impacto o incidencia en tres escalones.

Se denomina IA de alto riesgo cuando reúna los siguientes requisitos: “Un sistema de IA se considerará de alto riesgo (...) cuando se encuentre mencionado en cualquiera de los ámbitos siguientes: Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo³³”:

- *Sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas;*
- *A destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones³⁴”.*

Esta propuesta de Reglamento se prevé que salga a luz próximamente. El Reglamento espera ver la luz en 2024 pretendiendo dar seguridad jurídica a todos los Estados miembros y no dejar situaciones fuera de su aplicación.

Profundizando más acerca de los mencionados límites baremados, se distinguen, de menor a mayor como, IA de riesgo bajo o mínimo, riesgo alto y riesgo inaceptable.

32 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. La base jurídica de la propuesta es, en primer lugar, el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que trata de la adopción de medidas para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

33 El considerando 36 del citado Reglamento fundamenta dicha categorización como IA de alto riesgo aquellos “sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas. Las relaciones contractuales de índole laboral deben implicar a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el Programa de trabajo de la Comisión para 2021. En principio, esas personas no deben ser consideradas usuarios en el sentido del presente Reglamento. Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad”.

34 Artículo 6.1 y 6.2 y artículo 4 del anexo III de la Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial. Documento disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

También dispone un anexo con una lista de prácticas prohibidas por IA³⁵. Estos baremos precisan de definición específica, por lo que la versión final habrá de responder a dicha exigencia reclamada en varios considerandos reflejados en el Reglamento. Esta propuesta de Reglamento, una vez entrado en vigor y por tanto, de inmediata aplicación en España constituirá la piedra angular de la Agenda España Digital 2026, cuya estrategia nacional de inteligencia artificial (ENIA), se enmarca en el Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia de la economía española³⁶. Fruto de dicho plan se encuentra la creación en España de la futura Agencia Española de Supervisión de Inteligencia artificial³⁷. Dicha agencia será competente para asegurar el cumplimiento de la normativa referente a IA. Del mencionado Reglamento no se observa una visión positiva sobre la IA, ya que restringirá su uso respecto de la selección algorítmica de candidatos. Se deduce claramente la imposibilidad o prohibición de uso de algoritmos de selección en procesos de contratación laboral, pues vulnera o pone en tela de juicio numerosas normativas y derechos fundamentales. En primer lugar el artículo 18.1 CE, de cuya normativa destaca la ya mencionada Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, la Carta de Derechos Digitales y en definitiva todo el elenco de derechos constitucionales reconocidos a las personas.

3.1. Vicisitudes en el proceso de selección mediante inteligencia artificial

La implementación de algoritmos en la gestión del empleo permite a las empresas superar aquellos “impulsos humanos”, redundando en la obtención de resultados altamente eficientes y objetivos. Permite superar subjetividades humanas que influyen en la contratación, tal y como afirma Jesús R. Mercader Uguina: “su uso permite garantizar que las contrataciones no se basen en corazonadas,

35 Dicha lista abarca “*todos los sistemas de IA cuyo uso se considera inaceptable por ser contrario a los valores de la Unión, por ejemplo, porque violan derechos fundamentales. Las prohibiciones engloban aquellas prácticas que tienen un gran potencial para manipular a las personas mediante técnicas subliminales que trasciendan su consciencia o que aprovechan las vulnerabilidades de grupos vulnerables concretos, como los menores o las personas con discapacidad, para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que es probable que les provoque perjuicios físicos o psicológicos a ellos o a otras personas. La legislación vigente en materia de protección de datos, protección de los consumidores y servicios digitales, que garantiza que las personas físicas sean debidamente informadas y puedan decidir libremente no ser sometidas a la elaboración de perfiles u otras prácticas que puedan afectar a su conducta, podría cubrir otras prácticas de manipulación o de explotación contra adultos que los sistemas de IA pueden facilitar. La propuesta prohíbe igualmente que las autoridades realicen calificación social basada en IA con fines generales. Por último, también se prohíbe, salvo excepciones limitadas, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley.*”

36 Según datos del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación digital, “*la ENIA permitirá mejorar la preparación del tejido productivo español de cara a impulsar su competitividad en el plano europeo e internacional. Se trata, por tanto, de un paso fundamental en la apuesta por la transformación digital de la economía y la sociedad a través del desarrollo de tecnologías disruptivas de alto valor añadido.*” Disponible en <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx>

37 B. O. E. núm.292, de 6 de diciembre de 2022. Orden PCM /1203/2022 de 5 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 diciembre de 2022, por el que se determina la sede física de la futura Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

*impresiones o prejuicios*³⁸. La ventaja de aplicar sistemas de selección de personal por medio de inteligencias artificiales supone un ahorro de los gastos en comparación con la selección tradicional. No obstante, su aplicación no está exenta de riesgos, sesgos y otros aspectos negativos que no son ajenos al ordenamiento jurídico y al elenco de derechos reconocidos en multitud de disposiciones. A la hora de aplicar estos sistemas debemos acotar no sólo el contexto jurídico que debe imperar respecto de los procesos de selección realizados por máquinas, sino también el uso que se les da a dichas herramientas digitales³⁹. Dicho lo anterior, esta utilización masiva de datos y su aplicación en la contratación debe encontrar encaje dentro de las normas jurídicas⁴⁰. La aplicación de dichos algoritmos de selección va mucho más deprisa que su regulación jurídica, provocando lagunas legales que no hallan solución frente a sesgos, discriminación y desigualdad sistemáticos generados por la IA. Las empresas deben reparar en ello, a fin de evitar sesgos en la relación laboral, apelando a una contratación ética⁴¹. En conclusión, pese a que el Tratado de Versalles en su art. 427 proclama como un principio fundacional de la OIT que: *“el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio”*, debemos tener en cuenta la dificultad para reconocer esta nueva forma de discriminación, pues la discriminación algorítmica es operatoriamente invisible⁴².

3.2. Discriminación y sesgos en la implementación de algoritmos

Para empezar a hacer las correcciones Desde hace algunos años, han venido apareciendo casos sobre discriminación algorítmica, tales como el caso de Amazon⁴³, Twitter⁴⁴, Tumblr⁴⁵ entre otros. La aparición sistemática de dicha discriminación se debe a los prejuicios existentes transmitidos por el empleador o empresario, responsables del departamento de RRHH o los informáticos creadores del software encargado de realizar la selección algorítmica de candidatos.

La existencia de estos sesgos pone de manifiesto la falta de transparencia en su utilización, generando discriminación en diferentes colectivos vulnerables. Uno de los sesgos más llamativos es

38 Mercader Uguina, J., “La gestión algorítmica del empleo” En [AA.VV.](#): Mercader Uguina J., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

39 Soriano Arnanz, A., “El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, Nueva época, 9, 2023.

40 Mercader Uguina, J., “La gestión algorítmica del empleo” En [AA.VV.](#): Mercader Uguina J., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

41 Aragüez Valenzuela L., “Los algoritmos digitales en el trabajo. Brechas y sesgos”, En *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021.

42 Lara, C. S., “El Algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 155, 2020.

43 Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>

44 Disponible en <https://hipertextual.com/2021/08/algoritmos-twitter-discriminacion>

45 Disponible en <https://www.mujiinteresante.es/tecnologia/23464.html>

el calificado como *sesgo específico de género* que analizaremos a continuación. En el caso de Europa, destacan, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 31 de diciembre de 2020 (caso Deliveroo). En ella, la parte demandante alega discriminación indirecta debido a que los trabajadores eran puntuados por la IA, que usaba como criterios de puntuación la disponibilidad y la fiabilidad. El tribunal considera que este sistema de puntuación genera discriminación, pues el algoritmo de la empresa no reconocía el derecho de los trabajadores a ejercer su derecho a huelga, situaciones de baja por enfermedad, u otras que justifiquen su inasistencia. El ejercicio de dichos derechos incidía negativamente en la puntuación de dichos trabajadores, generando automáticamente una discriminación derivada del algoritmo empleado⁴⁶. Otra sentencia interesante es la dictada por el Tribunal Distrito de La Haya (Países Bajos) publicada el 5 de febrero de 2020 por la que se declara la ilegalidad de un algoritmo (SyRI) diseñado para detectar posibles fraudes fiscales relacionados con la Seguridad Social y con Hacienda. El algoritmo era capaz de cuantificar, en términos numéricos, el grado de probabilidad de los ciudadanos de cometer delitos de fraude contra dichos organismos públicos. La parte actora denuncia la infracción argumentando la ilegalidad de dicho algoritmo respecto a la protección de datos⁴⁷, pues supone una intromisión ilegítima y desproporcionada al derecho a la intimidad y a la vida privada desproporcionada⁴⁸. El tribunal estima la argumentación de la parte demandante declarando su ilegalidad. En el caso de España, la SAN de 10 de mayo de 2021 resuelve un caso de discriminación algorítmica, basado en el control programático de las pausas permitidas al trabajador durante su jornada, exigiendo a todos estar continuamente conectados. El control llevado a cabo por dicho algoritmo discriminaba a las personas mayores de edad necesitadas de más pausas fisiológicas que los trabajadores más jóvenes⁴⁹.

46 El Tribunal resuelve que *"existe una situación de discriminación indirecta contra los trabajadores de Deliveroo en la medida en que la plataforma opta por una «inconsciencia y ceguera» deliberada respecto de ciertas causas de ausencia del rider de la sesión de trabajo que había reservado. Considera que existe discriminación indirecta cuando se da el mismo trato a situaciones distintas. Si la plataforma tiene en cuenta ciertas situaciones que no inciden negativamente en la puntuación del rider y no admite otras, se trata de una elección consciente como empresa, por la que se colocan al mismo nivel todas las ausencias del puesto de trabajo distintas de las que se deban a un accidente o al mal funcionamiento de la plataforma"*. Disponible en <https://abogadosenleonmv.com/2021/02/05/sentencia-del-tribunal-ordinario-de-bolonia-de-31-de-diciembre-de-2020-caso-deliveroo-discriminacion-algoritmica-o-discriminacion-a-traves-de-un-algoritmo> visitado el 20 de abril de 2023.

47 Sobre la inteligencia artificial y la protección de datos, *vid.* los siguientes trabajos: Molina Hermosilla, O., "Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2023, págs. 89-117, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.16225>; y Fernández Ramírez, M., "Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social*, núm. 5, 2022, págs. 181-204, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.15115>.

48 En este otro caso, el Tribunal *"teniendo en cuenta los principios fundamentales en los que se basa la protección de datos consagrados en el Derecho de la Unión Europea, declara infringidos los principios de transparencia, de limitación del tratamiento de minimización de datos y que dicho algoritmo se muestra bajo una normativa opaca y poco verificable, declarándolo contrario a la ley"*. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA-AAAAEMtMSbHtcUwMDAyNDa3NDJUK0StKs7Mz7MIMjACCGrI5aekhrq425bmpaSmZealpoCUZKZVuuQnhIQWpNqmJeYUp6qJJuXnZ6OYFA8zAQCfSdkrYwAAAA=WKE>

49 La SAN 1855/2021 ECLI:ES:AN:1855 argumenta que *"la atención a las necesidades fisiológicas no son un descanso, sino una pausa a lo largo de la jornada laboral y más aún, si cabe, en desempeños como el que nos ocupa, sujetos a conexión continua y que no considerarlo así, resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 4.2, apartados d) y e) del ET, por atentar contra la integridad física, así como contra el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y que por otro lado se establece una diferencia de trato por parte de la empresa carente de justificación alguna (...)"*.

En el caso de España, la SAN de 10 de mayo de 2021 resuelve un caso de discriminación algorítmica, basado en el control programático de las pausas permitidas al trabajador durante su jornada, exigiendo a todos estar continuamente conectados. El control llevado a cabo por dicho algoritmo discriminaba a las personas mayores de edad necesitadas de más pausas fisiológicas que los trabajadores más jóvenes⁵⁰.

3.2.1. Discriminación por razón de género

La ausencia de representación femenina ayuda al mantenimiento y perpetuación de aquellos estereotipos de género en nuestra sociedad⁵¹. Esta falta de visibilidad de las mujeres en ciertos sectores afecta a la toma de decisiones automatizadas, reflejando los mismos sesgos y discriminaciones, convirtiendo dichos algoritmos en un elemento excluyente e injusto que, atenta contra las numerosas normativas referentes a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁵². Un caso bastante ilustrativo fue el ocurrido en la empresa Amazon. En 2018 empleó un algoritmo digital para llevar a cabo un proceso de selección de personal. Para ello el algoritmo empleó los datos de los solicitantes presentados durante diez años. Como la inmensa mayoría de los currículos presentados provenían de hombres, el algoritmo sesgó de forma discriminada los presentados por mujeres, reproduciendo el sesgo de género que obraba en la base de datos de dicha empresa. La implementación de algoritmos de aprendizaje automático clasificó los currículos desechando, penalizando o descartando aquellos que contenían palabras como *mamá* o *femenino*.

Otro caso interesante es el ocurrido en la red social Facebook. Diversos estudios han evidenciado que dicha plataforma dirigía anuncios específicos sobre empleo excluyendo a las mujeres⁵³. Así mismo la plataforma daba la posibilidad a los arrendadores de filtrar determinados perfiles de inquilinos en función de concretos aspectos como la raza, su ubicación geográfica entre otros. Además permitía que su anuncio fuera visto tan sólo por los inquilinos que cumplieran dichas exigencias.

En definitiva, podría decirse que las inteligencias artificiales suponen un obstáculo añadido a las mujeres. En 2019, según datos de la UNESCO⁵⁴ se estimó que las mujeres ocupaban tan sólo el 29% en trabajos de investigación y desarrollo en todo el mundo. Ello, junto con otros factores, acucieron la brecha digital de género.

50 Mendoza, D., "Racismo y roles de género, conductas perpetuadas en algoritmos de inteligencia artificial", *Coloquio*, 65, 2020.

51 Baeza Yates, R., Peiró, K., ¿Es posible acabar con los sesgos de los algoritmos?, 2019 <https://users.dcc.uchile.cl/~rbaeza/bias/sesgos-algoritmos.html>

52 Rojo Torrecilla, E., "Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, pág. 30, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.16187>.

53 Disponible en <https://thestandardcio.com/2021/04/16/ia-de-facebook-mantiene-sesgo-de-genero/>

54 Collet, Neff, G. Gouvea, L., *Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres*, 2022.

Sin embargo, de conformidad con otros estudios estadísticos, parece que la primera brecha digital se encuentra superada⁵⁵. Cabe añadir que la brecha digital de género no se limita al acceso de las competencias TIC sino que influyen otros aspectos relevantes como el conocimiento técnico, el uso de las competencias, etc. Se hace referencia a la llamada segunda brecha digital, es decir, la diferencia que existe entre el conocimiento de implementación de las competencias TIC de los hombres y las mujeres. Esta brecha digital es relevante en relación con las infraestructuras y herramientas digitales pues posiciona a las mujeres en una situación discriminatoria en cuanto a las oportunidades emergentes del nuevo mercado laboral. Las inteligencias artificiales replicarán y mantendrán dichos sesgos de no establecer medidas de restricción en el uso de inteligencias artificiales y algoritmos de selección cercenando el acceso de las mujeres al empleo del futuro. En este sentido, resultan interesantes estos otros sesgos:

- **Sesgos en los datos:** Los algoritmos digitales requieren para su funcionamiento de un banco masivo de datos, pues de lo contrario no podría operar adecuadamente⁵⁶. Sin embargo, dicha cantidad masiva de datos no incluyen diversidad ni representatividad real al no incluir ciertos colectivos vulnerables como son las mujeres.
- **Sesgos presentes en el diseño:** La creación de los diseños algorítmicos y su sistematización acarrea sesgos si sus creadores vierten en ellos sus propios prejuicios, creando una discriminación sistemática y estructurada en los procesos de selección, generando decisiones sesgadas y dejando a las mujeres al margen.

El 11% de los empleos ocupados por mujeres están en riesgo de automatización respecto a un 9% de los hombres⁵⁷. Esto, evidencia un escenario aun desigual entre mujeres y hombres respecto de la igualdad en el acceso al empleo del futuro. En suma, el uso cada vez mayor de estas inteligencias acentuará dicha desigualdad debido a que los empleos del futuro en sectores tecnológicos o digitales serán cada vez mayores, más demandados y necesarios.

4. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS LABORALES FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La ley 15/2021 integral para la igualdad de trato y no discriminación reconoce en la exposición de motivos *“la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y*

55 Mujeres, tecnología y sociedad digital, *Mujeres y digitalización, de las brechas a los algoritmos*, 2022. La Encuesta TIC-Hogares (INE 2019) afirma que en los últimos diez años, las mujeres han aumentado el uso de Internet, pasando de un 51,9% en 2008 a un 85,6% en 2018 reduciendo la diferencia entre hombres y mujeres de 8,1 puntos a 1 punto. Disponible en https://www.inmujeres.gob.es/disenov/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_04.pdf

56 Disponible en https://www.igualdadenaempresa.es/recursos/estudios/Monografia/docs/Estudio_Inteligencia_artificial_e_igualdad_de_genero_Fundacion_Alternativas.pdf

57 Datos disponibles en: <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/noticias/2020/Julio/SociedadDigital.htm>

mecanismos de toma de decisión automatizados". Sin embargo, su articulado no contiene ninguna mención expresa que abarque la igualdad de trato y no discriminación frente a las inteligencias artificiales en su ámbito subjetivo. La exposición de motivos tiene un valor simbólico, de conformidad con la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la STC 150/1990, de 4 de octubre, la cual dispone que *"los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad"*, y STC 90/2009 de 20 abril *"(...) los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo"*.

No obstante, resulta llamativa la STC 36/1981 de 12 de noviembre: *"el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento para tener en cuenta en la interpretación de las leyes"*. En este sentido y, subsumiendo lo dicho al artículo 2º referente al ámbito subjetivo, podrían incluirse la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores respecto de los algoritmos digitales, amparándonos al cajón de sastre del inciso final de dicho artículo ya que: *"reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación (...) frente a cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Por esta vía podríamos exigir la responsabilidad del empresario, (en conjunción con el artículo 27.2 de la mencionada ley), en aquellos casos específicos en las que la IA genere desigualdad o discriminación injustificada no abarcada por el abanico de protección subjetivo de dicha ley.

Existen cuestiones relevantes dentro de la Ley 2/2023 de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y lucha contra la corrupción. Esta nueva ley, consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento de una Directiva de la UE, trae novedades que van a contribuir positivamente a la protección de los trabajadores⁵⁸. Dicha ley impone la obligación de crear un canal interno de denuncia, para aquellas empresas (físicas o jurídicas) de cincuenta o más trabajadores. Este sistema interno de información deberá establecerse una vez consultado al comité de empresa la implantación de dicho canal. Además la ley otorga al confidente o informante un marco de derechos a fin de protegerlo frente a posibles represalias de la empresa. Cualquier trabajador de la empresa, o que trabaje bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas proveedores, etc., podrá utilizar dicho canal de denuncia. La no implantación de dicho sistema de información conlleva la imposición de multas de hasta un millón de euros. Este canal interno de información supone una herramienta fundamental para aquellas infracciones en materia de protección de datos, vulneración de derechos fundamentales, situaciones de discriminación, etc.. Además sólo reconoce la condición de informante a personas físicas, por lo que, a tenor de la ley, no podrán crearse programas, aplicaciones informáticas o inteligencias artificiales destinadas al uso de estos canales de denuncia.

Sin embargo, esta ley presenta inconvenientes en determinadas modalidades, como el teletrabajo o trabajo a distancia, presentando serias dificultades para la detección de irregularidades, infracciones o vulneración de derechos de los trabajadores, al ser el propio domicilio del trabajador y no las instalaciones de la empresa, donde se desempeña el trabajo.

58 Legal Alert., *Aspectos laborales de la ley 2/2023 de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Disponible en <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2023/02/legal-alert-aspectos-laborales-ley-2-2023-20-de-febrero.pdf>

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, se ha constatado diversas conclusiones que puntualizamos a continuación:

Los algoritmos pueden estar sesgados y perpetuar la discriminación inconsciente, lo que podría limitar la diversidad de la fuerza laboral y afectar negativamente a ciertos grupos de personas. Los algoritmos pueden tener dificultades para evaluar habilidades o cualidades intangibles, lo que podría llevar a descartar candidatos valiosos. Existe la posibilidad de manipular los algoritmos con resultados falseados o engañosos que podrían afectar negativamente a la empresa y su reputación. La revolución tecnológica basada en IA hará al ser humano incapaz de diferenciar la realidad de la ficción por lo que acabará inexorablemente atado a inteligencias artificiales. Los algoritmos presentan serias dificultades para ser regulados por normas convencionales, provocando gran inseguridad jurídica. Algunos autores consideran que los avances tecnológicos han contribuido al desarrollo de una democracia digital, en el sentido de hacer a los ciudadanos más democráticos, más participativos con la res pública, debido a la ventaja de poder estar “conectado” con la democracia al estar más cerca de los conflictos sociales. Sin embargo, los avances tecnológicos no sólo traen beneficios sino también desventajas y ciertos efectos incompatibles con nuestra sociedad. Los algoritmos plantean serios problemas de convivencia con los derechos constitucionalmente reconocidos y consolidados. Los riesgos que reflejan son los propios de nuestra sociedad y, sin embargo, las empresas se lavan las manos frente a ellos, apelando a la responsabilidad algorítmica y por consiguiente a un vacío legal sin precedente.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Abadías Selma, A., García González G., *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Atelier, Barcelona, 2023.
- Aragüez Valenzuela, L., “Los algoritmos digitales en el trabajo, Brechas y sesgos”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021.
- Asquerino Lampero, M. J., “Algoritmos y discriminación”, *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, 2022.
- Baeza Yates, R., Peiró, K., ¿Es posible acabar con los sesgos de los algoritmos?, <https://users.dcc.uchile.cl/~rbaeza/bias/sesgos-algoritmos.html>, 2019.
- Fernández Ramírez, M., “Nuevos paradigmas para los derechos fundamentales del trabajo en la era tecnológica”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social*, núm. 5, 2022, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.15115>.

- García, R. F., "El presentismo laboral: una amenaza silenciosa", *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 83, 2011.
- García González, G., "La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos", en Abadías Selma, Alfredo; García, G. (Coordinadores), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Atelier, Barcelona, 2022.
- Lara, C. S., "El Algoritmo como protagonista de la relación laboral, Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 155, 2020.
- Mercader Uguina, J., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- Mendoza, D., "Racismo y roles de género, conductas perpetuadas en algoritmos de inteligencia artificial", *Coloquio*, 65, 2020.
- Molina Hermosilla, O., "Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2023, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16225>.
- Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida M. N., Vila Tierno, F., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2022.
- Nieva Fenoll, J., "La impronta de la inteligencia artificial en el proceso", en *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Rojo Torrecilla, E., "Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023, pág. 30, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16187>.
- Soriano Arnanz, A., "El uso de la inteligencia artificial en la selección y gestión del personal de las administraciones públicas", *Documentación Administrativa. Nueva época*, 9, 2023.
- Vila Tierno, F., "Tiempo de reformas ¿o no?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, 2021, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi2.12441>.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2023 - núm 7 ISSN-e: 2660-437X

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO: El infarto de miocardio sufrido por la persona teletrabajadora*

THE CONCEPT OF “WORK TIME” FOR THE PURPOSES OF CLASSIFYING AN WORK ACCIDENT: Myocardial infarction suffered by remote worker

Arturo Montesdeoca Suárez

Personal Investigador en Formación (PIF)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

arturo.montesdeoca@ulpgc.es ORCID [0000-0002-1519-4923](https://orcid.org/0000-0002-1519-4923)

Recepción de trabajo: 11-04-2023 - Aceptación: 14-07-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 207-223

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y POR ENFERMEDAD PROFESIONAL? ■ 3. UN BREVE ACERCAMIENTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE LABORAL. ■ 4. LA CALIFICACIÓN DEL INFARTO SUFRIDO POR LA PERSONA TELETRABAJADORA COMO CONTINGENCIA LABORAL. ■ 5. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO. ■ 6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y EL FALLO JUDICIAL. ■ 7. CONCLUSIONES AL DEBATE SUSCITADO. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y del Fondo Social Europeo.

El presente artículo se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación de la Universidad de Alcalá, PID2020-112731RB-I00, la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo.

RESUMEN

La STSJ de Madrid 89/2023 de 3 de febrero examina un supuesto controvertido, la calificación como accidente de trabajo del infarto de miocardio sufrido por una persona teletrabajadora en su domicilio. La controversia gira en torno al examen de las notas de laboralidad que integran el concepto “accidente de trabajo” y, concretamente, respecto a la presunción “tiempo de trabajo”. La persona trabajadora disponía de un horario flexible de trabajo que permitía iniciar la jornada laboral entre las 08:00 y las 10:00 y su jornada de trabajo se registraba con el encendido del ordenador. No obstante, el día de los hechos no se produjo dicho registro. Por tales motivos, la sala lo de social del TSJ de Madrid estima que no puede calificarse como accidente de trabajo la contingencia que causó el fallecimiento de la persona trabajadora porque no consta que se hubiera iniciado la jornada laboral tras revisar los datos del registro horario.

PALABRAS CLAVE: teletrabajo, accidente de trabajo, tiempo de trabajo, lugar de trabajo, seguridad social, contingencia, infarto.

ABSTRACT

The STSJ of Madrid 89/2023 of February 3 examines a controversial case, the classification as a work accident of a myocardial infarction suffered by a remote work at home. The controversy revolves around the examination of labor notes that integrate the concept “work accident” and, specifically, regarding the presumption “working time”. The worker had a flexible work schedule that allowed the workday to start between 08:00 and 10:00 and their workday was recorded by turning on the computer. However, on the day of the events, said record was not produced. For these reasons, the social chamber of the TSJ of Madrid considers that the contingency that caused the death of the worker cannot be classified as a work accident because there is no record that the working day had started after reviewing the data from the time record.

KEYWORDS: remote work, work accident, working time, workplace, social security, contingency, heart attack.

1. INTRODUCCIÓN

La implantación del teletrabajo en España era algo ya anunciado pero que no estaba entre las prioridades regulatorias hasta que llegó el confinamiento sanitario. Entre las diferentes causas por las que el teletrabajo no ha conseguido posicionarse fuertemente en nuestro país puede señalarse tanto las características del tejido productivo que imposibilita su adopción en determinados sectores profesionales como la cultura empresarial española "ampliamente forjada sobre la nota de presencialidad"¹.

De hecho, cabe señalar que, con anterioridad a la declaración del estado de alarma, en España sólo el 4,9 % del total de personas empleadas trabajaron de forma habitual desde casa frente a un 3,5 % que sólo lo hizo alguna vez. Estos datos arrojan una respuesta contundente, el 91,6 % nunca utilizó la opción del teletrabajo, lo que significa que prácticamente ha pasado desapercibida esta modalidad de prestación laboral.

Y una cuestión bien conocida puesto que ha sido examinada en profundidad por la doctrina es que tras la irrupción del Covid-19, el porcentaje de establecimientos que priorizó el desarrollo de la prestación laboral en modalidad de trabajo creció exponencialmente por estas razones de fuerza mayor. De hecho, se alcanzó una ocupación del 51,4 % de establecimientos que se acogieron a esta posibilidad. No obstante, en esta nueva etapa de normalización pandémica, se puede constatar un evidente retroceso en el teletrabajo puesto que ha descendido al 43,4 % de las empresas que optan por esta modalidad², desmontando las teorías de que alentaban un futuro distinto³.

Este hecho que nos sorprendió a todos requirió una respuesta legislativa precipitada y urgente a fin de regular todas las aristas que afectan al desarrollo de esta modalidad laboral. Desde el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, pasando al el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁴ y finalizando con la norma en vigor, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD).

1 Álvarez Cuesta, H., "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Revista Lan Harremanak*, núm 43, 2020, págs. 175-201.

2 Este retroceso puede tener causa en el abono de los gastos derivados del trabajo a distancia por el empresario, apostando por un modelo híbrido semipresencial abonando la figura del "trabajador en remoto". *Vid.*, un estudio en Cremades Chueca, O., "Teletrabajo asalariado no regular y compensación de gastos: una propuesta interpretativa y aplicativa integradora de su régimen jurídico", *Revista luslabor*, núm. 2, 2022, págs. 151-189.

3 López. L. (5 de marzo de 2021). Los datos lo demuestran: el teletrabajo ha llegado para quedarse. *El Mundo*. Recuperado de <https://ahoramascerca.elmundo.es/deslocalizacion/los-datos-lo-demuestran-el-teletrabajo-ha-llegado-para-quequedarse>

4 *Vid.*, un análisis exhaustivo de la norma en Gala Durán, C., "La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020", *Revista derecho de las relaciones laborales*, núm 11, 2020, págs. 1473-1493. Sierra Benítez, M., "¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, núm. 2, 2020, págs. 8-10, De Las Heras García, A., "Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 452, 2020, págs. 171-193.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

La LTD ha sido objeto de crítica por la doctrina *iuslaboralista* porque el legislador no llevó a cabo una elaboración completa de la norma, de hecho, es palpable una regulación insuficiente en materias como la seguridad y salud e inexistente en el caso del régimen de protección de la seguridad social⁵. Y ello pese a que existen textos internacionales que han tratado esta temática con anterioridad a su entrada en vigor.

En primer lugar, el Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio que dispone en su art. 4 lo siguiente: “1. En la medida de lo posible, la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa. 2. La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: (...) (c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, (...) (e) la protección por regímenes legales de seguridad social”.

Y, en segundo lugar, la Recomendación sobre el trabajo a domicilio núm. 94 recoge en su art. 25 que “Los trabajadores a domicilio deberían recibir protección en materia de seguridad social. Esta protección podría otorgarse mediante: (a) la extensión de los regímenes existentes de seguridad social a los trabajadores a domicilio; (b) la adaptación de los regímenes de seguridad social para que amparen a los trabajadores a domicilio; o (c) la creación de cajas o regímenes especiales para los trabajadores a domicilio”.

En el ámbito nacional, una mera referencia y de forma indirecta a esta cuestión, puede encontrarse en el contenido del art. 4.1 ya que se confirma que “las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que se sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional”. Por tanto, puede estarse de acuerdo en que la LTD no ha previsto ninguna previsión específica en materia de seguridad social para la modalidad del teletrabajo, más allá que la extensión del régimen general previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Esta cuestión no es de poca importancia, ya que se plantean serias dudas respecto a la acreditación de la presunción de tiempo y lugar de trabajo de la contingencia sufrida por la persona teletrabajadora⁶ a fin de la calificación del accidente de trabajo, ex art. 156 de la LGSS. De hecho, ya se están conociendo paulatinamente diversos pronunciamientos judiciales que, precisamente, estudian los parámetros legales que integran esta figura —el accidente de trabajo— en la modalidad

5 Poquet Catalá, R., El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. VI, núm. 2, 2021, pág. 177.

6 Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Revista Temas Laborales*, núm. 134, 2016, pág. 142.

de teletrabajo. Por tales razones, una parte de la doctrina laboralista⁷ se está planteando si resulta lógico aplicar los mismos criterios jurisprudenciales elaborados para el trabajo presencial.

Por tanto, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la reciente sentencia del TSJ de Madrid 89/2023 de 3 de febrero, en la que se aborda un caso de accidente de trabajo —infarto de miocardio— en la modalidad de teletrabajo. Y, concretamente, abordar qué criterio ha seguido el TSJ de Madrid en el análisis de la presunción de tiempo de trabajo a efectos de la calificación del accidente de trabajo de conformidad con la legislación vigente en materia de Seguridad Social. Todo ello a fin de valorar si la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de accidente de trabajo en la modalidad presencial cuenta con la solvencia jurídica suficiente para abordar las particularidades del teletrabajo. O, si, por el contrario, resulta necesario una fórmula jurídica diferente y, por ende, específica para esta modalidad contractual que permita dar respuesta a estas cuestiones planteadas.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y POR ENFERMEDAD PROFESIONAL?

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), tiene entre sus objetivos “promover la seguridad y salud de las personas trabajadoras mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo”, ex art. 2.1. Así, la finalidad que se pretende alcanzar es ofrecer un marco jurídico solvente que garantice la seguridad y salud de las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales. Este concepto, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.4 LPRL, consiste en “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo”. Así mismo, puntualiza respecto a su gravedad, que deberá ser valorado “conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo”.

Por otra parte, debe hacerse mención de otro importante concepto, “el daño derivado del trabajo”, entendiéndose como aquellas “enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo” ex art. 4.3 LPRL. En el análisis de este concepto, un sector de la doctrina ha señalado que puede interpretarse de forma amplia puesto que permite subsumir diferentes agresiones potenciales a la salud de las personas trabajadoras⁸. En definitiva, puede estarse de acuerdo en que un daño derivado del trabajo es “cualquier alteración física o psíquica que sufra la persona trabajadora como consecuencia de la prestación de servicios⁹”.

7 Gala Durán, C., “Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales”, *Revista Iuslabor*, núm. 1, 2023, pág. 148.

8 Blasco Mayor, A., “Daños derivados del trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2001, pág. 178.

9 Ginnès I Fabrellas, A. (coord.) Luque Parra, M. y Peña Moncho, J., *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 116.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

En estos momentos puede llevarse a cabo un acercamiento a otro ámbito, la seguridad social, caracterizado por la acción protectora que “se concreta en medidas que concede el sistema para prevenir, reparar o superar el estado de necesidad derivado de la aparición de la contingencia prevista¹⁰”.

De conformidad con el art. 156.1 LGSS, estos daños se producen como consecuencia a una acción en el ecosistema laboral, el accidente de trabajo, denominado como “toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. A este respecto, la doctrina del TS ha señalado como accidente de trabajo “aquél en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”. Y, siendo más precisos, comprendería no solo a los padecimientos ejercidos de forma súbita y violenta por un agente exterior en el cuerpo humano¹¹, sino que también a “las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo¹²”.

Por consiguiente, puede estarse de acuerdo con que existen diferencias entre ambos conceptos, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. De este modo, “mientras que el accidente de trabajo es consecuencia de un acontecimiento súbito y repentino, la enfermedad es fruto de un acontecimiento progresivo y diferido, en mayor o menor grado, en el tiempo¹³”. Por el contrario, la enfermedad profesional se manifiesta o exterioriza en un momento concreto, por cuanto se ha desarrollado “de forma silente e “insidiosa por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo¹⁴” a lo largo del tiempo.

En suma, corresponde analizar otro concepto más, la enfermedad del trabajo, que de acuerdo con el art. 156.2 e) LGSS, está integrada como un subtipo de accidente de trabajo, consideradas como aquellas “enfermedades, no incluidas en el apartado siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del contrato”. Mientras que, la enfermedad profesional, en virtud del art. 157 LGSS, será aquella “contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de

¹⁰ De Las Heras García, A., *Trabajo a distancia y teletrabajo. análisis crítico de normas y prácticas convencionales*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021, pág. 189.

¹¹ STS-Sala de lo Social 4762/1997 de 18 de junio de 1997.

¹² STS 8476/2013 de 18 de diciembre de 2013.

¹³ Zafra Mata, D., “La calificación del accidente de trabajo por el Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 124, 2016, pág. 146.

¹⁴ STS-Sala de lo Social 921/2017 de 22 de noviembre.

esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

Las enfermedades profesionales a las que hace referencia el art. 157 LGSS se encuentran recogidas en el cuadro de enfermedades profesionales que ha sido aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Además, la doctrina del TS ha reiterado en varias ocasiones la presunción “*iuris et iure*” de las enfermedades profesionales incluidas en la clasificación de enfermedades profesionales del Anexo I. Esta presunción es importante porque significa que “a diferencia del accidente del de trabajo respecto del que es necesaria la prueba del nexo causal para la calificación de laboralidad, tal prueba no se exige el trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas¹⁵”.

Además, la presunción de laboralidad también se aplica ex art. 156.2 e) LGSS a las enfermedades profesionales. A este respecto, la STS 1213/1995 de 27 de diciembre señaló que “para desvirtuar la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal”. Por tanto, y de conformidad con la doctrina del TS, en el caso de que el accidente o enfermedad del trabajo se produzcan en tiempo y lugar de trabajo, existe una presunción “*ius tamtum*”¹⁶. Por lo tanto, a *sensu contrario*, cuando el accidente o enfermedad se materialice fuera del lugar y tiempo de trabajo, la carga de la prueba se traslada a la persona trabajadora a fin de demostrar la relación de causalidad con el trabajo.

3. UN BREVE ACERCAMIENTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE LABORAL

El art. 156.3 LGSS señala a efectos de la calificación de la contingencia con carácter laboral, “salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”.

¹⁵ STS-Sala de lo Social 1333/1990 de 28 de enero, STS-Sala de lo Social 1720/1991 de 21 de octubre, STS-Sala de lo Social 2669/1991 de 25 de noviembre, STS-Sala de lo Social 2990/2004 de 14 de febrero, STS-Sala de lo Social 2579/2006 de 20 de diciembre.

¹⁶ STS Sala de lo Social 1374/1985 de 22 marzo 1985.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

De conformidad con el art. 7. c) de la Ley 10/2021, el horario de trabajo y, en su caso, las reglas de disponibilidad se encuentran recogidas como contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia. Esta obligación viene recogida en virtud del art. 34.9 ET, fijando una obligación para el empresario de registro diario de jornada (horario de inicio y finalización de cada jornada). Y esta previsión, como se ha podido comprobar, ha sido incorporada específicamente en la Ley 10/2021 en el art. 14. En este punto es preciso señalar que el art. 13 reconoce el derecho al horario flexible; concretado en el acuerdo de trabajo a distancia con estricta observancia de los tiempos de disponibilidad obligatoria y normativa sobre tiempo de trabajo y descanso.

El binomio jurídico-laboral conformado por los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso siempre ha formado parte de una discusión tanto por la doctrina laboralista como por la jurisprudencia nacional y comunitaria¹⁷. Este debate ha pretendido ofrecer una respuesta seria y contundente a la extralimitación de los periodos máximos de la jornada de trabajo que inciden directamente en el disfrute del derecho al descanso de las personas trabajadoras y que, a su vez, habilita al disfrute de otros derechos fundamentales íntimamente conectados como la conciliación de la vida personal y familiar y el derecho a la salud.

Esta problemática se acentúa en este nuevo contexto de revolución industrial 4.0 que ha ocasionado una reformulación de las formas de organización y gestión de la prestación laboral. Precisamente, la presunción “tiempo de trabajo” plantea serios interrogantes para la modalidad de teletrabajo, especialmente, cuando existe un régimen de flexibilidad ex art. 13 de la Ley 10/2021. Un sector de la doctrina ha señalado que la presunción de laboralidad, pese a la flexibilidad, debería imperar por cuanto la persona trabajadora se encuentra en periodo de tiempo de trabajo. Así, precisan que debería ser la persona trabajadora quien acreditase que se encontraba en tiempo de trabajo al momento de sufrir tal lesión¹⁸.

Por otro lado, existe una tesis por la que se defiende que “el tiempo de trabajo a efectos de la presunción de accidente de trabajo vendrá determinado por los tiempos reales de conexión y no por lo establecido formalmente¹⁹”. A este respecto, se puntualiza que los parámetros de jornada de trabajo y régimen de disponibilidad insertos en el acuerdo de trabajo a distancia no constituyen un límite infranqueable a efectos de la presunción de accidente de trabajo.

17 En este sentido, resulta de interés el análisis que se ha efectuado a nivel comunitario sobre esta materia de vital importancia para el sistema de relaciones laborales. Por ejemplo, en la STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto *Tyco*, STJUE de 7 de septiembre de 2016, asunto *Commission versus United Kingdom*, STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto *Ville de Nivelles*, STJUE de 28 de octubre de 2021, asunto *BX versus Unitatea Administrativ Teritorială*, STJUE de 9 de marzo de 2021 (C-580/19 y C-344/19) y STJUE de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20).

18 Ginés I Fabrellas, A. (coord.) Luque Parra, M. y Peña Moncho, J. *Teletrabajo. ob. cit.*, pág. 128. A este respecto hay quienes plantean que sería recomendable que la persona trabajadora “comunique la incidencia lo más rápido y fiable posible a la empresa y a los órganos correspondientes de la Seguridad Social”. *Vid.*, Mella Méndez, L., “Valoración crítica del RD-Ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia”, en Rodríguez-Piñero Royo, M. Todoli Signes, A. *Trabajo a distancia y Teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pág. 200.

19 Muñoz Ruiz, A.B., Martín-Pozuelo López, A. y Todoli Signes, A., “Salud mental, desconexión digital y teletrabajo desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales”, *Resumen ejecutivo – Generalitat Valenciana, Institut Valencià de Seguretat i Salut en el Treball, UGT País Valencià y Universitat de València*, 2023, pág. 8.

Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que la persona trabajadora debería ser la que acreditase la relación de causalidad entre el accidente y el trabajo, ya que en caso de duda se resuelve a su favor en virtud del principio “*pro operario*”²⁰.

No obstante, y en aras de ofrecer algo de luz a este sugerente debate, la STSJ de Cataluña 6963/2021 de 14 de abril, ha concluido que “el hecho de no cumplir por el empresario su obligación de registro horario supone, conforme a las reglas de la carga de la prueba (art. 217.7 LEC), la existencia de una presunción a favor de la persona trabajadora, considerándose suficiente que se aporte un indicio de prueba de la realización de las horas extraordinarias”. Asimismo, la SAN 144/2019 de 10 de diciembre señaló que el registro de jornada es una herramienta útil, entre otras, para dar “cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos laborales relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, en garantía de la seguridad y salud de las personas trabajadoras (art. 4 d) ET)”.

Por tanto, la empresa debe dar cumplimiento a esta obligación legal a fin de implantar un mecanismo de registro horario solvente y objetivo con el trabajo a distancia o teletrabajo. Además, será la empresa la que deberá desvirtuar esta presunción en su contra y, la persona trabajadora, podrá valerse de cualquier medio de prueba reconocido en derecho. Esta actuación será a efectos de una doble finalidad consecutiva; la calificación de tiempo de trabajo y, por ende, de la presunción de laboralidad del accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo.

No obstante, se estima conveniente determinar correctamente en el acuerdo de trabajo a distancia el horario de trabajo y los tiempos de disponibilidad a efectos de evitar posibles desencuentros en esta materia. Y, será vital en este sentido, la elección de un correcto y óptimo sistema de registro de jornada que permita acreditar, en caso de duda, esta presunción de tiempo de trabajo.

4. LA CALIFICACIÓN DEL INFARTO SUFRIDO POR LA PERSONA TELETRABAJADORA COMO CONTINGENCIA LABORAL

El estudio de la contingencia aquí examinada, el infarto de miocardio, en la jurisprudencia del TS se caracteriza por ser muy amplia²¹. Así, ha indicado en varias ocasiones que la interpretación del art. 156.1 LGSS las “lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de

20 THIBAUT ARANDA, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico y Social – Colección Estudios, 2000, p. 256. Sierra Benítez, E.M., “La retribución, suspensión y extinción en el teletrabajo”, en Villalba Sánchez, A. y Mella Méndez, L. *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pág. 227.

21 Entre otras, STS-Sala de lo Social 8476/2013 de 18 de diciembre

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

carácter laboral²²”. A este respecto, la doctrina ha señalado que el resultado directo de la interpretación flexible del art. 156.1 LGSS efectuada por la Sala de lo Social del TS se ha materializado en la calificación del infarto de miocardio como accidente de trabajo²³.

En suma, la STS 8879/2007 de 27 de septiembre ha puntualizado que, para la calificación del infarto de miocardio como accidente de trabajo, deben observarse los siguientes criterios:

La presunción *iuris tamtum* ex art. 156.3 LGSS, se extiende “no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo”.

La destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad requiere probar la “falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado (...) bien porque su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal”.

La presunción de laboral no queda excluida pese a que “el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo”. Siendo el criterio relevante, “la acción del trabajo como factor desencadenante de una crisis”.

No obstante, pueden distinguirse supuestos que se producen en tiempo de trabajo y fuera de tiempo de trabajo, así como aquellos cuyos síntomas debutan en tiempo y lugar de trabajo, pero la lesión se materializa en otros espacios de tiempo²⁴.

Además, la STS 1945/2004 de 20 de diciembre se ha mostrado muy estricta en su interpretación “tiempo de trabajo”, por cuanto ha entendido que “el término legal «tiempo de trabajo» contiene una significación más concreta, equivalente a la del artículo 34.5 ET referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo —físico o intelectual— que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada”. Negando, en cualquier caso, que se trate de una interpretación basada en un “rigorismo excesivo” puesto que en la delimitación de la presunción legal requiere deben observarse límites bien definidos para alcanzar la ansiada seguridad jurídica.

22 STS-Sala de lo Social 8569/2003 de 6 de octubre, STS-Sala de lo Social 8367/2006 de 20 de noviembre, STS-Sala de lo Social 9215/2006 de 22 de noviembre, STS-Sala de lo Social 1810/2008 de 20 de octubre, STS-Sala de lo Social 7608/2009 de 20 de octubre, STS-Sala de lo Social 60/2011 de 22 de diciembre, STS-Sala de lo Social 10305/2012 de 4 de octubre.

23 Poquet Catalá, R., “El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo”, *ob. cit.*, pág. 164.

24 *Vid.*, un estudio en amplitud en Cuadros Garrido, M.E., *Ocasionalidad y presunción en el accidente de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 95-100.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

En consecuencia, se ha comprobado que la calificación del infarto como contingencia laboral exige una interpretación muy exhaustiva de los elementos que configuran el concepto de accidente de trabajo. De hecho, ya se cuenta con varios pronunciamientos en los que se analiza, precisamente, la distinción de la contingencia, el infarto de miocardio, por la persona trabajadora que viene realizando la prestación de servicios en modalidad de teletrabajo.

En primer lugar, la STSJ de País Vasco 2053/2020 de 15 de septiembre. En cuanto a los hechos probados, la persona trabajadora realizaba funciones de comercial, su jornada laboral comenzaba a las 08:00 horas y buena parte de sus funciones las realizaba en su domicilio en modalidad de teletrabajo ya que no contaba con oficina física. Además, debe señalarse que la persona trabajadora tenía antecedentes relacionados con la contingencia sufrida —infarto agudo de miocardio— y que le causó el fallecimiento. El desafortunado suceso tuvo lugar a las 08:30 horas, momento en el que se encontraba en su domicilio realizando funciones.

En primera instancia el Juzgado de lo Social desestimó calificar la petición de la parte actora frente al INSS, TGSS y las Mutuas como accidente de trabajo. Sin embargo, el TSJ se muestra contrario a esta tesis al señalar que constituye un “hecho súbito que se desencadena en tiempo y lugar de trabajo”.

A criterio del TSJ, la presunción de lugar de trabajo se justifica en el sentido de que consta probado de que la persona trabajadora no contaba con espacios físicos y, por tales circunstancias, desarrollaba parte de su jornada laboral en su domicilio particular. Y ello pese a que la actividad no fuera calificada como “preponderante” a efectos del antiguo art. 13 ET. Por otro lado, considera que los antecedentes cardíacos no son motivo suficiente para “destruir la presunción” y, por ende, la “calificación de accidente de trabajo, pues la crisis se ha desencadenado en tiempo y lugar de trabajo, sin que se pueda excluir la intervención del trabajo como factor desencadenante de la misma”.

En suma, esta presunción *iuris tantum* ex art. 156.3 LGSS no ha sido desvirtuada por la Mutua. Por tales motivos, el TSJ calificó la contingencia sufrida, el infarto de miocardio, como accidente de trabajo ya que se ha justificado y argumentado las presunciones de lugar y tiempo de trabajo.

En segundo lugar, otra situación similar puede encontrarse en la STSJ de Aragón 875/2022 de 18 de enero. De conformidad con los hechos probados, la persona trabajadora desempeñaba sus funciones como profesora de un centro escolar en modalidad de teletrabajo tras la irrupción del COVID-19. La jornada de trabajo era de carácter flexible para permitir que la persona trabajadora pudiera compaginar sus laborales profesionales y familiares.

El día de los hechos, el 4 de junio de 2020, la persona trabajadora previamente a la celebración de una reunión online a las 12:00 horas, le comunicó a un compañero de trabajo sus dolencias en brazo y espalda. La reunión finalizó a las 14:05 y entorno a las 14:43, un familiar de la persona trabajadora tuvo que solicitar un servicio al 112 porque se encontró indispuesta. No debe pasarse por alto un dato importante, y es que, durante las 24 horas previas al suceso, la persona trabajadora padeció “tres episodios de dolor torácico opresivo no irradiado de menor intensidad” que achacó a su artritis reumatoide.

El procedimiento en primera instancia ante el Juzgado de lo Social de Huesca tuvo como resultado la estimación de la demanda frente a las entidades INSS, TGSS, empresa y Mutua respecto a la calificación de la contingencia como incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

En suplicación, el TSJ consideró que la presunción de laboralidad ex art. 156.3 LGSS en supuestos de infarto cardiaco debe aplicarse con independencia de que la persona trabajadora manifieste “indicios o síntomas previos del infarto acaecido durante la jornada laboral, o a continuación de la misma”. A este respecto, de conformidad con la doctrina del TS (STS 644/2015 de 8 de marzo), no constituye impedimento el hecho de que la persona trabajadora “venga padeciendo con anterioridad una dolencia sujeta a tratamiento médico”. Ya que “es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”.

En conclusión, a juicio del TSJ, el infarto padecido por la persona trabajadora se produjo en tiempo y lugar de trabajo en tanto en cuanto la dolencia se manifestó durante la jornada laboral y se materializó minutos después de acabar la reunión. Por tanto, no se aprecia una ruptura del nexo causal siendo la acción del trabajo el factor desencadenante de la crisis.

5. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO

En cuanto a los hechos probados, la persona trabajadora prestaba sus servicios para la empresa Mercados y Análisis S.A., como responsable de equipos en modalidad de teletrabajo en su domicilio, de acuerdo con lo pactado con la empresa.

La jornada laboral se desarrollaba en horario de 09:00-18:00 horas y los viernes de 09:00-16:20 horas. Y, respecto al horario de inicio/finalización de la jornada laboral, se determinó un régimen de flexibilidad, de tal forma que podía comenzar una hora antes y una hora después de las 09:00 horas. Con carácter general, la persona trabajadora comenzaba regularmente —de acuerdo con los registros de jornada del último mes— su jornada a las 09:00 horas sin realizar ningún apunte o registro sobre la pausa para comida puesto que el sistema descontaba de forma automática 1 hora.

El día 4 de febrero de 2021, la persona trabajadora sufrió un infarto en su domicilio, siendo la principal causa de su fallecimiento. La autopsia elaborada por el Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses de Madrid certificó que la causa de la muerte fue debida a una “isquemia de miocardio (coronariopatía severa), a las 09:40 horas de dicho día. Sin embargo, no consta tras su revisión, que la persona trabajadora en este día donde sufrió la contingencia se conectase al sistema por lo que se deja entrever que nunca llegó a comenzar su jornada laboral.

Entre otros datos de relevancia que pudieran afectar al resultado del fallo, no se ha acreditado que la persona trabajadora realizase el día de los hechos (el 4 de febrero) ningún tipo de llamada o comunicación, que existiera una carga o nivel de trabajo significativa, excesos de jornada verificados por el registro en las fechas previas al fallecimiento ni tan siquiera que existieran antecedentes

médicos de “riesgo directo o potencial inherente al puesto de trabajo que pudiera llegar a derivar en esta situación y que pudiera ser prevenido”.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y EL FALLO JUDICIAL

El TSJ de Madrid examina el primer motivo de suplicación, ex art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por el que se pretende añadir un nuevo hecho probado. El objetivo por la parte recurrente consiste en demostrar una rutina habitual, en concreto, que el Sr. Carmelo registró durante todos días del mes de enero el inicio de su jornada a las nueve de la mañana. Sin embargo, el TSJ estima que este hecho no es exacto y no se refleja “documentalmente dicho horario”. En todo caso, podrá aceptarse que “empezó a trabajar cerca de esa hora todos los días de ese mes y nunca antes”.

En cuanto al último motivo de suplicación, a tenor del art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se invoca la infracción del art. 156.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A este respecto, la parte actora defiende la calificación de la contingencia sufrida por el Sr. Carmelo —infarto de miocardio— causante de su muerte, como contingencia de accidente de trabajo. Su argumentación se centra en desgranar las presunciones que integran la calificación de accidente de trabajo, lugar y tiempo de trabajo. En primer lugar y respecto al lugar de trabajo, la persona trabajadora realizaba sus funciones en modalidad de teletrabajo, por tanto, su domicilio constituía su lugar de trabajo o centro de trabajo habitual. Además, se muestra bastante crítico con la argumentación que efectuó la resolución de instancia al descartar que la calificación de la contingencia tuviera lugar en zona de trabajo, ya que se materializó en el baño de su domicilio —lugar del fallecimiento²⁵—.

Por otro lado, sostiene que se ha llevado a cabo una interpretación muy rígida de la presunción de tiempo de trabajo; la falta de registro de jornada el día de los hechos no es motivo suficiente para descartar la calificación de la contingencia como accidente de trabajo. Para justificar este argumento, se apoya en la rutina habitual seguida por la persona trabajadora en el mes anterior a los hechos.

En los datos del registro de jornada se puede comprobar que inició la jornada laboral periódicamente a las nueve de la mañana, sin hacer uso de la flexibilidad laboral que disponía. Y, en suma, que la razón principal por la que la persona trabajadora no registró el inicio de la jornada laboral el día de los hechos fue el padecimiento del “ataque al corazón cuando se encontraba en su mesa de trabajo y a punto de conectarse”.

²⁵ STS-Sala de lo Social de 22 de diciembre de 2010.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Por lo tanto, concluye que existe una relación o nexo de causalidad que permite acreditar la presunción de tiempo de trabajo; la “súbita irrupción de la dolencia” fue la causa de no iniciar y fichar el inicio de la jornada laboral.

El TSJ se preocupa por dejar claro que no resulta positivo efectuar una “interpretación mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo”. Efectivamente, se refiere a constreñir la interpretación del lugar de trabajo al espacio físico determinado por la mesa y la silla que utiliza la persona teletrabajadora. Y, además, entiende que pueden producirse situaciones en las que podría calificarse la contingencia como laboral sin desvirtuar la presunción de lugar de trabajo porque “la lógica interpretativa impondría como laboral”. Se está refiriendo a situaciones ya analizadas, por ejemplo, cuando la persona trabajadora sufre una caída cuando acude al baño o en otra dependencia de su domicilio para servirse agua y/o producto alimenticio. Hasta incluso, en una situación como la que aquí se analiza, cuando la contingencia se sufre en el baño no sería una circunstancia para excluir la nota de laboralidad.

Sin embargo, respecto a la presunción de tiempo de trabajo sí se muestra contrario a llevar a cabo una interpretación tan amplia y que para su análisis reivindica que es preciso remitirse a los hechos probados. Así, el registro de jornada horaria de la persona trabajadora se configuró a través del encendido del ordenador, siendo un “elemento clave a efectos de inicio de su jornada”. La persona trabajadora contaba con un acuerdo de flexibilidad horaria, de esta forma, podía iniciar su jornada laboral entre las 08:00 y las 10:00 horas. Por lo que, a tenor de lo descrito, la contingencia sufrida se produjo a las 09:40 horas, momento en el que aún no había registrado su ni tampoco estaba obligado a iniciar su jornada laboral.

El TSJ concluye que no es posible aceptar la tesis de la parte actora por la que pretende probar una rutina continuada por la persona trabajadora respecto al registro de su jornada en una hora concreta, las 09:00 horas. Esta posibilidad la descarta al señalar que “la conducta observada en un mes concreto por mucho que fuera el anterior, no es suficiente para demostrar la habitualidad pretendida”. En suma, la presunción de tiempo de trabajo no puede prosperar ya que las siguientes hipótesis no pueden corroborarse por falta de pruebas:

- a. Se desconocen “las concretas circunstancias que se dieron el día 4 y si el infarto fue precedido de síntomas de la suficiente relevancia como para impedirle iniciar la jornada con anterioridad”.
- b. No puede afirmarse “que ya sentado en la mesa de trabajo tuviera que abandonarla para dirigirse al baño e intentar recuperarse de lo que fuera un decaimiento transitorio”.
- c. Y tampoco que “se hubieran producido especiales incrementos en la carga de trabajo y/o excesos de jornadas en fechas cercanas (...) que a su vez generasen específicas situaciones de estrés”.

Entonces, a tenor de los argumentos esgrimidos, no prospera el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora y se desestima la calificación de la contingencia sufrida como accidente de trabajo.

7. CONCLUSIONES AL DEBATE SUSCITADO

La calificación del infarto de miocardio como accidente de trabajo plantea una serie de dificultades que se engrandecen en la modalidad del teletrabajo, y la explicación se resume a la acreditación de la presunción lugar y tiempo de trabajo ex art. 151.3 LGSS.

La LTD no ha incluido ningún tipo de precepto que referencie expresamente el régimen de protección social para las personas teletrabajadoras. Por tales razones, esta problemática se ha comenado a resolver —caso a caso— con la aplicación directa de la doctrina elaborada por el TS para situaciones materializadas en una relación laboral tradicional, es decir, con carácter presencial.

En cuanto a la presunción “lugar de trabajo” sí existe un cierto consenso tanto doctrinal como jurisprudencial respecto a una interpretación amplia de este ámbito. No obstante, la presunción “tiempo de trabajo” genera serias dudas e interpretaciones a efectos su concreción, es decir, la determinación de un criterio objetivo que permita discernir su aplicación.

El TS en la interpretación de la presunción “tiempo de trabajo” a efectos de la calificación del infarto de miocardio como accidente laboral, ha mantenido un criterio sumamente estricto. Se apoya en la interpretación del art. 34.5 ET determinando dos requisitos; el primero, la lesión debe producirse cuando la persona trabajadora se encuentra en su puesto de trabajo; el segundo, que además la persona trabajadora comience la actividad o esfuerzo (físico o intelectual).

Conforme a lo anterior, el sentido del fallo del TSJ de Madrid se amolda al criterio asentado por el TS, esto es, una aplicación estricta de la presunción “tiempo de trabajo” que impediría aplicar la presunción *iuris tamtum* ex art. 156.3 LGSS. En definitiva, el fichaje de la jornada opera como criterio objetivo y límite a efectos de dotar de mayor seguridad jurídica la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo. Una actuación que, *a priori*, realza el protagonismo del registro de jornada como herramienta objetiva, que trasmite información fehaciente y computa de forma efectiva la jornada laboral en esta modalidad contractual²⁶. Y, además, a efectos de constituir prueba suficiente sobre la lesión materializada en tiempo de trabajo y que acredita el carácter laboral de la contingencia.

En conclusión, se comparte con la doctrina la necesidad de efectuar una reforma de la LTD que prevea una previsión específica sobre las particularidades que envuelven al accidente de trabajo en esta modalidad telemática. Una actuación que se justifica puesto que en esta modalidad —y como se representa en el caso examinado— la flexibilidad de la jornada plantea serios interrogantes en cuanto a la interpretación de la presunción “tiempo de trabajo”.

²⁶ López Ahumada, J.E., *Tiempo de trabajo y economía digital. Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*, Ediciones Cinca, Madrid, 2022, pág. 197.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Cuesta, H., “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, *Revista Lan Harremnak*, núm. 43, 2020.
- Blasco Mayor, A., “Daños derivados del trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2001.
- Cuadros Garrido, Ma. E., *Ocasionalidad y presunción en el accidente de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Cremades Chueca, O., “Teletrabajo asalariado no regular y compensación de gastos: una propuesta interpretativa y aplicativa integradora de su régimen jurídico”, *Revista Iuslabor*, núm. 2, 2022.
- De Las Heras García, A., “Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 452, 2020.
- De Las Heras García, A., *Trabajo a distancia y teletrabajo. análisis crítico de normas y prácticas convencionales*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2021.
- Gala Durán, C., “La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, núm 11, 2020.
- Gala Durán, C., “Teletrabajo y accidente de trabajo: una aproximación a la posición de los tribunales”, *Revista Iuslabor*, núm. 1, 2023.
- Ginnès I Fabrellas, A. (coord.) Luque Parra, M. y Peña Moncho, J., *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- López Ahumada, J. E., *Tiempo de trabajo y economía digital. Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*, Ediciones Cinca, Madrid, 2022.
- Mella Méndez, L., “Valoración crítica del RD-Ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia”, en Rodríguez-Piñero Royo, M. Todolí Signes, A., *Trabajo a distancia y Teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- Muñoz Ruiz, A. B., Martín-Pozuelo López, A. Todolí Signes, A., “Salud mental, desconexión digital y teletrabajo desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales”, *Resumen ejecutivo – Generalitat Valenciana, Institut Valencià de Seguretat i Salut en el Treball, UGT País Valencià y Universitat de València*, 2023.
- Poquet Catalá, R., “El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. VI, núm. 2, 2021.
- Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Revista Temas Laborales*, núm. 134, 2016.
- Sierra Benítez, M., “¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, núm. 2, 2020.

LA PRESUNCIÓN “TIEMPO DE TRABAJO” A EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Sierra Benítez, E. M., “La retribución, suspensión y extinción en el teletrabajo, en Villalba Sánchez, A. y Mella Méndez, L., *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

Thibault Aranda, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico y Social – Colección Estudios, 2000.

Zafra Mata, D., “La calificación del accidente de trabajo por el Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 124, 2016.



CLÁSICOS DEL DERECHO

ESTUDIOS
DE
DERECHO

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2023 - núm 7 ISSN-e: 2660-437X

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO DE MAX WEBER: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado

THE SOCIOLOGY OF LAW OF MAX WEBER: Juridification, legitimization and rationalization of public and private power

José Luis Monereo Pérez

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

jmonereo@ugr.es ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 03-07-2023 - Aceptación: 06-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 225-301

■ 1. FUNDAMENTOS DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL. ■ 2. LA TEORÍA WEBERIANA DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA. RACIONALIDAD FORMAL Y RACIONALIDAD MATERIAL DEL DERECHO. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En gran medida la sociología del Derecho de Weber se resuelve en el estudio del proceso de racionalización del Derecho, desde el Derecho carismático, revelado e irracional, hacia el Derecho moderno, secularizado y tecnificado. La cuestión central de la sociología del Derecho de Weber radica en el estudio de la racionalidad jurídica y de la formalización de los procesos y criterios de decisión que presiden al orden jurídico: el proceso de racionalización del orden normativo y de las estructuras políticas. En el pensamiento de Weber domina la idea de que *el proceso de racionalización impregna todos los ámbitos de la organización de la sociedad moderna*: la organización de las estructuras políticas y jurídicas, las formas de dominación pública y privada, los sistemas de organización del trabajo en las empresas y en las administraciones, la filosofía y las artes, etcétera. Esta racionalización del mundo de la vida, viene impulsada por una dinámica interna que se impone sobre las instituciones y organizaciones, públicas y privada, y también sobre los propios individuos y agregados sociales.

PALABRAS CLAVE: Max Weber, Modernidad, Racionalización del mundo de la vida, Racionalización del poder público y privado, Racionalización del trabajo en la empresa, organización capitalista del sistema del trabajo asalariado.

ABSTRACT

To a large extent, Weber's sociology of law is resolved in the study of the process of rationalization of law, from charismatic, revealed and irrational law to modern, secularized and technified law. The central question of Weber's sociology of law lies in the study of legal rationality and the formalization of the processes and criteria of decision presiding over the legal order: the process of rationalization of the normative order and of political structures. Weber's thought is dominated by the idea that the process of rationalization permeates all areas of the organization of modern society: the organization of political and legal structures, the forms of public and private domination, the systems of organization of work in companies and administrations, philosophy and the arts, and so on. This rationalization of the world of life is driven by an internal dynamic that imposes itself on institutions and organizations, both public and private, and also on individuals and social aggregates.

KEYWORDS: Max Weber, Modernity, Rationalization of the world of life, Rationalization of public and private power, Rationalization of work in the Company, capitalist organization of the wage labor system.

“El capitalismo ha tenido en Occidente una importancia y (lo que constituye su fundamento) unos tipos, formas y direcciones que no han existido en ninguna parte [...] Pero todas las características del capitalismo occidental debe en realidad su importancia a su conexión con la organización capitalista del trabajo [...] el moderno capitalismo empresarial nacional necesita tanto de la calculabilidad de los medios técnicos del trabajo como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales [...] Sólo el Occidente ha puesto a disposición de la vida económica un Derecho y una administración dotada de esta perfección formal técnico-jurídica”

Max Weber¹

1. FUNDAMENTOS DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA SOCIAL

“La vida es flujo sin interrupción y, al mismo tiempo, algo encerrado en sus portadores y contenidos, formado en torno a núcleos, individualizado y, por ello, una forma siempre delimitada que sobrepasa permanentemente sus límites —ésta es su esencia—. La categoría que denomino “el trascenderse la vida a sí misma”, ha de tomarse bajo la indicación de que la vida no cesa en el empeño de desarrollarse”.

Georg Simmel²

Max Weber es uno de los grandes fundadores de la Sociología del Derecho; para muchos el padre fundador de dicha disciplina. La sociología del Derecho adquiere una especial centralidad, que comparte junto con la sociología del dominio y la sociología de la religión, y está presente —aunque dispersa— en una gran parte de su obra, más allá del capítulo VII de su libro *Wirtschaft und Gesellschaft (Economía y Sociedad)*. En este sentido, la concepción de Weber del Derecho sigue el hilo conductor de la “racionalización”. Le concierne el estudio de las dimensiones sociales del Derecho; los comportamientos humanos referidos al Derecho. Analiza empíricamente los comportamientos humanos orientados subjetivamente por un sistema jurídico considerado legítimo. No estudia el sistema jurídico como orden normativo, sino como complejo de motivaciones del actuar humano real³. Su conocimiento científico comprensivo-explicativo es el propio de la sociología jurídica. Pero su

-
- 1 Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Almaraz y J. Carabaña, en Weber, M., *Ensayos sobre sociología de la religión*, Tomo I, trad. J. Almaraz y J. Carabaña, Madrid, Taurus/Grupo Santillana, 1998, págs. 16-20.
 - 2 Simmel, G., “La trascendencia de la vida”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 89 (2000). https://web.archive.org/web/20100105162326/http://www.reis.cis.es/REISWeb/PDF/REIS_089_15.pdf, pág. 305.
 - 3 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 252.

sociología jurídica no incurre en el “sociologismo jurídico”, puesto que atiende al Derecho como hecho (objeto principal de la sociología del Derecho), sin desconocer la especificidad del Derecho como norma (objeto principal de la ciencia jurídica), afirmando su interconexión y mutua interacción, por más que pueda (y deba) ser criticada la adhesión positivista de Weber al formalismo jurídico. La sociología del Derecho de Weber se vincula —sin disolverse en ella— con su sociología de la dominación. En cualquier caso, en el pensamiento de Weber domina la idea de que el proceso de *racionalización impregna todos los ámbitos de la organización* de la sociedad moderna: la organización de las estructuras políticas y jurídicas, las formas de dominación pública y privada, los sistemas de organización del trabajo en las empresas y en las administraciones, la filosofía y las artes, etcétera. Esta racionalización del mundo de la vida, viene impulsada por una dinámica interna que se impone sobre las instituciones y organizaciones, públicas y privadas, y también sobre los propios individuos y agregados sociales. Weber es consciente de que la modernización capitalista se caracteriza por una especial relevancia de la esfera de la economía, de manera que el proceso de racionalización en el campo de la técnica, la organización económica y del sistema de trabajo industrial (incluida la valorización y la vocación al trabajo profesional), condiciona una parte importante de las ideas de la vida sociedad moderna; a la par que las mentalidades (incluidas las mentalidades religiosas y las ideologías políticas y de todo tipo) influyen sobre esa racionalización de los procesos económicos y su dinámica de desarrollo. Ello no obstante, el proceso histórico es más complejo, porque la racionalización es un concepto histórico que abarca todo un mundo de cuestiones diferentes y a ritmos desiguales, nunca lineales; irreductible a simplificadoras generalizaciones. Por ello mismo, no se puede entender, sin más, que el desarrollo diacrónico del capitalismo moderno pueda ser percibido como una simple manifestación de una evolución hacia la racionalización como un todo, esto es, en todos los ámbitos de la existencia del orden de la sociedad. Por lo demás, este enfoque reductivo no podría dar cuenta de las rupturas reales que se operan en el desarrollo histórico de las sociedades humanas. Se ha de indagar —descubrir— la función histórica de las instituciones y organizaciones, en cada etapa, y el significado de las acciones y relaciones sociales de todos los actores que intervienen en desarrollo de las civilizaciones. Las mismas tesis weberianas se insertan —como no podría ser de otro modo— en contextos históricos y culturales marcados por un proceso dominado por momentos de continuidades y de cambios (de carácter más o menos disruptivos).

El pensamiento de Max Weber en su conjunto —y no sólo en su vertiente sociológica— ha ejercido una extraordinaria influencia a nivel mundial y en prácticamente todos los ámbitos culturales e ideológicos. En tal sentido es harto significativa la recepción en la cultura española y latinoamericana, con destacados intelectuales cuyas obras estuvieron marcadas por la influencia penetrante de las teorías de Max Weber. Se trata de filósofos, juristas, sociólogos, historiadores y politólogos.

Max Weber parte de la concepción de la “sociología comprensiva”. Entiende que es una ciencia que trata de comprender interpretativamente el actuar social, a fin de explicarlo por sus causas en su transcurrir y en sus consecuencias (comprensión del sentido y explicación causal de la acción social) (WEBER 1964, 5). Es así que su objeto específico no es exclusivamente el estudio de los hechos sociales (que es la posición típica del positivismo), sino esencialmente el actuar social o la acción social de los individuos. Su modelo de sociología Derecho se define como comprensivo o interpretativo. Es la idea de la “comprensión explicativa” como fórmula de síntesis de su pensamiento sobre

la sociología como ciencia social (que para él es necesariamente formal, y en cuanto tal no busca revelar la verdad, sino tan sólo a construir modelos ideales que facilitan el conocimiento del objeto), la cual intentaría superar la diferenciación artificial entre comprensión y explicación de gran predicamento en la tradición positivista de su tiempo⁴. Así, la sociología no se ocuparía más que del estudio de comportamientos observables desde fuera de las acciones humanas. Por otra parte, la explicación y comprensión de la acción social se hacen posibles en virtud de la determinación de su *sentido (Sin)*, entendiendo por sentido el significado que los sujetos agentes confieren a la acción, el cual puede ser compartida entre varios sujetos en una multiplicidad de relaciones⁵. Por ello, cuando exista esa confluencia, el sentido individual se traduce en sentido social de la acción. Finalmente, la actividad de conocimiento integral de la acción (comprensión y explicación) supone un proceso de simplificación. Para conseguirlo Weber construye su teoría del tipo ideal “puro”, como elaboración lógico-conceptual unitaria obtenida por abstracción *objetiva* (sin recurrir a criterios de valoración) de elementos relevantes de los fenómenos reales considerados⁶. Para él el tipo ideal está formado por la acentuación unidimensional de uno o más puntos de vista y por la síntesis de gran cantidad de fenómenos concretos individuales difusos, distintos, más o menos presentes, los cuales se colocan según esos puntos de vista enfatizados de manera unilateral en una construcción analítica unificada. Esta construcción mental, puramente conceptual no puede ser encontrada, como tal, empíricamente en ningún lugar de la realidad. La función del tipo ideal consiste en comparar la realidad empírica a fin de establecer sus divergencias o similitudes, de describirla por medio del más inteligible e inequívoco de los conceptos, y de comprenderla y explicarla causalmente. De manera que los tipos ideales constituyen aparatos heurísticos preordenados a ser utilizados en la investigación de ámbitos específicos de la realidad histórica. Ésta —la necesidad histórica en constante evolución— determina la construcción de nuevas tipologías ideales para responder a las exigencias regulativas de una realidad social cambiante.

Weber, interiorizando en gran medida la poderosa filosofía del neokantiano⁷ de su tiempo (que diferencia entre dos mundos: el “mundo del ser” y “mundo del deber ser”, como distinguen también

4 Freund, J., *Las Teorías De Las Ciencias Humanas*, Barcelona, Península, 1993, Pág. 123. Sobre La Configuración De Las Ciencias sociales como ciencias comprensivas y explicativas al mismo tiempo, véase la excelente aportación de Wright, H.Von., *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1980, *passim*. Operando creativamente y reconstructivamente con esa distinción en la ciencia del Derecho, véase Monereo Pérez, J.L., “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de derecho social*, núm. 37 (2007), págs. 11-52. Para el lugar de Weber en las reflexiones metodológicas que marcaron el primer tercio del siglo veinte, y con él el desenvolvimiento doctrinal posterior, puede consultarse, Schluchter, W., *Acción, orden y cultura. Estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber*, trad. Lía E. Cavadas, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008, págs. 17 y ss.

5 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 23-24.

6 Weber, M., *Ensayos sobre metodología de sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, pág. 79. Wolfgang Schluchter ha subrayado que la teoría de los tipos ideales de Max Weber es esencialmente una teoría exclusiva para las ciencias de la acción. Fuera de estas ciencias tiene poco sentido. Pero aquí tiene su lugar, ya que los hombres pueden orientarse. Cfr. Schluchter, W., *Acción, orden y cultura. Estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber*, trad. Lía E. Cavadas, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008, pág. 35.

7 Weber se consideraba siempre discípulo de Rickert en lo que hace referencia a la lógica de la ciencia. Véase Aron, R., *La sociología alemana contemporánea*, Buenos Aires, Paidós, 1953, págs. 82 y ss.

autores neokantianos Hans Kelsen, Georg Simmel), trata de diferenciar nítidamente la dogmática jurídica y la sociología del Derecho. En este sentido puede demarcarse esos dos mundos, teniendo en cuenta que, como se ha dicho en un plano general, la obra de Weber no constituye un sistema⁸. Corresponde a la dogmática formular o comprender el sentido intrínseco objetivo incorporado a una norma jurídica y controlar su coherencia lógico con el conjunto de sistema jurídico. Centra su atención en el mundo del “deber ser” (el deber ser del Derecho) y le preocupa la validez jurídica o normativa (que es validez ideal; que distingue de la validez empírica, relativa al plano del ser)⁹. El conocimiento o captación de esa dimensión normativa del Derecho se efectúa mediante el método jurídico. Por su parte, es objeto de la sociología del Derecho comprender (su sociología del Derecho es, evidentemente, sociología comprensiva) el comportamiento fáctico relevante de los miembros del grupo en relación a las leyes vigentes y establecer el sentido de la creencia en su validez. Se interesa por la eficacia social de las normas, es decir, de la acomodación de las conductas a lo preceptuado en el orden normativo de referencia. Su concepción de la validez empírica es comprensiva de la idea de validez y eficacia. Importa aquí el análisis de la acción y sus determinantes y resultantes, esto es, el ser del Derecho, su facticidad. Se ocupa, por tanto, del mundo del “ser” y la interesa, ante todo, la validez sociológica o empírica. La sociología del Derecho se ocupa del sistema jurídico en su calidad de complejo de motivaciones del actuar humano real. El punto de vista jurídico se pregunta qué vale idealmente el derecho es decir qué significado y por eso de nuevo qué sentido normativo debe atribuir de manera lógicamente correcta a una formación lingüística que se presenta como norma jurídica. Sin embargo, para la sociología del Derecho, se pregunta qué sucede de hecho en el ámbito de una comunidad, dada la existencia de la posibilidad de que individuos que participan en el actuar de una comunidad —sobre todo aquellos que ejercen de manera socialmente relevante una influencia de hecho sobre ella— consideren subjetivamente y traten prácticamente a determinados ordenamientos jurídico como válidos, y por tanto orienten en vista de ello su propio actuar¹⁰. El conocimiento o captación de esta dimensión fáctica del Derecho se realiza propiamente a través de un método sociológico. En este sentido, Weber establecer una distinción entre el punto de vista estrictamente jurídico (punto de vista interno relativo a la estructura lógico normativa y a los procedimientos jurídicos) y el punto de vista externo (concerniente a los comportamientos y a las relaciones de poder político, económico y social, condicionante de la producción y aplicación de las normas). Si el primero integra el objeto de la ciencia jurídica como ciencia normativa (la “dogmática”

8 Sobre la controversia metodológica de su tiempo, aunque en un momento algo posterior a la muerte de Weber pero en línea de continuidad de lo que ya antes se venía planteando en la doctrina iusfilosófica, véase la obra Kaufmann, E., Sauer, W., y Hohenauer, G., *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar (1921-1929)*, a cura di R. Miccú (el cual realiza un estudio sobre “La controversia metodologica nella dottrina weimariana dello Stato”), Napoli, 1992. Para una crítica a la teoría “idealista” de los dos mundos en su proyección jurídica, véase Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, págs. 63 y ss. (“Discusión: idealismo y realismo en la teoría jurídica”). Ross, A., *Lógica de las normas*, edición y estudio preliminar, “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.

9 Véase también “La ‘superación’ de la concepción materialista de la historia de Stammler” (1907), en Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009, espec., 131 y ss.

10 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 251-252; también págs. 5 y ss.

jurídico-formalista de su época), por el contrario, el campo propio y específico de la sociología del Derecho es, en su opinión, es el acotado desde ese último punto de vista. Para él, sin embargo, la comprensión explicativa integral del Derecho exige de una estrecha colaboración —no confusión— entre los métodos jurídico y sociológico. Será después, cuando Kelsen establecería una separación más radical entre esos dos puntos de vista, es decir, entre ciencia jurídica y sociología jurídica, desde su enfoque ideológico-positivista¹¹.

Partiendo de la acepción de la distinción fundamental entre ser y deber ser en el fenómeno jurídico, entiende que el “*proceso de racionalización del Derecho* no va necesariamente acompañado de una creciente conformidad de los comportamientos con su validez normativa. La misión del sociólogo es evidenciar esta *separación*”¹². La sociología “investiga regularidades y tipos empíricos, lo mismo en calidad de consecuencias que —sobre todo— de causas o concausas de regularidades del actuar humano directamente relevante desde el punto de vista sociológico, y de los acontecimientos naturales, provocados por él, relevantes indirectamente”¹³. Para Weber el objeto de la sociología jurídica son las conductas humanas en la medida en que se orientan subjetivamente por un orden jurídico que se considera válido. En suma centra su atención en las regularidades empíricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación que los individuos tienen de un sistema jurídico válido¹⁴. Precisamente la noción técnica del “tipo-ideal” constituye un instrumento conceptual encaminado a dominar intelectualmente lo empírico. La ciencia en general, en su desarrollo a través de las distintas disciplinas específicas, pretende elaborar instrumentos técnicos susceptibles de utilización práctica; pero, en opinión de Weber, no se puede garantizar que el fin que cierta técnica

11 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Ed. Porrúa, 1993; Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, y Estudio preliminar, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, *passim*; Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, edición y estudio preliminar, “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” (págs. XXI-CLXXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002. Puede consultarse, al respecto, Losano, M.G., *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 1992.

12 Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Eds. Sirey, 1978, págs. 69 y sigs.; Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1973. Ampliamente, Schluchter, W., *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, 1979. Véase también Schluchter, W., *Acción, orden y cultura. Estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber*, trad. Lía E. Cavadas, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008. No se olvide que Weber se sitúa en la tradición del *neokantismo sudoccidental alemán*. Véase, al respecto, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 210. Para esa atmósfera cultural, véase Kaufmann, E., Sauer, W., y Hohenauer, G., *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar (1921-1929)*, a cura di R. Miccú (el cual realiza un estudio sobre “La controversia metodológica nella dottrina weimariana dello Stato”), Napoli, 1992. Véase también Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Para una reconsideración de esta problemática dentro de una perspectiva más compleja de la experiencia jurídica, véase MONEREO PÉREZ, J.L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, en Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (colección “Crítica del Derecho”), 1999, espec. XXVIII y ss. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

13 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 268.

14 Fariñas Dulce, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 149.

persigue sea de por sí válido, y que el objeto de una investigación sea verdaderamente digno de ser conocido. No obstante, respecto de esa validez y esa dignidad del objeto cognoscible deciden las correspondientes valoraciones divergentes que los hombres puede realizar¹⁵.

Es de hacer notar que para Kelsen, la eficacia es condición de la validez del ordenamiento jurídico y de las normas que lo integran, “en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida cuando ha cesado de ser eficaz”¹⁶. En del Alf Ross maduro, ciertamente no se puede decir sin más que en su pensamiento la validez quede reducida a su simple eficacia. Pero Ross contesta la separación, y modos de realización, entre la validez y la eficacia del Derecho con el pensamiento de Kelsen. En efecto, para Kelsen las normas que integran un orden positivo valen *porque* la norma fundamental —constituida en regla de base de su producción— es presupuesta como válida, y no por ser simplemente eficaz. No obstante, las normas jurídicas tienen validez exclusivamente *mientras* que dicho orden jurídico sea eficaz. En el momento en que el orden jurídico instaurado sobre la base la Constitución pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico como tal, como igualmente cada una de sus normas, pierden su validez¹⁷. De manera que, a diferencia de Ross, Kelsen configura el sistema normativo de modo *autofundado y objetivo, no dependiente de los hechos, ni se percibe como la forma organizativa específica de ciertas relaciones materiales*, sino como la *forma jurídica*, que opera de modo autónomo en relación a las mismas, y desde su propia lógica jurídica interna. El Derecho se contempla, pues, como autonomizado respecto a las relaciones materiales de poder; organiza la fuerza, pero sin estar reducido a ella, porque tiene su propia lógica de funcionamiento que le hace no estar enteramente disponible para el poder. El Derecho no puede ser reducido al poder constituido o fáctico. De ahí el carácter axiológicamente vacío de la norma fundamental en la concepción kelseniana. Alf Ross puso de manifiesto la vinculación inescindible entre validez y eficacia (entre deber ser y ser, entre Derecho y Fuerza), de tal manera que la validez exige la eficacia. Siendo ello así, es el ser (los hechos) —y no el deber ser (validez formal)— el auténtico criterio para la *existencia* del Derecho. Pero también para Ross, como Kelsen, el Derecho no es tan sólo un hecho. Por ello mismo en su obra *Lógica de las normas* evita referirse a la acepción de la validez como existencia de las normas. Hay aquí una *demarcación* respecto al reduccionismo de identificar validez y existencia: Derecho válido y Derecho existente no se sitúan en el mismo plano, ni tienen el mismo sentido jurídico¹⁸. En el plano crítico es harto discutible, por

15 Rossi, P., “Introducción” a Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973, págs. 9 a 37, en particular, 36.

16 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Ed. Porrúa, 1993, 22 y 25. Ese condicionamiento material de la validez por la eficacia ocasiona una cierta incoherencia interna en el pensamiento de Kelsen. En Kelsen la validez corresponde al mundo del *sollen* y la eficacia al mundo del *sein*, porque la validez es una cualidad del Derecho, y la eficacia, una cualidad de la conducta humana. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, 2013.

17 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Porrúa, 1993, pág. 224.

18 Cfr. Monereo Pérez, J.L., “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, estudio preliminar a Ross, A., *Lógica de las normas*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular, CXXIX-CXXX. Es harto significativa la evolución intelectual de Radbruch sobre el concepto de validez. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, en Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (colección “Crítica del Derecho”), 1999, págs. XVII-CIX, espec., LXXI ss.

su unilateralidad, la reconducción de la validez a la simple eficacia. Por lo pronto, desde el punto de vista lógico se incurre en la paradoja de que una norma es más eficaz y válida cuanto más es objeto de aplicación por los jueces y, en consecuencia, conforme es menos observada por los individuos. Con todo, Ross parece buscar una síntesis entre el realismo psicológico y el realismo "behaviourista".

Había en Weber una concepción reflexiva de la ciencia, al entender que el sentido de la ciencia reside en situar al hombre en condiciones de comprender racionalmente las motivaciones de sus acciones. En cierta medida su labor investigadora y su actitud política obedecen, con gran coherencia, a esta actitud reflexiva¹⁹. La ciencia, la labor científica, en sí, hace al hombre consciente de su actuar, es decir, del sentido de la relación entre los fines a que tiende y los medios que utiliza. Para Weber el producto cultural permanente de la ciencia es la claridad y honestidad intelectual, la toma de posición deliberada del hombre ante sí mismo y respecto a lo que efectivamente está haciendo²⁰. La ciencia es un aspecto del proceso de racionalización específica de las sociedades occidentales modernas; y en particular las ciencias de la cultura se orientan hacia la aprehensión de los sentidos subjetivos de las formas de conducta. Su objetivo es comprender la existencia vivida. Para él, el fin cognoscitivo de la sociología del Derecho estriba esencialmente en entender las regularidades empíricas a través de la interpretación causal de sus factores determinantes. Interesa, pues, la comprensión del "sentido" de las acciones reales de los individuos, para así poder apreciar los *factores causales* de las mismas²¹. Entiende Weber que la sociología (en cuanto ciencia de la cultura) es una ciencia comprensiva y causal que trata de "entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos"; aunque como toda teoría de la elección racional, también la de Weber plantea la grave cuestión del paso del ámbito estrictamente individual al ámbito social, porque, como ha sido advertido, la conducta social general no responde siempre a las previsiones que pueden derivar del principio de racionalidad de las decisiones, cómo tampoco prevalece siempre la acción de los sujetos más racionales o más afortunados. Por el contrario, el resultado social de muchas acciones individuales racionales con frecuencia parece desmentir toda previsión²². La teoría científica se sitúa inevitablemente en el marco de la razón instrumental a fin de servir a la orientación de la acción individual y política. Se preocupa por el sentido de la acción social de los individuos y sus consecuencias. No se interesa por la acomodación de la acción del sujeto a un esquema de valores (tipo valor justicia, solidaridad, etc.)²³. Pero con ello trata también de proteger la

19 Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, pág. 7. Sobre la teoría de la ciencia en Weber, véase Aron, R., *Las etapas del pensamiento sociológico*, vol. I y II, Buenos Aires, Segunda Parte, 1970, págs. 237 ss. Existe otra edición en la editorial Tecnos.

20 Véase Rossi, P., "Introducción" a Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973, págs. 9 a 37, en particular pág. 36. En la búsqueda de las respuestas adecuadas el científico se halla ante un proceso que no tiene fin o término, como dijera mucho después otro científico de tradición neokantiana tardía, Popper, K., *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*, Madrid, Tecnos, 1994.

21 Fariñas Dulce, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 153.

22 Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 34.

23 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 5-6. Sobre el concepto de acción social en Weber, véase, desde una perspectiva crítica funcionalista, Parsons, T., *La estructura de la acción social*, II, Madrid, Guadarrama, 1968, cap. XVII, págs. 783 y ss.; Lamo De Espinosa, E., *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Madrid, CIS, 1990, págs. 58 y ss.

esfera de los juicios libres. Por ello afirmará que “una actitud de *indiferencia moral* no está asociada con la ‘objetividad’”²⁴. Él condenará la inclusión de valoraciones políticas o ideológicas en la enseñanza académica, intentando separar la diferencia de la mera valoración respecto de la verificación empírica aportada por las ciencias sociales²⁵. Es más, afirmaba que “en cualquier caso, el empleo *por principio* del derecho a formular valoraciones desde la cátedra solo puede ser consecuente si, al mismo tiempo, se garantiza que *todas* las valoraciones partidarias tengan oportunidad de expresarse”. Partía de que la política es el dominio propio de la ética irracional, es lucha, en último análisis, entre valores divergentes en juego. No ignoraba Weber que la posibilidad de tomar posición consciente ante a los valores a través de una elección caracteriza la situación del hombre en el mundo²⁶. Pero lo que a Weber le preocupaba realmente es no confundir los planos discursivos, “científicos” y “valorativos”, siendo para él legítimo después hacer explícitas las propias posiciones sobre el problema. En realidad, desde el punto de vista sociológico lo que interesa es el concepto de “validez empírica”, no la “validez ideal” de una proposición jurídica que es la que interesa a la ciencia jurídica. La validez empírica remite a la probabilidad objetiva de que los individuos orientan sus comportamientos en el sentido previsto por del orden jurídico considerado como válido²⁷.

Una de las innovaciones más importantes de Max Weber consiste en situar expresamente el concepto de obrar social como fundamento de la sociología. Afirma que sin teoría y opción valorativa correspondiente no hay realidad, porque para Weber no existen hechos puros, porque cualquier hecho lleva en sí las interpretaciones que lo median y lo socializan. Es así que aparece la idea del sistema social del capitalismo moderno como conjunto de acciones gobernado por la racionalidad formal, de la racionalidad medios-fin, que la teoría crítica —de raíz weberiana— llamaría después

24 Weber, M., *The Methodology of the Social Sciences*, Nueva York, Free Press, 1949, pág. 60. Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.

25 Véase su ensayo Weber, M., “El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas” (1917), en Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, págs. 73, y 222 y ss. Dice, significativamente, que “Quien busca la salvación de su alma y la de los demás que no la busque por el camino de la política, cuyas tareas, que son muy otras, sólo pueden ser cumplidas mediante la fuerza. El genio o demonio de la política vive en tensión interna con el dios del amor, incluido el dios cristiano en su configuración eclesiástica, y esta tensión puede convertirse en todo momento en un conflicto sin solución”. Cfr. Weber, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1975, págs. 173-174. Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

26 Sobre su posición al respecto es esencial la lectura de su conocida conferencia Weber 1969, 81 ss. Véase Rossi, P., “Introducción” a Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973, págs. 36-37.

27 Según Weber “el hecho de que en la cabeza de determinados hombres dominen ciertas representaciones, empíricamente determinadas en cada caso, acerca del ‘sentido’ de un ‘precepto jurídico’ representado como válido, tiene como consecuencia que el actuar pueda estar orientado racionalmente hacia ciertas expectativas y, por lo tanto, proporcione a individuos concretos, ‘chances’ determinadas. Su conducta puede estar considerablemente influida por esa vía”. Cfr. Weber 1973, 188; 1964, 253 ss).

“razón instrumental” (Adorno, Horkheimer, Marcuse, Habermas)²⁸. Weber configura la racionalidad formal con referencia al *aspecto instrumental* de la racionalidad con arreglo a fines en unión con a su *dimensión electiva*²⁹.

2. LA TEORÍA WEBERIANA DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA. RACIONALIDAD FORMAL Y RACIONALIDAD MATERIAL DEL DERECHO

Según Weber el Derecho existe cuando la validez de una orden se encuentra garantizada externamente por la oportunidad de una restricción (física o psíquica), que un procedimiento legal, especialmente instituido a este fin, puede ejercer sobre la actividad de los miembros con el objetivo de hacerla respetar o de castigar toda infracción³⁰.

El concepto de racionalización en Weber es complejo y presenta diversos aspectos o dimensiones. Cabe decir que la expresión racional y racionalización la utiliza para caracterizar emisiones, opiniones, y acciones, respecto de las cuales pueden formularse razones. La racionalidad de las opiniones y acciones —bajo el influjo del neokantismo— se mide básicamente por pretensiones de validez susceptibles de crítica, que pueden basarse en razones y pueden ser objeto de un análisis metódico. Sobre esta base Weber diferencia tres dimensiones de los procesos de racionalización: a) la organización racional de los sistemas de símbolos, y en particular de las interpretaciones religiosas y de las ideas morales y jurídicas. La racionalidad remite aquí a la aplicación consecuente de las operaciones formales y su consistencia lógica. b) a toda aplicación del saber empírico y de la capacidad de dominación instrumental y organizada de los procesos naturales a través de los conocimientos aportados por la ciencia y la técnica modernas. c) a la autonomización cognitiva de la moral, esto es, a la separación de las ideas práctico-morales y principios y doctrinas éticas en relación a las imágenes del mundo míticas, cosmológicas y religiosas. Remite a un modo de vida regido por principios, método y centrado en la autonomía del individuo. El proceso de racionalización occidental es un proceso de *civilización*. Hablar de la racionalidad del Derecho es *interrogarse sobre la función del Derecho* en la sociedad moderna. En este sentido *la racionalización se vincula con el proceso de juridificación*

28 Véase Marramao 1989, 130-131. Una interesante y reflexión sobre la crítica de la razón instrumentan en el pensamiento de Max Weber y J. Habermas puede encontrarse en Schecter, D., *The critique of instrumental reason from Weber to Habermas*, New York, Continuum International Pub. Group, 2010.

29 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 231. Asimismo, Habermas, J., “Aspectos de la racionalidad de la acción (1977)”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.

30 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 25 y ss.

occidental de las relaciones sociales, lo que tiene que ver con la calculabilidad y previsibilidad de las conductas y con el aumento del *control* social de las mismas. No se olvide, a este propósito, la condición del Derecho como *técnica específica de organización y control social*. Esta penetración del Derecho en la vida humana (en todos sus ámbitos) era contemplada con pesimismo por Weber, aunque es una dialéctica sometida a los modos de organización de la sociedad democrática en los países de capitalismo avanzado.

La racionalización del Derecho está condicionada directamente por la diferenciación entre *Derecho formal* y *Derecho material*³¹. El primero se deduce lógica y exclusivamente de las presuposiciones de un sistema determinado del Derecho. Por ello, configura al Derecho formal como el conjunto del sistema del Derecho puro integrado por normas jurídicas que responden solamente a la lógica jurídica, sin necesidad de hacer reclamo de elementos externos al Derecho mismo³². El derecho es en sí formalización de la realidad social, sin que quepa una escisión simplificadora entre el derecho como formal y la realidad social entendida como la materia, como, a su entender, había defendido Stammler³³. Sin perjuicio de ello, los órdenes jurídico-estatal y económico conservar su respectiva esfera de autonomía funcional. El Derecho es forma, y en calidad de tal está dotado de instrumentos jurídicos específicos y diferenciados: es una técnica específica de organización de la sociedad, como después lo configuraría Hans Kelsen.

Su criterio de justicia es estrictamente formal, es decir, atiende sólo a la lógica interna del sistema jurídico. La racionalización formal remite a la formalización de un orden materializado o codificado. Desde ese punto de vista, la racionalidad formal puede traducirse por *racionalidad instrumental* a ese orden prefigurado, formalizado. Racionalidad con arreglo a fines (medio-fin). La racionalización formal es ambivalente, y se halla en una situación de tensión dialéctica permanente. Puede liberar (modernidad), pero también *someter* y disciplinar el comportamiento de los hombres: el proceso de racionalización *formal* puede llevar a la "jaula de hierro"; a ese "estuche vacío de servidumbre" a que hace referencia Weber. Esa jaula de hierro de la servidumbre muestra el destino precario de la libertad en las sociedades capitalistas modernas; un camino hacia la sumisión como destino humano. El orden legal es indispensable para el buen funcionamiento de mercado: establece las reglas jurídicas necesarias para los intercambios y para la seguridad de los acuerdos; aporta la necesaria calculabilidad del funcionamiento jurídico como uno de los más importantes presupuestos de la existencia eficiencia de las empresas, de manera que permite un uso formalmente legítimo de los

31 Específicamente, Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 603 ss., "Racionalidad formal y material del derecho"; y Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología" (págs. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte I, epígrafe, 5, págs. 155 y ss.

32 Para Weber "un derecho es *'formal'* cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, "unívocas", de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos". Cfr. Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 511; y sobre el carácter formal del Derecho objetivo, véase *Ibid.*, págs. 512 y ss.

33 Cfr. Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009, págs. 77 ss., en particular, págs. 139-140.

poderes económicos dominantes en el sistema capitalista. Weber aporta un análisis de las condiciones existenciales del capitalismo, el papel del Derecho y de la racionalidad formal en la organización del poder y de la economía en la sociedad moderna a través de una ciencia social que afirma para sí la neutralidad valorativa, libre de valores; una ciencia que elimina de la actividad científica los juicios de valor, aunque se relacione externamente con ellos. En Weber no hay una reducción de la racionalidad jurídica a la racionalidad económica; su visión es más compleja y menos determinista, de lo que en algún caso se ha podido afirmar.

Este tipo de racionalidad hace referencia a las decisiones de individuos que actúan racionalmente en su elección, y que tratan de satisfacer sus intereses conforme a preferencias claras y con máximas de decisión dadas, típicamente, como es el caso del tráfico económico³⁴. El propio Weber indica que la racionalidad *formal* de una gestión económica (la cual utiliza como paradigma de comprensión generalizante) estriba en el grado de previsión y cálculo que le es técnicamente posible y que aplica en la práctica (*Economía y Sociedad*). Según Weber la racionalidad formal de una gestión consiste en el “cálculo que le es técnicamente posible y que aplica realmente”, frente a la racionalidad material que se aparta del mero cálculo técnico para remitir “al grado en que el abastecimiento de bienes dentro de un grupo de hombres (cualesquiera que sean sus límites) tenga lugar por medio de una acción social de carácter económico orientada por determinados *postulados de valor* (cualquiera que sea su clase), de suerte que aquella acción fue contemplada, lo será o puede serlo, desde la perspectiva de tales *postulados de valor*”³⁵. Así, pues, la racionalidad formal es típica de una economía de mercado. Pero hay más: en el fondo, según Weber, la justificada formal y racional es una garantía de la “libertad”, es decir, el mismo bien que los poderes teocráticos o patriarcales así como en ciertas circunstancias los democráticos y, en todo caso, los ideológicamente interesados en la justicia material, tendrían que rechazar. A todos éstos les preocupa no la justicia formal, sino la “justicia de Cadí”³⁶.

Sin embargo, el Derecho material otorga relevancia a elementos extrajurídicos y remite al sistema de valores imperante (de carácter económico, utilitarista, político, ético o religioso, hedonista o estamental, igualitario o de cualquier otra clase). Plantea, pues, exigencias de valor o fines *materiales*, midiéndose bajo ese prisma las consecuencias de la gestión económica. La racionalidad material significa que “en la decisión de los problemas jurídicos deben influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos

34 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 231. Obra, ésta, que, en realidad, es un *diálogo permanente*, reflexivo y crítico, con el pensamiento de Weber.

35 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 64.

36 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 607. Agrega, por lo demás, que “la justicia popular en la democracia ática directa tenía en gran medida tal carácter. La moderna justicia de jurados lo tiene a menudo también, no desde el punto de vista jurídico-formal, sino en lo que atañe a sus resultados. Pues en esta especie de colaboración limitada de la justicia popular, restringida siempre de un modo estricto desde el punto de vista formal, subsiste la tendencia de no someterse a reglas formales de derecho sino cuando el procedimiento jurídico constriñe técnicamente a ello” (*Ibidem*, pág. 607).

que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica³⁷. En el cuadro del Derecho material el valor justicia concede relevancia para la resolución de problemas al elemento intencional y a las circunstancias existenciales del individuo, existiendo un margen de mayor libertad de apreciación. En la racionalidad material la *implicación valorativa* se mide después de los resultados de la gestión económica por su racionalidad con arreglo a *valores* o por su racionalidad con arreglo a determinados fines materiales³⁸. Para Weber la racionalidad material es el dominio de las fuerzas irracionales, de la pasión. Veía con preocupación la emergencia de la racionalidad material en los orígenes de la forma de Estado social en la República de Weimar: una época de crisis del Estado de Derecho Liberal y de lucha por la instauración del Estado Social de Derecho³⁹. Aquélla es contemplada como una nueva servidumbre, el sometimiento a lógicas imperativas prefijadas que encadenan la vida del hombre (intervención estatal en términos de invasión o intrusión, de penetración en la sociedad civil). De este modo, la racionalidad del Derecho puede ser formal o material, lo que se traduce en el hecho de que nunca será enteramente perfecta, porque todos los conflictos jurídicos nacen del antagonismo insuperable entre estos dos tipos de Derecho⁴⁰. En ambos existe una permanente tensión entre legalidad y equidad. Con base a esa distinción esencial en el pensamiento de Max Weber se puede diferenciar distintos *tipos ideales de Derecho*.

En su "teoría racional del Derecho", Weber procede a distinguir, pues, la racionalización material y la racionalización formal, realizando una marcada tendencia hacia la materialización del Derecho en la sociedad contemporánea⁴¹.

El creciente mayor relieve de las corrientes antiformalistas encontraba en él algo más que los límites de la tecnificación jurídica, pues enlazaban con la influencia y condicionamiento sobre el Derecho

37 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 511.

38 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 64-65.

39 Puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 9 y ss.

40 En este sentido Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Península, 1973, pág. 227, el cual hace notar que "resulta claro que una justicia exclusivamente material significaría en su límite la negación del Derecho. Por otra parte, nunca ha existido y sin duda nunca existirá una justicia puramente formal que puede librarse de toda consideración ajena al Derecho"; *Ibid.*, 227. Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 20, donde diferencia cuatro tipos de racionalidad de la acción social.

41 Véase Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; Andreoni, C., "La razionalizzazione in Max Weber", en *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm.2 (1977), págs. 267 y ss., en particular, págs. 271 y ss. Una sugerente revisión del tema, atendiendo al desarrollo actual de la sociología jurídica y a las nuevas lecturas sobre el pensamiento de Weber, puede hallarse en Coutu, M., "Max Weber et les rationalités du droit", París, L.G.D.J.1995, *passim*. Esa distinción se ha revelado trascendental en el pensamiento jurídico contemporáneo, influyendo, desde la distancia de puntos de vista, en la misma elaboración de la teoría de la "constitución material". Véase Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, trad. y Est. Preliminar de A. Bergareche Gros, Madrid, CEPC, 2000. Sobre la base de una lectura conservadora de Weber, Ernst Forsthoff realizaría una severa crítica a la racionalidad jurídico-material propia del constitucionalismo que informa al Estado Social de Derecho. Véase Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial (1971)*, Madrid, IEP, 1975; Forsthoff, E., "Problemas constitucionales del Estado social", en VV.AA., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

y la práctica jurídica de las exigencias sociales de la democracia y por la burocracia dominante del “estado providente” o emergente Estado Social de Derecho⁴². Las exigencias de justicia material y el reconocimiento de los derechos sociales de la ciudadanía entrañan una relativización de la lógica de la racionalidad formal del Derecho. De ahí que en el Estado Social —y especialmente, aunque no exclusivamente, en el ámbito del Derecho Social— el problema de la legitimidad no se resuelve en la fe en la legalidad: junto a la legitimidad formal (que remite a la validez formal) debe atenderse a la legitimidad material (validez material). En estas coordenadas político-jurídicas, el problema de la materialización del Derecho moderno se inserta en la crisis de la racionalidad formal del constitucionalismo liberal (y su forma política del Estado Liberal de Derecho) y su revisión a través de su combinación con la racionalidad material propia del constitucionalismo democrático-social (y su forma política del Estado Social de Derecho). Weber constató ya inicialmente esa tendencia al progresivo desplazamiento del Derecho formal —basado en una justicia procedimental— por un Derecho material, construido sobre la base de una de una justicia social y criterios valorativos. En la democracia de masas se produciría una coexistencia del Derecho formal y del Derecho material marcando una nueva etapa en el proceso de constitucionalización jurídica de la sociedad moderna, y la consiguiente formalización del Estado democrático de masas o Estado Social de Derecho. Con todo, se transita del proceso de racionalización jurídico-formal al proceso de racionalización jurídico-material. El orden constitucional formaliza y garantiza el Estado moderno, confiriéndole el monopolio racional de la producción normativa y los poderes organización y re-organización jurídico-política permanente de la sociedad. Ese texto constitucional es el que establece las bases fundamentales del sistema jurídico y político (determinación de las fuentes de producción jurídica, las reglas de competencia entre poderes públicos y las reglas de regulación y control de las relaciones sociales y económicas; delimita los derechos de los individuos y el principio de soberanía popular). La legitimación se hace recaer en ese orden constitucional cuya observancia procedimental por los poderes públicos refuerza la creencia en la legalidad de los mandatos. El formalismo jurídico de la decisión y la legalidad otorga legitimidad al poder racional-legal. De este modo, el orden constitucional reviste de legitimidad jurídico-política a los poderes del Estado moderno y refuerzan su autoridad, haciendo opaco el decisionismo político subyacente. En este contexto discursivo, lo que le preocupa a Weber es la crisis del principio de legalidad formal y la creciente materialización del Derecho y del propio orden constitucional, pues en el constitucionalismo democrático-social (correspondiente a la democracia de masas), a diferencia del constitucionalismo liberal, el texto constitucional no se limita a organización la estructura del sistema de poder público, la distribución de competencias y la ordenación de los procedimientos racionales de decisión, sino que va más allá garantizan posiciones subjetivas de los individuos (derechos fundamentales) y obligaciones e instrumentos de intervención y regulación pública de la vida social y económica. Así, el orden constitucional es el ordenamiento del capitalismo organizado y “racionalizado”. En otras palabras: lo que se formaliza en la constitución jurídica democrático-social son los poderes de dirección de la economía y de la sociedad; eso sí, instaurando un sistema de controles “internos” entre los cuales destaca el papel del Parlamento como instancia de equilibrio y de control de los poderes públicos en una democracia de

42 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 653 y 735 y ss.

masas. El Parlamento permite, por otra parte, la selección electoral de los dirigentes y sirve de contrapeso constitucional a los poderes gubernamentales y a los partidos de masas⁴³.

En el pensamiento de Weber el Derecho racional-material es reducido al Derecho sagrado, aunque es fácil constatar que comprende también otras formas de Derecho. Por su parte, el Derecho racional-formal abarcaría el pensamiento jurídico sistemático proporcionado, ante todo, por la enseñanza universitaria. Es preciso destacar que, en el pensamiento de nuestro autor, *la forma de racionalización del Derecho se halla íntimamente relacionada con la estructura de dominio político*. La forma política de dominio que ha realizado el Derecho racional-formal se halla determinada por un conjunto de factores interdependientes y fluctuantes que han servido de impulso al desarrollo jurídico (aspiraciones ideológicas de liberación de la sujeción autoritaria, emergencia de poderes económicos, de formas de nuevas formas de pensamiento en la doctrina jurídica...). Pensó que la jurisprudencia científica era el presupuesto esencial de la formalización progresiva del Derecho racional. El complejo proceso de racionalización progresiva del Derecho "fue el resultado de la coincidencia del racionalismo utilitarista de la administración funcionarial (transparencia del Derecho), del racionalismo económico-privado de los estratos burgueses (seguridad en la determinación del Derecho) y de los intereses fiscales y técnico-administrativos de los príncipes (unidad del reino)"⁴⁴. Esa *idea de orden* condujo, en coherencia, a la aspiración hacia la *codificación*, que permitiría, realizando las cualidades formales del Derecho, consagrar ese orden de seguridad y de libertad de los actores sociales mediante una estricta unificación y sistematización del Derecho privado. Esa codificación racionalista representaba el triunfo histórico de la doctrina formal del Derecho, las codificaciones consagraron institucionalmente, y reforzaron, las cualidades formales del Derecho, a través del establecimiento de un conjunto de garantías formales de seguridad y de orden⁴⁵. Sucedió que

43 Monereo Pérez, J.L., *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a la obra de Kirchheimer, O., El empleo de procedimientos legales para fines políticos, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185.

44 Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 81.

45 Sobre las cualidades formales del Derecho moderno, véase Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología" (págs. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte I, epígrafe 8, págs. 221 y ss. Sobre el sentido político y sociológico-jurídico de la codificación, véase Galgano, F., *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, Zanichelli Editore, 1983; IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Barcelona, José María Bosch, 1992; Zagrebelsky, G., *Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995; Monereo Pérez, J.L., "La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía", Est. Preliminar a RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Colección "Crítica del Derecho"), 2001. También Patti, S., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999. Hay que tener en cuenta la que se podría llamar "la otra perspectiva", es decir, la jurídico-crítica correspondiente a la propuesta de una *codificación social* (Menger, Salvioli, Cimbali, Consentini...), véase, al respecto, Menger, A., *El derecho civil y los pobres*, versión española precedida de un Est. prel., sobre "El derechos y la cuestión social" por Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898; Edición crítica actual, Menger, A., *El Derecho Civil y los pobres*, trad. A. Posada y Est. Prel., sobre "Reformismo social y socialismo jurídico" (págs. 7 a 112) de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. Menger, A., *El Derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición conjunta de los dos libros del autor y estudio preliminar, "Derechos sociales y Estado Democrático social en Antón Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; ; Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; Monereo Pérez, J. L., "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), (2021) págs. 197-264. Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>.

ese proceso codificación no sólo era coherente con los intereses de la clase burguesa en el poder político, sino también con la desatención de los intereses de las clases desposeídas y subalternas (Weber solía utilizar la expresión, “capas sociales subalternas como agentes de la actividad productiva racional”, aunque con referencia específica a las sociedad antigua y medieval⁴⁶). No fue este un aspecto que más Weber ignorara tampoco ya que puso de relieve los contenidos de clase del Derecho formal burgués y la situación de dominio jurídico-económico de los trabajadores en el ámbito de las organizaciones empresariales⁴⁷. Reténgase que para Weber el mismo Estado constitucional está basado en el “compromiso”, en una democracia compromisoria: “Todavía hoy existe el compromiso bajo el aspecto de una forma de arreglo de las luchas económicas, ante todo entre obreros y empresarios que es inevitablemente la única forma definitiva de conciliación, y es precisamente esto lo que forma parte del carácter esencial de todas las representaciones de intereses económicos realmente vivas. Obviamente subsiste también en la política parlamentaria, entre los partidos, como compromiso electoral, o como compromiso sobre proyectos de ley”⁴⁸.

Los códigos de Derecho privado llegaron a ser el producto típico de la legislación racional, del racionalismo jurídico iluminista moderado⁴⁹. Su éxito “reside precisamente en esas cualidades formales que en parte implican una extraordinaria transparencia y precisa inteligibilidad de sus determinaciones y en parte producen tal apariencia”⁵⁰. Las codificaciones civiles se basaban originariamente en un *tipo específico de racionalismo*, a saber: “la conciencia soberana de que aquí es creada por vez primera, en forma puramente racional, una ley libre de toda suerte de “prejuicios” históricos,

46 Weber, M., *La ciudad*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Presentación de L. Martín Santos, Madrid, La Piqueta, 1987, págs. 185 y ss., haciendo referencia a los siervos, los esclavos por deudas, los “clientes” y los libertos (Capítulo 5. “Democracia antigua y medieval (...). “Las capas sociales subalternas como agentes de la actividad productora racional en la Antigüedad” y en la edad Media).

47 Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 621 y ss., el cual deja constancia de la *variabilidad de la función de los procesos de codificación sistemática del Derecho* y de que “las codificaciones sistemáticas del derecho pueden ser también el producto de una universal, nueva y consciente orientación de la vida jurídica, como las que resultan necesariamente a consecuencia de nuevas creaciones políticas externas o de compromisos de estamentos o clases sociales que tratan de obtener la unidad interna de una asociación política o, en ciertas circunstancias, de una y otra causa” (*Ibid.*, 630). Cfr. Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte I, epígrafes 6 y 7) (Esta edición incluye también la *Sociología del Poder y del Estado*).

48 Cfr. Weber, M., “El estado nacional y la política económica alemana”, en *Escritos políticos*, trad. y Est. Preliminar de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, págs. 188-189. Esa concepción positiva de la democracia compromisoria se alejaba de la concepción negativa de esa democracia constitucional que había elaborado críticamente Carl Schmitt). Consúltese también Weber, M., *Escritos sobre la organización político-constitucional de Alemania (1918-1919)*, trad., edición, estudio preliminar y notas de Joaquín Abellán García, Madrid, Tecnos, 2023.

49 Véanse las reflexiones de Gómez Arboleya, E., *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, IEP, 1962, págs. 439 a 543.

50 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 639 y ss. “Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el derecho natural”; Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología” (págs. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte I, epígrafe 7, págs. 207 y ss.

apegada al ideal de Bentham, la ley que (según se cree) *sólo recibe su contenido de la sana razón humana, vinculada a la específica razón de Estado de la gran nación que debe su poder no a la legitimidad, sino al genio*" (WEBER 1964, 639). Trataban de reflejar a modo de un pretendido Derecho natural de los *interesados en el mercado*, de manera que lo razonable no vinculaba tanto, objetivamente, a lo conveniente en la práctica, como en lo derivable del orden eterno (e inicialmente inmutable) de la naturaleza y de la lógica. Las codificaciones revolucionarias pudieron realizar, así, *el viraje de lo ético a lo jurídico-formal*, imponiendo, en el la doctrina jurídica (dogmática jurídica y jurisprudencia de los Tribunales), un *hermetismo lógico del Derecho positivo*. En la época moderna entraría en descrédito los aximas del Derecho natural tradicional, que había perdido la capacidad para fundar el Derecho vigente. El resultado es que el positivismo jurídico avanza de manera incontenible, precisamente la desaparición de la fe en el derecho natural (la extinción de su arraigo metajurídico) fomentó extraordinariamente, los individuos y en el círculo de los prácticos del Derecho, la *total* sumisión a la autoridad oficial, valorizada ahora sólo de modo utilitario, de los poderes que ostentaban como legítimos. Weber destacó que el triunfo del formalismo jurídico positivista indirectamente fue apoyado por todas las direcciones de pensamiento que repudiaban el Derecho ultrapositivo, especialmente el natural y, por tanto, también lo fue por la Escuela Histórica⁵¹. Hace notar, además, que en principio, la desaparición de las viejas concepciones iusnaturalistas ha aniquilado la posibilidad de atribuir al derecho como tal, en virtud de sus cualidades inmanentes, una dignidad supraempírica. Actualmente se le ha puesto al descubierto, de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses⁵².

En una administración-burocrática dirigida mediante reglas, las decisiones deben ser "calculables" (calculabilidad, previsibilidad de la decisión), y por tanto predecibles si las reglas son conocidas. Sin embargo, Weber no ve en ese proceso de formalización y logicización del Derecho una exigencia directa e inmediata de las necesidades de la clase burguesa —ya dominante en el ámbito económico—, considera, más complejamente, que el *proceso es en cierto modo "interno" a la propia organización jurídica de la sociedad moderna y del grupo de los grupos influyentes*. En tal sentido que tal proceso estuvo más bien motivado por las internas exigencias del pensamiento de los teóricos del Derecho y de los doctores por ellos formados, de una típica aristocracia de "formación" en el ámbito de la literatura jurídica⁵³. La codificación del Derecho privado se inspiró en el Derecho natural racional, en particular en su versión de racionalidad formal (vinculada a la libertad de la propiedad y del contrato), que acabó modelando el Derecho positivo de la codificación burguesa, prevaleciendo sobre la racionalidad material (vinculada, a su vez, con el valor "socializante" del trabajo como fundamento de la adquisición de la propiedad y como límite a la libertad de contratación asalariada). Max Weber fue especialmente lúcido al constatar la tensión —y el mismo carácter irreconciliable en su

51 Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 646)

52 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 646-647.

53 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 646-647.

tiempo (y quizá también en el presente...)— entre los postulados iusnaturalistas formales y materiales y asimismo la tendencia hacia la descomposición y relativización de todos los axiomas metajurídicos. De ahí que concluyera que el Derecho natural había perdido su capacidad como fundamento razonable del Derecho actual, el cual constituye un producto histórico y un medio técnico de un compromiso de intereses, fuertemente mediado por el estamento de los juristas especializados⁵⁴. Ese sistema de Derecho racional y formal, basado en los presupuestos lógicos del pensamiento jurídico de los juristas científicos, no sería para él un producto genuino del capitalismo moderno, el cual sólo ha podido influir en algunos aspectos de la formalización del Derecho.

Interesa hacer notar que para Weber, el Derecho moderno no es un sistema de Derecho plenamente homogéneo, ya que existen diversos Derechos especiales pensados para atender a las exigencias de regulación planteada por ciertas relaciones sociales. De ahí la quiebra, ya inicial, de la pretensión de un sistema único, general y abstracto, encaminado a la regulación de todas las relaciones sociales: la difuminación de la ilusión de un tipo ideal de Derecho general e indiferenciado pensado para el “hombre abstracto”. Es la quiebra de la unidad ideal del Derecho privado moderno atendiendo a los modelos reales que se constatan en la realidad histórica. La ruptura de la unidad ideal es paralela con la quiebra del Derecho racional formalista, el cual quedaría en entredicho por la emergencia de elementos o principios materiales. En la base de ello estaría la influencia de dos factores causales: por un lado, la protesta de los propios individuos interesados contra el pensamiento científico-jurídico como tal (las presiones materiales de la clase trabajadora y de ideólogos del Derecho, con la exigencia de un *Derecho social* que pone en cuestión el formalismo jurídico; reclamando justifica material en lugar de legalidad formal); y por otro, la penetración de ideologías estamentales internas al propio orden jurídico (refleja la constelación histórica de intereses intelectuales internos de los juristas académicos que veían reducido su poder y libertad de creación estamental por el incremento del Derecho formulado legalmente; de ahí, piensa Weber, el surgimiento de movimientos antiformalista y antilógicos como el movimiento del Derecho libre que suponen una huida hacia lo irracional; de ahí también la mitificación en la doctrina alemana del juez inglés, el cual no se halla vinculado a un Derecho racional)⁵⁵. Realza Weber que “a través del constante aumento del derecho legislativamente formulado y, sobre todo, de las codificaciones sistemáticas, los juristas académicos se sienten fuertemente amenazados en su significación y también en las probabilidades de libertad de movimiento del pensamiento científico, y el rápido desarrollo de los movimientos antihistóricos”⁵⁶. Según Weber el Estado intervencionista, que exige siempre una cierta programación o planificación de dicha intervención, inevitablemente ha de basarse en criterios materiales

54 Véanse las páginas, ciertamente lúcidas, de Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 39 y ss. (“Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el derecho natural”). Sobre aquella fractura interna del iusnaturalismo y su persistencia en el época contemporánea, véase Wieacker, F., *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, Granada, Comares (Colección “Crítica del Derecho”), 2000; BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980.

55 Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 653 y ss.

56 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 655.

legalmente estatuidos, sea a través de pacto o sea por imposición. Es por ello por lo que entiende que todo avance en el proceso de “estatización” a base de racionalización material supone al tiempo una reducción de la racionalización formal del Derecho. Para él las racionalidades formal y material quedan separadas entre sí en modo tan amplio como inevitable. Esta irracionalidad fundamental e insoluble de la economía es la fuente de toda “problemática social” y especialmente de cualquier tipo de “socialismo” (WEBER 1964, 85). Nótese que en el pensamiento de Weber el punto de referencia de la reflexión es ante todo el “socialismo de Estado”, con el consiguiente decisionismo político y el acrecentamiento de la administración-burocrática intervencionista.

Hay que tener en cuenta que en el pensamiento de Max Weber la racionalización es un fenómeno típico y específico de la moderna civilización occidental. Aunque en una perspectiva más amplia, como se ha advertido, la racionalización no es, en verdad, un fenómeno propio únicamente de la época moderna, la racionalización está ligada al desarrollo de acumulativo de las civilizaciones, especialmente con relación al dominio de la técnica y de ciertos procedimientos técnicos⁵⁷. En la obra de Weber se aprecia la concepción de una ley de la racionalidad progresiva como generalización básica acerca de los sistemas de acción. E incluso se ha podido afirmar que “la racionalidad ocupa una posición lógica respecto a los sistemas de acción análoga a la de la entropía en los sistemas físicos”. Más que un significado metafísico, que conduciría a un fin predeterminado, remite a la singularidad de un cierto tipo de hombres significativos en el devenir de la humanidad. El fenómeno no queda reducido al racionalismo económico, sino que se extiende a todos los ámbitos interrelacionados de la vida: la racionalización se impone la económica, en el Estado, en el Derecho legal-racional, en el proceso de conocimiento científico, y, en fin en el arte y en la música. Se puede decir, en tal sentido, que en Weber el proceso de racionalización singulariza el sentido que los hombres otorgan a su actividad, no así el fin inevitable de la evolución del mundo, como defienden las filosofías “emanatistas” de la historia⁵⁸.

Por otra parte, siendo el dominio técnico un rasgo esencial de la civilización moderna, no puede incurrirse en ninguna suerte de determinismo tecnológico, que oculte el papel creador de los individuos respecto a la transformación de las condiciones materiales de la existencia de una colectividad⁵⁹. Pero la racionalización es un proceso complejo y *multidimensional que ejerce una fuerza penetrante en todo el tejido social*. Ahora bien, la *racionalización supone en su esquema de*

57 En este sentido Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Sirey, 1978, págs. 69 y ss., en particular, pág. 69. Este número monográfico es en sí importante para comprender el sentido de la racionalidad jurídica de la edad moderna.

58 Siguiendo esa estela se ha podido hacer referencia a la transformación específica del comportamiento humano y la “contención de los instintos” como consecuencia del proceso de racionalización moderna. En este sentido Elias, N., *El proceso de la civilización*, México-España, FCE, 1993, espec., págs. 482 y ss.

59 Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1973, págs. 22-23; Rossi, P., *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Milano, Il saggiatore, 1982, págs. 15 y ss.; Rossi, P., *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, Donzelli Editore, 2007, espec., Parte Segunda (“El proceso de racionalización”); y Ponssetto, A., *Max Weber. Ascesa, crisi e trasformazione del capitalismo*, Milano, Franco Angeli, 1986, cap. I (“El racionalismo como estructura portante del mundo moderno”), págs. 13 y ss.

pensamiento la actuación con arreglo a un plan sometido a reglas prefijadas de carácter técnico o jurídico. Pero la creciente intelectualización y racionalidad de todas las relaciones vitales no representan necesariamente un “progreso”; Weber no tenía fe en el progreso o la realización de un fin en la Historia universal⁶⁰.

Puso de manifiesto la acusada tendencia de las sociedades occidentales a la formación de relaciones sociales meramente racional-funcionales. Ni siquiera supone necesariamente un creciente conocimiento de las condiciones en las que vivimos, sino fundamentalmente que se puede dominar cualquier situación a través de la previsión y el cálculo racional, sin necesidad de hacer reclamo de los poderes mágicos o ministerios, los cuales serían imprevisibles. El hombre racionalizado se impersonaliza en cierta medida y queda inserto en una red de organización social de la vida, a la cual no puede substraerse. La racionalización y la burocratización crecientes limitan los espacios de libertad de acción y de iniciativa de los individuos. Ese proceso de racionalización ha llevado a un “desencantamiento del mundo” especialmente a través de la ciencia (“desmitificación” de las esferas de la existencia humana), porque “con el progreso de la ciencia y de la técnica, el hombre ha dejado de creer en las potencias mágicas, en los espíritus y en los demonios, ha perdido el sentido profético y sobre todo el de lo sagrado”⁶¹. Ese desencantamiento del mundo estuvo especialmente determinado por el aumento del conocimiento científico (y su explosión con la Revolución Industrial) que supuso disminución —y pérdida de centralidad— de la importancia de la interpretación religiosa, aunque no suprimió enteramente las visiones míticas del acontecer histórico. Es éste, para él, un destino inevitable, cuyas consecuencias sociales sólo pueden ser atenuadas y al que hay que hacer frente en el plano individual a través de un intento de construcción del propio proyecto vital. Se produce, pues, una disyunción entre el hombre y el mundo en el que vive; un mundo caracterizado por la racionalización formal, que determina la prioridad de los medios respecto a los fines como un destino que puede ser eludido por la amplia mayoría de la población. Para ellos la libertad queda condicionada por el predominio de los medios sobre los fines⁶². Es un mundo utilitarista dominado

60 Para una reflexión crítica sobre el *declive de la idea de progreso*, véase Marramao 1989, Apéndice, 211 ss. Sobre los fundamentos y aporías del racionalismo científico en la modernidad, puede consultarse Ponsetto, A., *Max Weber. Ascesa, crisi e trasformazione del capitalismo*, Milano, Franco Angeli, 1986, págs. 53 y ss. En la doctrina clásica, Sorel, G., *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el porvenir social]*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento socio-político de George Sorel”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011; y desde la perspectiva liberal clásica, Spencer, H., *Instituciones industriales*, edición y estudio preliminar, “La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009. En sí la fe ilustrada en el progreso se asentaba en una idea de razón, que originariamente estaba concebida con arreglo a la física de Newton, cuyo método fiable y dotado de seguridad se creyó que podía ser utilizado como modelo para la teoría general del conocimiento. Véase Weber, M., *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, pág. 18.

61 Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1973, pág. 26. Sobre la relación entre desencanto del mundo y racionalización, y el “desencanto del mundo” como categoría sociológica problemática, véase Serrano Gómez, E., *Legitimidad y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión de un orden secularizado*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1994, págs. 65 y ss.; Colliot-Thélène, C., *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1992, págs. 148 y ss.

62 Véase Löwith, K., *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960, págs. 4 a 66. Véase Gauchet, M., *El desencantamiento del mundo. Una historia política de la religión*, trad. E. Molina, Madrid, Trotta, 2005, espec. 31 y ss., 145 y ss., y 231 y ss.

por el escepticismo, que, sin embargo, no logra vencer los elementos de irracionalidad que presiden la vida humana, ni ocultar la tensión entre los valores en conflicto, de consecuencias a menudo imprevisibles. En gran medida la racionalización es, según Weber, la “jaula de hierro” del mundo moderno. En ese orden de problemas es significativa, y en parte confluyente, la relevancia otorgada por Simmel a los efectos culturales del proceso de racionalización y de diferenciación inherente a la división del trabajo social. Entiende advierte del predominio del *espíritu objetivo* sobre los subjetivo en la sociedad moderna. Dicho espíritu objetivo conduce a la *cosificación de la vida social* privándola de sus elementos integrativos originarios y quedando sometida a formas simbólicas. Todo ello como resultado de las mediaciones operadas por el dinero, la *legislación*, los medios de comunicación, etcétera⁶³. Hace notar, entre otras reflexiones, que “el desarrollo histórico va en la dirección de diferenciar cada vez más las relaciones culturales objetivamente creadoras, de la situación cultural de los individuos”⁶⁴.

El proceso de racionalización jurídica de las sociedades occidentales no ha hecho sino acrecentar algunos de los aspectos del diagnóstico formulado por Max Weber, aunque en otros casos decididamente la experiencia ha puesto de manifiesto las virtualidades de un sistema de Derecho *garantista o constitucional*, que lejos de “colonizar internamente” el mundo de la vida (Habermas), mostraría su actitud para proteger a los individuos frente a los rigores “colonizadores internos” del mercado en el cuadro de la sociedad civil del capitalismo avanzado. Para lo cual trata de garantizar derechos de participación y derechos sociales de ciudadanía que aseguran una posición jurídica estatutaria resistente del individuo en el cuadro de las relaciones de mercado⁶⁵. Es, sin embargo, un acierto el

63 Simmel, G., *The Philology of Money*, trad. T. Bottomore y D. Frisby, Londres, Routledge, 2ª ed., 1990 (trad. española, *Filosofía del dinero*, trad. e introducción de Ramón García Cotarelo, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003); Simmel, G., *Cultura líquida y dinero. Fragmentos simmelianos de la modernidad*, Presentación y traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos Editorial, 2010; Simmel, G., *El individuo y la libertad: ensayos de crítica de la cultura*, Barcelona, Península, 1986, espec., págs. 271 y ss. Véase Tawney, R. H., *La sociedad adquisitiva* (1921), Madrid, Alianza, 1972, págs. 25 y ss., el cual pone de relieve el carácter estructurante social del dinero y realiza una profunda reflexión sobre la lógica inherente a las sociedades industriales, poniendo de manifiesto el carácter injusto y absurdo de la escala de valores vigente en la sociedad industrial, el resultado humanamente empobrecedor de los comportamiento guiados por motivaciones adquisitivas y consumistas, la función del trabajador intelectual, etcétera.

64 Simmel, G., *El individuo y la libertad: ensayos de crítica de la cultura*, Barcelona, Península, 1986, pág. 127. Para la verificación de esa influencia, consúltense Weber, M., “La sociología de Simmel”, en *Papers*, núm.15 (1981). Sobre el papel de dinero en la cultura del capitalismo, véase del propio Simmel, G., *Cultura líquida y dinero. Fragmentos simmelianos de la modernidad*, Presentación y traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos Editorial, 2010.

65 Para las bases fundamentales del modelo garantista, véase Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2011; Monereo Pérez, J. L., *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a Kirchheimer, O., *Justicia política*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; Monereo Pérez, J. L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, en Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (colección “Crítica del Derecho”), 1999; Monereo Pérez, J. L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; Monereo Pérez, J. L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política Jurídica de Hans Kelsen*, 2013; Monereo Pérez, J. L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020; Monereo Pérez, J. L., *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

haber comprendido el sentido inicial del proyecto de racionalización del Derecho del capitalismo tardío, en cuyo marco el sistema jurídico-político tiende a *difuminar el papel de los sujetos (pérdida de la centralidad del sujeto jurídico)*, y poner de relieve que la racionalidad jurídica no sería tanto una cualidad del sujeto (en el sentido de la razón ilustrada), como, ante todo, el poder que ostenta dicho sistema complejo para someter a regulación las propias transformaciones como respuesta reflexiva ante los cambios e interferencias funcionales con su entorno. Lo cual remite a su capacidad efectiva para estructurarse internamente de modo coherente e integrar. De ahí la impersonalización relativa del Derecho racional-legal racional contemporáneo y la primacía de la “función del sistema jurídico” sobre los intereses parciales divergentes en presencia, dentro de los subsistemas sociales de la sociedad moderna.

Este proceso seguiría una secuencia histórica desde la pura racionalidad formal a un modo nuevo de racionalidad: la racionalidad “sistémica” que, en lucha constante con la racionalidad “discursiva” (una modalidad específica de racionalización material dentro del sistema democrático-racional), tendería (como así parece en efecto) a imponerse sobre todas las formas de racionalidad conocidas. La operación racionalizadora en la nueva etapa del capitalismo organizado se especifica en la capacidad del orden jurídico de realizar conscientemente la *estabilización del sistema de acuerdo con la jerarquización instrumental de los principios constitutivos del nuevo orden social emergente en los países desarrollados (en gran medida tecnocrático...⁶⁶*. Es coherente afirmar, entonces, que la *racionalidad moderna es racionalidad sistémica, con la consecuencia de la integración del sujeto en el universo previamente fijado por ese esquema de racionalización jurídica y social (racionalización jurídica de la sociedad)*. De este modo frente a la visión racionalista clásica, que mitificaba la figura del sujeto racional autónomo, independiente respecto del sistema social en que se inserta, el sujeto jurídico es un *elemento funcional* del sistema jurídico, que interioriza y se compromete con su lógica interna “sistémica”, se somete a su programa y conduce su conducta conforma a las reglas jurídicas prefijadas abstractamente y aceptadas a-críticamente con arreglo a la naturaleza de las cosas (“naturalización” del sistema social y jurídico). Ello es también reflejo de la crisis de la razón ilustrada de los inicios de la modernidad, que entendía la racionalidad vinculándola a la acción como racionalidad del actuar. En el pensamiento de Weber, la racionalidad que caracteriza a la modernidad es un tipo específico de racionalidad conforme a fines, una racionalidad medios-fin (*Zweckrationalität*), capaz de dominar el mundo a la medida de los intereses del hombre.

Bajo la nueva racionalidad, ésta remite a un actuar encaminado a solucionar problemas del sistema jurídico, manteniendo sus estructuras dominando la complejidad de regular las relaciones de una sociedad fragmentada y de heterogeneidad creciente. Ello exige, por un lado, la diversificación de procedimientos decisorios en atención a la resolución de los diversos órdenes de problemas de relevancia jurídica; y, por otro, el Derecho positivo ha de ser dinámico en la programación de sus

66 Este concepto constituye la aportación de Galbraith, J.K., *El nuevo Estado industrial* (1961 y 1971), 6ª ed., Barcelona, Ariel, 1974, cap.VI, 91 ss. Por lo demás, la noción se vincula innegablemente con los planteamientos de Marcuse, véase Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1969. MARCURSE, H., “Industrialización y capitalismo en la obra de Max Weber”, en *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1971.

decisiones y siempre apto para ser efectivamente contingente y adaptarse a las exigencias de regulación sistémica. Es una racionalidad orientada hacia la estabilización del sistema, siendo, pues, racionalidad del sistema jurídico, y al servicio de su lógica de reproducción interna. Desde este esquema de pensamiento los “modelos jurídicos” han de abarcar las estructuras sociales cambiantes⁶⁷. De manera que se forjen conceptos jurídicos adecuados a la sociedad, respetando la autonomía del sistema jurídico como sistema parcial del sistema social⁶⁸. En este sentido ciertas orientaciones actuales del Derecho, como señaladamente el Derecho económico y el llamado Derecho social del Trabajo podrían servir de exponentes de esa orientación “sistémica” con la primacía del principio de rendimiento sobre otros principios confluyentes consagrados en los textos constitucionales contemporáneos (funcionalización de los derechos a las exigencias de la competitividad, productiva, rendimiento..., como valores esenciales, y por ello mismo, de protección preferente en caso de “colisión”)⁶⁹.

Necesario es destacar que Weber abordó los grandes problemas de la sociedad moderna (industrialización, formación del Estado, secularización, racionalización, individualización, etc.), y centró también su análisis en el lado oscuro de la modernidad (la inseguridad, la destrucción de la comunidad, el aislamiento del individuo y el desencanto respecto del mundo, y, señaladamente, la jaula de hierro derivada de un proceso racionalizador envolvente donde se inserta el individuo y en cuyo marco los medios tienden a prevalecer sobre los fines. En ese marco Weber sugiere que la sociedad en un medio en el cual las mejores intenciones se transforman constantemente en malos resultados. En el fondo, dentro de su visión pesimista, la heterogonía negativa de los fines opera en todas las circunstancias y, más particularmente en el destino universal de todos los esfuerzos colectivos para mejorar el mundo. El proceso histórico moderno acaba siendo paradójico en cuanto las mejores intenciones se traducen a menudo en su contrario y conducen sencilla y llanamente a la frustración. Para él la historia del mundo moderno está presidida por el proceso de racionalización que limitan inevitablemente las esferas de libertad de acción de los individuos⁷⁰. Así, significativamente, Weber configuró al ascetismo como un poder “que siempre busca el bien y que, sin embargo, siempre

67 Véase, desde el punto de vista de la sociología jurídica, Luhmann, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto Pardo, Madrid, CEC, 1983. Aunque Luhmann pueda haber caído en una suerte de naturalismo biológico, no se olvide la influencia de Maturana en su pensamiento, ello no debería de ensombrecer su aportación relevante en ese enfoque de complejidad de los procesos de racionalidad que están teniendo lugar en el mundo contemporáneo.

68 Luhmann, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto Pardo, Madrid, CEC, 1983, págs. 93 y ss.

69 Monereo Pérez, J.L., “La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía”, Est. Preliminar a RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección “Crítica del Derecho”), 2001. Significativamente, Luhmann, a pesar de las limitaciones de su análisis funcionalista (derivadas de la estrechez de la misma “razón funcionalista”), ha puesto de manifiesto que *la racionalidad moderna es racionalidad del sistema*. Véase Luhmann, N. y Georgi, R.De., *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara, 1993, espec., págs. 74 ss.

70 Stark, W., “Max Weber y la heterogonía de los fines”, en AA.VV., *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1971, págs. 196 ss., donde pone de relieve que en la obra de Weber está presente la idea de que los resultados finales objetivos de nuestras acciones son con frecuencia, cuando no con regularidad, diametralmente opuestos a las intenciones iniciales. Véase también Raynaud, P., *Max Weber y les dilemmes de la raison moderne*, París, P.U.F., 1987, pág. 207.

genera el mal”⁷¹. El concepto de racionalización realidad la unidad del método, de las investigaciones y de la misma concepción, sociológica, filosófica y política de Max Weber. De suerte que para él el mundo occidental moderno (situado, por entonces, en una posición económica superior al resto del mundo) está racionalizado en el sentido total de *Zweckrational*. El mundo ha quedado desmitificado. En el pensamiento de Weber la racionalización es modernización social, y remite a un proceso de diferenciación de dos elementos esenciales de la sociedad, a saber: la economía capitalista y el Estado racional moderno. Ese proceso de diferenciación de los elementos estructuras de la sociedad moderna comienza con la organización de un orden económico formalmente despolitizado, aunque “externamente” administrado e internamente regulado a través reglas jurídicas que disciplinan las relaciones de mercado y fijan las reglas de juego⁷². De ahí la *inherencia* del Derecho formal al sistema económico moderno y la necesidad de una *organización burocrático-institucional* de carácter racional para que los agentes económicos y sociales puedan operar libremente en sus relaciones contractuales⁷³. Puede intuirse ya en el pensamiento de Weber que el Estado liberal no era una mera sobreestructura dependiente de la economía sino un instrumento esencial de regulación de la misma. En este sentido no puede negarse que el Estado liberal *intervino* en las relaciones sociales de tipo económico, pero lo hizo a través de un modelo mal llamado de “laissez faire” encaminado normativamente a crear un marco jurídico e institucional favorable para el ejercicio *desigual* de los poderes de autonomía privada contractual. En este sentido el Estado liberal de Derecho, ni fue “autónomo” ni tampoco “inactivo” en materia económica y social, como pudo demostrar la mejor doctrina clásica; ya que intervino *en todo momento* en la creación de las condiciones subjetivas y materiales de apogeo del capitalismo moderno. Weber puso, por otra parte, de manifiesto que el acrecentamiento de la intervención del Estado, con la emergencia (a cuyo surgimiento histórico asistió personalmente) de la forma del Estado social abundaría en el proceso de racionalización, con la agudización de las tendencias a la formalización jurídica de la sociedad y al aumento de las estructuras burocráticas administrativas del Estado moderno. Es lo cierto que sólo es posible comprender y explicar la modernidad a partir de elementos constitutivos como el surgimiento del paradigma de la economía y el Estado moderno y la *centralidad* del Derecho racional de la modernidad estructurador de la organización económica y social del capitalismo, sin limitarse a ser la simple “forma” de las relaciones

71 Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Peninsula, 1977, o la versión española más depurada, Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Almaraz y J. Carabaña, en Weber, M., *Ensayos sobre sociología de la religión*, Tomo I, trad. J. Almaraz y J. Carabaña, Madrid, Taurus/Grupo Santillana, 1998.

72 Karl Marx había puesto de manifiesto el papel del Estado, y de su sistema de Derecho racional-legal, en la formación de los mercados de trabajo para el capital industrial, y asimismo el carácter decisivo de su intervención respecto a la llamada acumulación originaria que hizo posible el nacimiento del capitalismo y, en fin, la creación de las condiciones subjetivas y objetivas para el desarrollo de las formas capitalistas de producción. Véase Marx, C., *El capital. Crítica de la economía política*, vol. I, México, FCE, 1999, vol. I, págs. 392 ss., y págs. 607 y ss.

73 Puede verse al respecto Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 214; Poggi, G., *Calvinism and the Capitalist Spirit. Max Weber's "Protestant Ethic"*, Macmillan, London, 1983, pág. 15.

económicas⁷⁴. La racionalidad con arreglo a fines de las sociedades occidentales se ha institucionalizado progresivamente a través del apogeo de la empresa racional (unidad básica del capitalismo moderno) y el “instituto” (*Anstalt*) u organización estatal moderna. Por otra parte, anotar que según Weber socialismo y capitalismo no eran dos sistemas sociales tan contradictorios (como podría entenderse si se utilizara a la propiedad como eje de la diferencia), sino más bien, por *imperativos de racionalidad funcional, dos variantes, dos caras, del mismo tipo común, el burocrático*. Teniendo en cuenta que para Weber la burocracia se identifica con la administración racionalizada, y la clase en la que se basaba, el estrato administrativo y gerencial tanto en la política como en la economía, era para él coherente concluir que el futuro pertenecía a la burocracia y no a la clase trabajadora⁷⁵.

Max Weber se apartó de los postulados tradicionales de la filosofía de la historia y de los supuestos esenciales del evolucionismo, pero lo hizo sin renunciar a *entender la modernización de la sociedad occidental como resultado de un proceso histórico-universal de racionalización*. De ahí que pueda comprenderse su pensamiento teniendo como hilo conductor su teoría de la racionalidad⁷⁶. Interesa hacer notar que esa esencial identificación ilustrada entre *racionalización y modernización* en el pensamiento de Max Weber no lleva en sí ninguna perspectiva utópica. Para él ese proceso de racionalización del mundo occidental comporta una limitación de la libertad del hombre moderno y una cierta deshumanización inherente a la prefijación y estandarización de los modos de comportamiento⁷⁷. De ahí que esa idea maxweberiana de la “jaula de hierro” (el “estuche vacío”) tendría

74 Como se pretendía equivocadamente, por ejemplo, desde la particular dirección del neokantismo de Stammler, R., *Economía y Derecha*, trad. W. Rocés, Madrid, Reus, 1929. Véase Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009; De Bustamante y Montoro, A.S., *Stammler. Ensayo de valoración*, Prólogo de E. Fernández Camus, La Habana, Carasa y Cía., 1931; Rocés, W., “Stammler filósofo del Derecho y civilista”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 147 (1925); Garrido Gómez, M.I., *La teoría y filosofía de Rudolf Von Stammler*, Madrid, Reus, 2003.

75 En este sentido Bell, D., *El advenimiento de la sociedad post-industrial* (1973), Madrid, Alianza, 1986, págs. 61 y 89.

76 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 197. Sobre el sentido de la racionalización y sus consecuencias debe consultarse la obra fundamental de Löwith, K., *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960, págs. 1 y ss.; Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960 (En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007); Löwith, K., “Max Weber e il disincanto del mondo”, en *Dio, nomo e mondo, da Cartesio a Nietzsche*, Nápoles, Morano, 1966. Löwith 1960, 1 ss. En versión española 2007. Del propio “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969, págs. 180 y ss., ensayo, éste, que permite entender su posición sobre la modernidad. Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

77 Véase Horkheimer, M. y Adorno, Th. W., *Dialéctica de la Ilustración*, trad. Juan José Sánchez, Madrid, Trotta, 1998; Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002. Una revisión crítica del racionalismo occidental y del concepto de modernidad, puede encontrarse en Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, *passim*, y espec., págs. 135 y ss. En la perspectiva de política del Derecho, consúltense, asimismo, Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, espec., págs. 147 y ss., y 199 y ss. Puede consultarse también Beriain, J. y Aguiluz, M. (Eds.): *Las contradicciones culturales de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 2007, págs. 260 y ss., 287 y ss., 319 y ss., y 346 y ss., y 404 y ss.; BELL, D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1994; Bauman, Z., *Modernidad líquida*, México D.F.-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009.

ulteriormente una línea de continuidad de la “sociedad cosificada” y “administrativizada” en enfoques como el de Lukács; en cuyo marco aparece el *hombre especializado*, el profesional especialista, el ingeniero social, con la pérdida tendencial de la imagen humanista del hombre completo o integral (todos ellos, en palabras de Weber “especialistas sin espíritu”). En Weber la racionalización remite a un fenómeno muy complejo caracterizado por la conjunción de una serie de tendencias íntimamente vinculadas: la formalización o impersonalización de las relaciones sociales; la instrumentalización a consecuencia de la progresivo universalidad del cambio y, en fin, la burocratización creciente obedeciendo a una imparable lógica interna y específica y a una exigencia de *orden* sistémico. Aunque el capitalismo ha sido, y es, el principal agente del proceso de racionalización de las sociedades occidentales, sin embargo es la racionalización en sí la que ocupa la centralidad del orden mundial de la modernidad. El proceso de racionalización comporta una separación y disgregación de todas las esferas de la vida social (la empresa, burocracia estatal, etcétera)⁷⁸. En gran medida se puede decir que nuestro autor “reconoce como destino inevitable de la racionalización lo que Marx comprende y combate como “alienación” a través de la reificación”⁷⁹; tan sólo que en Weber el fenómeno de la racionalización instrumental es inherente al proceso de racionalización en sí de la sociedad moderna. Por lo demás, a Weber le preocupa, junto a la alienación humana vinculada a la producción, las limitaciones inherentes a los procesos de administrativización y burocratización (la “jaula de hierro”) asociados a la racionalización occidental. Señala, en efecto, que “dentro de la interpretación de ambos del capitalismo se anuncia esa diferencia en el hecho de que mientras que Weber la analiza bajo el punto de vista de una *racionalización* universal e inevitable, en sí neutral pero de doble significación por su valoración, Marx lo hace, en cambio, bajo el punto de vista unívocamente negativo de una *autoalienación* universal, aunque posible de ser transformada de cuajo. Esa racionalización o autoalienación, respectivamente, que caracteriza al capitalismo en su significación principal abarca también lo propio de la ciencia moderna”⁸⁰. Weber interpreta el mundo capitalista burgués según el hilo conductor de la “racionalización”, mientras que Marx lo interpreta según el hilo conductor de la enajenación de sí humana⁸¹.

Esa conexión entre Karl Marx y Max Weber no es simplemente puntual, pues, “ni la sociología marxista ni la burguesa vieron que la sociología de Weber es el contrapunto de *El Capital* de Marx”, a pesar de que Weber siempre rechazó la concepción materialista de la historia y la existencia de leyes

78 Véase Sayer, D., *Capitalismo y modernidad*, Buenos Aires, Losada, 1994, págs. 152 y ss. Puede consultarse también González León 1998, 53 ss.). Igualmente, Panitch, L. y Gindin, S., *La construcción del capitalismo global. La economía política del imperio estadounidense*, Madrid, Akal, 2015; Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Madrid, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; SANTOS, B. DE S., *Sociología crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

79 Cfr. Löwith, K., “Max Weber e il disincanto del mondo”, en *Dio, nomo e mondo, da Cartesio a Nietzsche*, Nápoles, Morano, 1966, pág. 168.

80 Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960. En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007, págs. 39 y 40 ss.

81 Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960. En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007, págs. 77 y ss.

sociales objetivas en los procesos históricos⁸². Tomó prestado de él su análisis del capitalismo como modo de producción y la centralidad del trabajo en la sociedad industrial. Pero Weber concedía un mayor papel de las ideas y mentalidades en el desarrollo histórico: “Los intereses, materiales e ideales, no las ideas, son quienes dominan inmediatamente la acción de los hombres. Pero las “imágenes del mundo” creadas por las “ideas” han determinado con gran frecuencia, como guardagujas, los raíles en que la acción se ve empujada por la dinámica de los intereses”⁸³. Weber insiste en la condicionalidad mutua de todos los factores de la realidad histórica, y con ello deja sin fundamentos la “unilateralidad” de la metafísica de la historia, tanto espiritualista como materialista. Para él el espíritu del capitalismo constituye una tendencia general hacia el modo de conducción racional de la vida, de la que es portadora la clase burguesa, que funda la afinidad electiva interna entre economía capitalista por un lado y *ethos* protestante, por el otro⁸⁴. No remite sólo a la ideología sino más a la “cultura” global del capitalismo. Ambos adoptaron una perspectiva crítica respecto de la modernidad capitalista y la dirección de un proceso de racionalización que compromete la libertad humana. No obstante, para Weber ese proceso de racionalización específico del mundo occidental es más complejo que el análisis de Marx, en el sentido de que no se hace derivar ni exclusiva ni fundamentalmente de los factores objetivos de base económica, sino de una multiplicidad de factores encadenados, de orden ideológico (el mismo “espíritu del capitalismo”), cultural y político-jurídico. En la cultura moderna prevalece la racionalidad instrumental orientada más a los medios que a los fines, de manera que existe la tendencia a que el medio se convierta en fin en sí mismo. El proceso de racionalización tiene la consecuencia visible de forjar un destino trágico del hombre; es decir, forjar para los hombres una “jaula de hierro” tanto el campo político (burocratización creciente) como el económico (subordinación a la racionalidad técnica y división capitalista del trabajo, con el consiguiente dominio del hombre en el proceso productivo). Con todo, como hace notar Karl Löwith, “el tema explícito de las investigaciones científicas de Marx y Weber es el *capitalismo*. El impulso para su pesquisa es, sin embargo, la pregunta por el *destino del mundo presente de los hombres*, para el cual el “capitalismo” es la expresión característica de su problemática”⁸⁵.

82 Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960 (En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007, pág. 153. Por lo demás, la admiración de Weber por autores como Marx y Nietzsche está fuera de duda. Así lo atestigua Eduard Baumgarten, que recoge la opinión de Weber en el sentido de que “quien no esté dispuesto a conceder que las partes más importantes de su propio trabajo no hubieran podido ser realizadas sin el trabajo de estos autores, se engaña a sí mismo y a los demás. El mundo en el que existimos es, en gran medida, un mundo signado por Marx y Nietzsche” Cfr. Baumgarten, E., *Max Weber, Werk und Person*, Tübinga, 1964, págs. 554 y ss. Se ha hecho notar que Weber abrigó durante toda su vida una profunda admiración por Marx como pensador. Y de lo que Weber se apartó fue del marxismo vulgar y dogmático, como, el propio Marx se apartó. De manera que la posición que hay que adoptar al respecto no es la de que Weber repudió los principios metodológicos de Marx. Véase, Zeitlin, I., *Ideología y teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001, pág. 128.

83 Weber, M., *Ensayos sobre sociología de la religión*, t. I, Madrid, Taurus, 1987, pág. 247.

84 Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960. En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007, págs. 111-112.

85 Löwith, K., “Max Weber und Karl Marx”, en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960. En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007, pág. 33.

En Weber la racionalización de la cultura del mundo occidental presenta el rasgo fundamental del gran desarrollo y predominio de la racionalidad con arreglo a fines; la acción entendida como actividad teleológica. La racionalización es un concepto que en el pensamiento de Weber designa una serie de procesos sociales iniciados a partir de los últimos años del siglo diecinueve: la racionalización en el ámbito del sistema productivo (esencialmente la implantación generalizada de los métodos de Taylor y Fayol); la nueva función de los *management* técnico-científico (en relación con la racionalización técnico-científica, que remite al control de la vida mediante el cálculo); el incremento acelerado del nivel burocrático-administrativo del Estado moderno (que se vincula con el racionalismo práctico presidido por la racionalidad instrumental); mayor interpenetración entre el Estado y la economía en virtud del aumento del intervencionismo público en la esfera del sistema económico; una nueva forma de relación y articulación entre el trabajo intelectual técnico-científico, instituciones y empresas; y, por último la intervención directa, reguladora y de control, del Estado en los conflictos laborales y la admisibilidad del sistema de negociación colectiva. Con todo, el proceso de racionalización, con su efecto de diferenciación y desencanto del mundo, nunca quedó circunscrito al escenario específico donde domina el capital, sino que paulatinamente fue invadiendo todas las esferas de la vida social⁸⁶.

El proceso de racionalización de un mundo de la vida no ha supuesto que los procesos de reproducción hayan quedado libres de todo conflicto, simplemente se ha operado un desplazamiento en el ámbito en que los conflictos se presentan. Continúa el trabajo abstracto racionalmente organizado, pero a él se suman nuevos procesos de desagregación y de conflictividad social. Esta coyuntura es mucho más grave ante el hecho de que las sociedades contemporáneas, sociedades complejamente estratificadas, ya no disponen de una única instancia central de regulación y autorreflexión. Por lo demás, el proceso de autonomización del mercado y de penetración de la racionalización del Estado social actual parece exigir la formación de nuevos espacios públicos autónomos que puedan contrarrestar las tendencias hacia la formación de una ciudadanía pasiva. Para ello deberán de potenciarse los derechos de autonomía consagrados en la constitución de un Estado social solidario y más activo⁸⁷.

86 Esa preocupación por el *management* había sido percibida contemporáneamente por Thorstein Veblen. Véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen*, Granada, Comares, 2010; Monereo Pérez, J.L., "El institucionalismo americano y la escuela de economía del trabajo y de las relaciones laborales: thorstein bunde veblen y la escuela de wisconsin", en *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 5 (2022), págs. 20-49. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/15043/15337>. Veblen, TH., *Teoría de la Empresa de Negocios*, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen" a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Veblen, TH., *Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos*, trad. A. Supelano, Prólogo de G. M. Hodgson, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2005; Veblen, Th., *Les ingenieurs et le capitalisme*, Paris-Londres-New York, Gordon & Breach, Collection: L' Esprit des Lois, 1971.

Para el estado actual de esta problemática, puede consultarse Fernández Rodríguez, C.J., *El discurso del Management: tiempo y narración*, Madrid, CIS, 2007.

Para una perspectiva general del "clima" de transformaciones estructurales que se han producido en el cambio de siglo diecinueve y el primer tercio del siglo veinte, véase Marramao, G., *Poder y secularización*, Barcelona, eds. Península, 1989, pág. 18; Mitzman, A., *La jaula de hierro. Una interpretación histórica*, Madrid, Alianza, 1976, Segunda Parte.

87 Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, págs. 397 y ss.; Habermas, J., "Aspectos de la racionalidad de la acción (1977)", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.

Para Weber la racionalización del Derecho es un elemento central de la sociedad moderna. El Derecho racional se rige por un sistema de reglas formuladas en códigos de ordenación de la vida, conforme a principios y esquema prefijados de regulación jurídica. La racionalización interna del Derecho ha sido, en general, obra de los juristas profesionales, de sus reflexiones y de su práctica jurídica, a menudo a partir de la recepción del Derecho romano⁸⁸. No está vinculada al racionalismo iluminista, sino que es un tipo-ideal, una construcción comprensiva-explicativa de carácter histórico-cultural, que remite a un modelo del pensar y actuar humano en la sociedad. Explica cómo con el Derecho racional y la emergencia de la ética protestante la *racionalidad cognitivo-instrumental* se institucionaliza tanto en el ámbito económico como en el estatal. Entiende que el puritanismo de tipo anglosajón había propiciado una actitud que llamó “ascetismo intramundo”, que favoreció el desarrollo del capitalismo⁸⁹.

Para él la racionalidad formal-instrumental penetra en todos los ámbitos de la vida social. Para Weber la defensa de la racionalidad jurídica equivale a una defensa de la racionalidad instrumental. Weber considera que la racionalidad jurídica excluye tanto la racionalidad material o sustantiva (que para él es un tipo de racionalidad más propia de una etapa histórica “premoderna”, a pesar de que la racionalidad sustancial (que se esfuerza por abarcar objetivos y situaciones reales y alcanza más o menos este fin) se combinó ya en su época con la racionalidad formal en la construcción del Derecho del Estado Social; precisamente la Constitución de Weimar es paradigmática respecto del papel de la racionalidad jurídica con arreglo a valores) como el “decisionismo” estricto que entiende contrario a la racionalidad formal y su sistema de garantías. En el proceso de racionalización y formalización del derecho se produce una separación entre el Derecho y la ética. (MANNHEIM 1958, 57-58). Mannheim entiende en que en la sociedad contemporánea domina la racionalidad funcional determinante del sometimiento de todas las esferas de la vida a una calculabilidad previa con una pérdida de control del hombre sobre su actividad. De este modo los medios —la razón instrumental— prevalece sobre fines —razón finalista consciente—. Horkheimer opondrá a esa razón instrumental la que denominó “razón objetiva”, la cual estaría llamada a superar las lógicas propias de la racionalidad formal y material permitiendo una auténtica elección sobre los fines y valores a perseguir⁹⁰. El discurso entronca, con la versión crítica, aún más radical, de Herbert Marcuse, para el cual la razón instrumental —razón técnica— es funcional a la dinámica del capitalismo y particularmente

88 Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Eds. Sirey, 1978, págs. 69 a 92, en particular, págs. 72 y ss.

89 Véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, págs. 316 y ss. Véase, la anticipación de Marx, C., *El capital. Crítica de la economía política*, vol. I, México, FCE, 1999, págs. 44, 217, 521, 548 y ss., y pág. 614. En esta última se hace referencia explícita al “*espíritu protestante*” y la ley de beneficencia; Mommsen, W., Max Weber. Sociedad, política e historia, Barcelona, Laia, 1981, *passim*. Sobre la correlación entre religión y capitalismo moderno, véase la nitidamente exposición de Parsons, T., *The Structure of Social Action*, Nueva York, 1937, pág. 752 (existe traducción castellana en Eds. Guadarrama, 1968; Parsons, T., *La estructura de la acción social*, II, Madrid, Eds. Guadarrama, 1968, capítulos XIV y XV, 621 y ss., y en particular sobre el calvinismo y el espíritu del capitalismo, 640 y ss.

90 Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002.

a su núcleo central representado por la empresa basada en el espíritu de ganancia ilimitada y el trabajo libre subordinado técnicamente al servicio de la lógica de la producción. Marcuse subraya el carácter autodestructivo de la lógica del capitalismo (como antes que él lo habría realizado Thorstein Veblen, bajo la influencia nítida del marxismo), haciendo notar que la racionalidad formal (aparentemente neutra), constituye, en realidad, una razón de dominio bajo la imagen de una razón puramente técnica, tecnocrática e instrumental⁹¹. El posterior planteamiento de Habermas iluminará sobre los límites de la racionalidad formal y material en la construcción de Weber, y propondrá la potenciación de una nueva forma de racionalidad comunicativa, que más que oponerse enteramente a aquéllas sería una combinación y reinención al servicio de una democracia avanzada⁹².

El Derecho moderno aparece como medio organizativo de la sociedad susceptible de una racionalización formal. La racionalidad jurídica estriba en que el sistema de Derecho se rige por la racionalidad estratégica de sujetos jurídicos que actúan de modo racional conforme a fines, decidiendo entre posibilidades de elección según preferencias y la valoración de las consecuencias previsibles (“calculables”). De este modo los actores u operadores jurídicos actúan bajo el criterio de comprender el sentido autorreflexivamente de la ordenación legal. Sin embargo, afirmada la positividad del Derecho (su carácter racional, general, abstracto e impersonal), no cabe desconocer que la racionalidad jurídica es para Weber racionalidad instrumental o intencional, es decir, que sirve a la realización de determinados fines o intereses. Importa a Max Weber que subyace al Derecho la tutela de ciertos intereses (en la construcción de Weber es patente la influencia del pensamiento de Rudolf von Ihering, el cual no renunció a la racionalidad formal —no sólo afirmada y defendida por el positivismo jurídico como corriente de pensamiento—, sino que trató también de incorporar una complementaria racionalidad material o sustantiva, la cual al tiempo, discursivamente, sería prolongada por la llamada “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound, que va más allá de lo que hubiera querido el propio Weber), pero también, y ante todo, intenta poner de manifiesto el carácter condicionante —y autorreflexivo— de ciertas estructuras e instituciones jurídicas para garantizar el funcionamiento y desarrollo del capitalismo en sus diversos elementos. En este sentido la sociedad capitalista es para Weber un “sociedad jurídica”, en la que destacan las instituciones de la propiedad, las libertades de empresas y de contratación, el contrato (incluidos todos los contratos necesarios para el ejercicio de la empresa, y entre ellos el contrato de servicios laborales), etc. Es más: esas estructuras e instituciones jurídicas se enmarcan —*forman parte de él*— en amplio proceso de racionalización formal del Derecho y de la sociedad capitalista en su conjunto.

91 Véase Marcuse, H., “Industrialización y capitalismo en la obra de Max Weber”, en *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, 1971, págs. 133 y ss., y ampliamente, Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1969.

92 Véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987; Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998. En esta última obra matiza su visión más negativa de la colonización del mundo de la vida, afirmando el papel más positivo que puede tener el Derecho moderno en una transformación más democrática y justa de la sociedad contemporánea. Véase, en este sentido, Monereo Pérez 2001, XIII-CLXXXV)

Hasta tal punto es así que el sistema jurídico ve aumentar su complejidad a medida que aumenta la complejidad del sistema económico y del sistema administrativo, contribuyendo a afianzar esa visión dramática de la “jaula de hierro” o “férreo estuche” que a pesar de los aspectos emancipadores de la modernidad hace depender al individuo del sistema establecido, extinguiendo toda esperanza de liberación, planteamientos que Habermas desarrollaría después en su conocida construcción del proceso de “colonización del mundo de la vida”, produciendo *tipos humanos despersonalizados*⁹³. El proceso de racionalización social se acaba por identificar con el aumento de la racionalidad instrumental presidida, no ya tanto por el dominio de la naturaleza como por el dominio de la vida por las fuerzas productivas desencadenadas por el mismo proceso de modernización. El individuo queda prisionero en una red de instituciones y sometido a una lógica externa “anónima” (así las instituciones empresariales a base de trabajo despersonalizado, la burocracia estatal, los partidos de masas, los sindicatos, etcétera). Con este análisis esencialmente pesimista sobre el proceso de racionalización instrumental llevado a cabo en las sociedades occidentales, Weber padece el desasosiego producido por la convicción interna de que no será posible recomponer la mitificada unidad originaria del hombre, ya inevitablemente pérdida. Es la crisis de la razón y del sujeto moderno: desde la modernidad Weber asiste, en efecto, ante el declive de la razón ilustrada y la consiguiente decadencia del sujeto soberano paradigma del hombre ilustrado, el cual tiende a perder el control sobre su propia vida y esquema de valores asumidos libremente⁹⁴. En este sentido cuando Weber reflexiona sobre la modernidad ya se había producido una transformación fundamental en el proyecto de la Ilustración, con el surgimiento de nuevas formas de racionalidad instrumental y la percepción de la crisis de la idea de progreso y de la quiebra la razón ilustrada. Weber reacciona frente al optimismo de la filosofía de la Ilustración y la idea racionalista de la seguridad que proporciona el conocimiento científico⁹⁵. Weber se sitúa precisamente en la encrucijada de una etapa de transición del capitalismo

93 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, *passim*.

94 Sobre este orden de problemas véase Ruano De La Fuente, Y., *Racionalidad y conciencia trágica. La modernidad según Max Weber*, Madrid, Trotta, 1996, *passim*. Quien hace notar que la de Weber es una cosmovisión trágica, elaborada desde la conciencia de la aceptación del conflicto y de la lucha, y desde la íntima convicción de que sólo el que se aferra desesperadamente a un ideal puede salvarse. (*Ibid.*, 22). Asimismo, Ruano De La Fuente, M. Y., “La presencia de Max Weber en el pensamiento español. Historia de una doble recepción”, en *Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIII 726 julio-agosto (2007), págs. 545-566.

95 Véase Toulmin, S., *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, trad. Bernardo Moreno, Barcelona, Península, 2001, espec., págs. 57 ss.; Taylor, Ch., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de Ana Lizón, Barcelona, 2006, págs. 419 ss., y 619 ss.; y en la transición de la Modernidad a la Modernidad líquida del mundo actual, Bauman, Z., *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide Squirru, México DF, 2009, espec., págs. 21 y ss., 59 y ss., 139 y ss., y 179 y ss.; Wagner, P., *Sociología de la modernidad, Libertad y disciplina*, trad. M. Villanueva Sala, 1997, espec., págs. 137 y ss., 215 y ss., y 297 y ss.; Monereo Pérez, J.L., “La interpretación de la Modernidad en Tönnies”, “Comunidad y “Sociedad-Asociación” en el desarrollo histórico”, estudio preliminar a Tönnies, F., *Comunidad y asociación*, traducción de José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009, págs. XI-XLIV; Monereo Pérez, J.L., “La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies”, en Tönnies, F., *Principios de sociología*, trad. de V. Lloréns, revisión técnica, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009; Monereo Pérez, J.L., “Crisis de la modernidad y cuestión social el pensamiento crítico de Tönnies”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 144 (2009), págs. 793-862.

liberal al capitalismo organizado. En esa etapa ya no se tiene esa confianza exagerada, inspirada básicamente en el progreso de las ciencias naturales. La ciencia social puede aportar modestamente una ampliación de nuestro conocimiento y un mayor control de los asuntos humanos⁹⁶. Su fe en el poder de conocimiento sobre la sociedad de la investigación científica es relativa y en cierta medida pesimista como Tocqueville. Para Weber el conocimiento científico permitiría tan sólo aumentar el dominio técnico del hombre sobre la vida en lucha permanente contra la adversidad. Aunque, ciertamente, no alcanzara a vislumbrar un problema de más visible en nuestra época: la posibilidad de un progreso científico-técnico que pueda ser capaz de destruir el dominio técnico del hombre sobre la vida misma y que entronca con la crítica de la ideología del progreso en el pensamiento crítico contemporáneo⁹⁷.

Ese efecto, en cierta medida deshumanizador deriva de que la racionalidad vertical estatista (y no sólo la formal) se sitúa no tanto en el individuo como en un esquema racional de coherencia funcional y técnica entre los medios y los fines. Significativamente Luhmann considerará que la racionalidad formal constituía un instrumento de reducción de la complejidad del sistema social, haciendo posible la gestión de los conflictos sin interferencias directas de las valoraciones, como sería propio de la racionalidad material valorativa⁹⁸. La racionalidad formal tenía un efecto homogeneizador, ya que no estaría llamada a reflejar o transponer las diferencias sociales realmente existentes, sino que contribuía a formar sujetos formalmente iguales vistos desde el punto de vista del Derecho, público y privado. De ahí que la previsibilidad, la calculabilidad, y la formalización de un orden con unas reglas de juego prefijadas sobre la base del respecto a un determinado modelo de constitución socio-económica facilitaba el propio "cálculo" del sistema de dominación político-jurídica institucionalmente establecido⁹⁹. La calculabilidad se insertaría dentro de la lógica imperante en el pensamiento moderno como "pensamiento calculador" propio de un "mundo calculable"

96 Véase Weber, M., "La ciencia como profesión", en Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013, págs. 39 y ss.; Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Weber, M., "La ciencia como vocación", en *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969.

97 Ese planteamiento sería, muchos después, abordado por autores críticos como Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, introducción y trad. de Andrés Sánchez Pascual, Barcelona, Editorial Herder, 1995; Jonas, H., *El principio vida. Hacia una biología filosófica*, Madrid, Trotta, 2000.

98 Luhmann, N. y Georgi, R. De., *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara, 1993.
Lukács, G., *El asalto a la razón*, Barcelona-México, Eds. Grijalbo, 1972.

99 Cerroni, U., *Teoría della società di massa*, Roma, Reuniti, 1983, pág. 18.

Se ha visto aquí una cierta confluencia entre la interpretación heideggeriana de la moderna y el pensamiento de Max Weber sobre el proceso de racionalización occidental¹⁰⁰.

Weber partía de una concepción esencialmente estatalista del Derecho (aunque admite otros órdenes jurídicos subordinados), una concepción monista del Derecho y de su sistema de fuentes dotado efectivamente del poder de coerción, reforzado mediante el reclamo de la violencia legítimamente organizada (es decir, para él, conforme a la legalidad vigente). Él cree que el proceso de racionalización determinará una creciente estatalización, y con él un camino hacia una “socialización” burocrática, la cual no llevaría hacia la democratización, sino al aumento de la burocratización del Estado y de la vida social. Por ello afirmará que “una socialización creciente significa hoy indefectiblemente un aumento creciente de burocratización”¹⁰¹. No se olvide que para él el Estado “es aquella comunidad humana que en el ámbito de un determinado territorio... pretende para sí (con éxito) el monopolio del uso legítimo de la fuerza física. De hecho —añade—, el aspecto específico de la época moderna lo constituye el hecho de que el ejercicio de la fuerza física viene atribuido a todos los otros grupos o individuos particulares únicamente en los límites en los que el Estado lo confía en sus manos: el Estado tiene el valor de ser la única fuente del derecho al uso de la fuerza”¹⁰².

Entiende que el nacimiento del capitalismo moderno deriva fundamentalmente de dos innovaciones: la ética protestante de la profesión (*Beruf*) y el orden jurídico racional moderno. En particular, para él el Derecho moderno (“burgués”) constituye una materialización de estructuras de conciencia postradicionales, donde las acciones sociales de tipo racional orientada a fines se institucionalizan en el marco de órdenes legítimos. Uno de los caracteres principales de la racionalidad del Derecho moderno consiste en la sistemática jurídica, siendo aquél un Derecho de juristas profesionales que participan directamente en el proceso de racionalización formal del Derecho. El Derecho racional moderno participa de tres rasgos generales fundamentales: positividad (Derecho positivo estatuido, por imposición del legislador), legalidad (obediencia objetivada a las normas); y formalismo (el sistema jurídico delimita los ámbitos de actuación permitidos explícitamente y reconoce facultades o posibilidades de acción a los sujetos). Todas ellas características que reenvía a una fundamentación relativa a fines.

100 Véase, en este sentido, Colliot-Thélène, C., *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1992, págs. 162 y ss. En el estudio del fenómeno de la burocratización y del creciente dominio de la burocracia pública se ha podido verificar que el análisis de Weber de la sociedad moderna es una continuación del pensamiento liberal de Tocqueville. Véase Portinaro, P.P., *Max Weber. La democracia como problema e la burocracia como destino*, Milano, 1987, pág. 54; Monereo Pérez, J.L., “La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un tema de Weber”, estudio preliminar a la obra clásica de Nieto García, A., *El pensamiento burocrático*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XIX a CXII. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo IV (“Teoría política de la burocratización: El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber”), págs. 333-436.

101 Cfr. Weber, M., “Poder burocrático y liderazgo político”, en *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, pág. 129.

102 Cfr. Weber 1964, 1056. El positivismo formalista de Weber y su visión estatalista del Derecho le vincula con el pensamiento de Kelsen, pero sin confundirse con él, véase Bobbio 1973, 43-44; Kelsen 1922, 156 ss.; *Id.*, 1925, citadas por Treves 1978, 82). Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 110 y ss., 169 y ss., y 261 y ss.

El Derecho es, según Weber, un orden de la vida que responde a formas de racionalidad práctico-moral, por un lado, y, por otro, parece restringir la racionalización del Derecho únicamente a la dimensión de racionalidad con arreglo a fines, de modo simétrico a la racionalidad instrumental operada en la economía y la organización burocrático-administrativa del Estado moderno. Ahora bien, esta visión es reductiva respecto de la mayor complejidad del fenómeno: Esta operación interpretativa es conseguida "a costa de una reinterpretación y reducción empiristas de la problemática de la legitimación y de una desconexión categorial del sistema político respecto de los formas de racionalidad práctico-moral: Weber recorta también la problemática de la toma de decisiones colectivas para reducirla a procesos de consecución del poder y competencia por el poder"¹⁰³.

En la teoría de la racionalidad jurídica de Weber adquiere un papel nuclear la distinción entre Derecho formal y Derecho material. En el primero, la lógica formal que lo informa conduce a la sistematización de las normas jurídicas; el segundo, es más inorganizado y empírico, por su carácter casuístico. Estos dos tipos de Derechos presentan distintos modos de *racionalización*: la lógica formal, en el caso del Derecho formal, y la utilidad en el Derecho material, aunque en ambos persisten elementos irracionales. Operando con ella puede establecer cuatro tipos ideales de Derecho, que en la práctica no se localizan en estado puro: "1) el Derecho *irracional y material*, cuando el legislador y el juez se basan en puros valores emocionales, al margen de toda referencia a una norma, y sólo consultan su propio sentimiento. Al igual que los otros tipos, éste no se encuentra en estado puro, si bien se le parece la justicia dictada por un déspota. De igual modo, la justicia del cadí, o juez musulmán que, sentado en el mercado, parece emitir su fallo sólo en función de su arbitrio. (En realidad, observa Weber, se trata de mera apariencia, ya que el cadí se refiere, por lo menos implícitamente, a las representaciones religiosas o políticas que están en curso en el pueblo.). 2) El Derecho *irracional y formal*. El legislador y el juez se dejan llevar por normas que escapan a la razón, ya que se pronuncian basándose en una revelación o en un oráculo (ordalías). 3) El Derecho *racional y material*". La legislación o el juicio se refieren a un libro sagrado (por ejemplo, el Corán), a la voluntad política de un conquistador o bien a una ideología". Esta forma de Derecho reconoce como legítimo aquello que es equitativo en las condiciones de las situaciones empíricas; introduce, pues, un elemento de valoración de carácter económico, político, religioso, ético.... "4) El Derecho *racional y formal*: la ley y el juicio se establecen únicamente sobre la base de conceptos abstractos creados por el pensamiento jurídico"¹⁰⁴. En el Derecho formal los procesos decisorios se producen por cauces estrictamente jurídicos. Como ha sido advertido, "el Derecho formal no reconoce como legítimo más que aquello

¹⁰³ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 330.

¹⁰⁴ Freund, J., "La rationalisation du droit selon Max Weber", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 ("Formes de rationalité en droit"), París, Eds. Sirey, 1978, págs. 69 y sigs., 227-228. Sobre la teoría de la racionalidad formal en Weber, es interesante la reflexión de Zaccaria, G., "Razionalita', formalismo, Diritto: riflessioni su Max Weber", en *Sociologia del diritto*, núm.1 (1981), págs. 197 y ss.; Viola, F. y Zaccaria, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Prólogo de G. Robles Morchón, Madrid, Dykinson, 2007, espec., Capítulo 1 ("Las razones del derecho"), págs. 23 y ss. De gran interés, Ferrari, V., *Funciones del derecho*, trad. M^o. J. Añón Roig y J. De Lucas Martín, Madrid, 1989, espec., págs. 33 y ss., 61 y ss., 197 y ss.

que es jurídicamente correcto por conformidad al sistema jurídico considerado en sí mismo”¹⁰⁵. El paradigma del Derecho formal conduce a la elaboración de una teoría jurídica, en la cual las normas obedezcan exclusivamente a la coherencia del orden jurídico abstracto y pudieran deducirse las unas de las otras, fuera de toda intervención y de toda consideración exterior de carácter ético, religioso o económico. Se puede decir también, en términos más simplificados y expresivos, que “la ‘formalidad’ hace referencia al procedimiento jurídico, mientras que la ‘materialidad’ hace referencia al contenido del derecho” (Fariñas Dulce 1991, 258). La dimensión “formal” del Derecho está vincula, como ocurre con la misma dimensión “racional”, con la controlabilidad intersubjetiva de los fines decisionales, y también con la necesidad de previsibilidad de los instrumentos. En este sentido puede hablarse de *distintos grados de racionalidad*¹⁰⁶.

En el desarrollo del Derecho siempre ha existido una tensión entre formalidad y materialidad del Derecho, tratándose de tipos ideales que no han existido nunca en estado puro, ya que los modelos históricos ponen de relieve la combinación de ambas lógicas, formal y material, en los órdenes jurídicos. La alternativa formal/material, situándose sobre la conexión típica de un cierto proceso decisional con un determinado sistema, se funda sobre una perspectiva rigurosamente “intersistémica”, en cuanto refleja la conexión de los criterios decisorios adoptados con los criterios propios del sistema jurídico. De hecho Weber no descalifica —como parece pensar Habermas— la racionalidad material sino que más bien pone de relieve entre la *tensión en la modernidad* entre legalidad (racionalidad formal) y moralidad (racionalidad material).

En la evolución histórica se ha producido una racionalización progresiva y creciente del Derecho, que refleja un proceso de “juridificación” en todos los ámbitos de las relaciones sociales. Para Weber las cualidades formales del Derecho han evolucionado internamente “hacia una racionalización y sistematización lógicas crecientes, debido a la especialización jurídica y de allí —si se consideran las cosas del exterior— hacia una sublimación lógica y un rigor deductivo del Derecho crecientes y, finalmente, hacia una creciente técnica racional del procedimiento”¹⁰⁷. Antes había descrito la evolución del Derecho indicando que “Dividida en etapas del desarrollo, la evolución general del Derecho y del procedimiento lleva desde la revelación carismática del Derecho, por “profetas del Derecho”, hasta una creación y descubrimiento empíricos del Derecho, por notables y de la toga (creación del Derecho por la jurisprudencia de cautela y los antecedentes judiciales), y de allí, a la concesión del Derecho por el *imperium* laico y los poderes teocráticos y, finalmente, a una elaboración en una jurisdicción que se desarrolla gracias a una formación literaria y formalmente lógica como obra de sabios (los juristas profesionales). Las cualidades formales del Derecho han evolucionado por la magia

105 Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Eds. Sirey, 1978, pág. 81.

106 Febbrajo, A., “Capitalismo, Stato moderno e Diritto razionale-formale”, en el número extraordinario monográfico de *Sociologia del Diritto*, núm.1 (1981), *Studi su Max Weber*, págs. 44 ss.; Marra, R., *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e politico di Max Weber*, Torino, Giappichelli, 1995; Marra, R., *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 2002.

107 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, Parte I, epígrafe, 8.

y de una irracionalidad condicionada por la revelación, pasando eventualmente por el rodeo de una racionalidad por finalidad de orden material y no formal, condicionada por elementos teocráticos y patrimoniales, hacia una racionalización y sistematización lógicas y crecientes, debido a la especialización jurídica y de allí —si se consideran las cosas del exterior— hacia una sublimación lógica y un rigor deductivo del Derecho crecientes y, finalmente, hacia una creciente técnica racional del procedimiento.

La racionalidad del Derecho supone, así, abstracción y generalización y la sistematización jurídica, rasgos que caracterizan la aplicación indiferenciada y la coherencia del Derecho, pero también la previsibilidad y calculabilidad del mismo frente a las formas de Derecho irracional. Dicho proceso se presenta bajo forma de generalización y de sistematización en el sentido de una reducción de los motivos relevantes para la decisión del caso concreto a uno o más “principios” jurídicos, formando un sistema de reglas lógicamente claro, privado de contradicciones internas y sobre todo privado de lagunas¹⁰⁸. En el plano de las fuentes de producción normativa, el Estado moderno remite a un proceso histórico de apropiación y de concentración/centralización de poderes normativos por parte los poderes públicos, frente a su posible fragmentación a los sujetos y operados privados.

Esa evolución interna del Derecho está marcada, según Weber, por razones de orden y de eficacia y asimismo por necesidades de equilibrar la lógica jurídica y las exigencias materiales de origen extra-jurídico. En esa evolución se ha afirmado, con justeza, que “el formalismo queda ambiguo a pesar de todas las especializaciones, debido a que no se puede encerrar la vida en el marco de las prescripciones jurídicas abstractas... la coherencia absolutamente lógica y sistemática del Derecho es una ficción, ya que no existe teoría jurídica pura y sin fallos”. Siendo el papel de la sociología jurídica “precisamente comprender este desfase, así como los conflictos que surgen de la incompatibilidad entre el aspecto formal y el material, es decir, analizar el desarrollo del espíritu jurídico sin dejarse imponer por las querellas dogmáticas de los profesionales del Derecho. En todo caso, la sociología no ha de pronunciarse sobre el valor de esta racionalización, aunque el Derecho actual tenga el peligro de alejar a los profanos de los problemas jurídicos y de cultivar simplemente su ignorancia”¹⁰⁹.

Dentro de su concepción jurídica esencialmente positivista (No se olvide su incardinación en la cultura jurídica del neokantismo) vincula íntimamente el Derecho racional moderno con la dominación legal. Hasta tal punto percibe esa unión que “el principio de que el derecho necesita justificación se desvanece y queda solamente el principio de positivización”¹¹⁰. Centra su atención en el formalismo del Derecho positivo con un elevado grado de sistematización realizada por juristas profesionales. Pasa a un segundo plano la exigencia de fundamentar el Derecho, ya que para él éste no es sino un medio de organización racional con arreglo a fines. Es así que acaba por *desvincular*

108 Rossi, P., *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Milano, Il saggiatore, 1982, págs. 81-82. Del propio Rossi, P., *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, Donzelli Editore, 2007.

109 Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1973, pág. 237.

110 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 339.

la racionalización jurídica de la racionalidad práctico-moral, la cual quedaría desplazada por la razón finalista. Es, ésta, una *reducción del Derecho a puro medio técnico de organización*, sometido simplemente a una racionalización formalista, que en él es señaladamente racionalidad con arreglo a fines. De ahí la separación que postula de todo Derecho natural racional (basado en una racionalidad práctico-moral, en la validez racional conforme a valores; para él el Derecho moderno se basa esencialmente en el principio de positivización, y por decisión impositiva del legislador), la esencial *equiparación positivista de legalidad y legitimidad*, y su visión negativa de la racionalidad material como elemento distorsionante de la racionalización formalista de la modernidad.

Las aporías —derivadas de su concepción positivista del Derecho— que se presentan con el rechazo de todo principio material de fundamentación del Derecho positivo manifiestan una cierta *confusión* en el pensamiento de Weber entre las cualidades formales de un sistema de Derecho moderno postradicional con los particulares valores materiales que sirven de fundamento al orden jurídico establecido. El problemático práctico que plantea la concepción formalista de Weber es el de cómo legitimar una dominación legal cuya legalidad se basaría en un Derecho de estructura estrictamente decisional. Para Weber se trata de una *legitimación procedimental*, es decir, a través de procedimiento jurídico entendido como el ateniimiento de la decisión jurídica a las reglas procedimentales prefijadas en el desenvolvimiento vital del Derecho (momento genético y de aplicación e interpretación). Por ello puede afirmar, en coherencia, la legitimidad del Derecho reside básicamente “en la fe en la legalidad de los órdenes estatuidos y del poder de mando de aquellos a los que esos ordenes facultan para el ejercicio del poder”¹¹¹. Y no se olvide que para Weber el Derecho es situado dentro de la categoría de los órdenes legítimos que determinan y orientan el comportamiento empírico de los individuos. Esa fe representa para él la sumisión a las normas de los sujetos destinatarios, las cuales han sido estatuidas de modo *formalmente* correcto, esto es, conforme a las reglas procedimentales establecidas. Ahora bien, aquí se produce una paradoja que refleja el carácter contradictorio de la relación entre legalidad y legitimidad en el pensamiento de Weber, porque si “*si la legalidad no significa otra cosa que concordancia con un orden jurídico fácticamente vigente, y si éste, como derecho estatuido que a su vez es, no resulta accesible a una justificación de tipo práctico-moral, entonces no queda claro de dónde extrae la fe en la legalidad su fuerza legitimadora. La fe en la legalidad sólo puede crear legitimidad si se supone ya la legitimidad del orden jurídico que determina qué es legal. No hay manera de romper este círculo (Winckelmann)*”¹¹². Como hace notar Habermas la fe en la legalidad de un procedimiento no es capaz de producir legitimidad por la exclusiva virtud de la corrección procedimental de la creación del Derecho positivo. Desde esa perspectiva la dominación legal no sería propiamente un tipo independiente de legitimidad o

¹¹¹ Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología” (págs. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte II, epígrafe 5.

¹¹² Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987. 343, quien apunta que la legitimación mediante procedimiento es también la posición mantenida por Carl Schmitt y Luhmann (*Ibid.*, pág. 343). Para la posición de Carl Schmitt, al respecto, véase Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Capítulo II (“Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt”), págs. 241 y ss., y Capítulo I, págs. 9 y ss.

dominación legítima. Añade, que la legalidad que sólo se base en la corrección procedimental de lo positivamente estatuido puede ser a lo sumo *síntoma* de una legitimidad subyacente, pero no puede en sí *sustituirla*¹¹³. Según Weber la legitimación del Estado y del Derecho moderno remite a un poder jurídico y político que es racional porque es legal. Se consuma así el esquema de reduccionista de la legitimidad a la legalidad, es decir, la *orientación sustitutiva de los problemas de fundamentación por cuestiones de procedimiento*. Cuestión ésta de gran relevancia, porque toda dominación política (al menos en una sociedad democráticamente organizada) exige de suyo un cierto principio de legitimidad.

El problema no queda resuelto por el hecho de que orden político-jurídico sea legítimo, ya que la legitimidad remite a una justificación interna de dicho orden; y precisamente la característica relevante para él del Estado y del Derecho moderno es que se basa en una forma específica de legitimidad: la creencia o fe en la legalidad. En la dominación legal o racional, los sujetos destinatarios están llamados a obedecer a las reglas jurídicas establecidas. De ahí puede resultar fácil colegir que el motivo de legitimidad “legal” pueda prescindir de todo elemento axiológico fundante del orden político-jurídico de que se trate. Lo relevante sería la legitimidad del orden entendida como justificación interna o fundamento del poder político-jurídico, entendida como presupuesto —e incluso inherente— a ese orden realmente existente y capaz de imponerse en la perspectiva jurídico-política. No se olvide que para Weber no existe propiamente una contraposición entre legitimidad y legalidad, sino que ésta última es una *forma o motivo* de legitimidad, esto es, uno de los tipos ideales de legitimidad. Se ha advertido que “el poder legal de Weber adquiriría su legitimidad por el mero hecho de actuar dentro de las leyes establecidas”. Sin embargo, Weber hace notar que la legalidad puede ser legítima bien en virtud de un pacto entre los interesados, bien en virtud de un otorgamiento realizado basado en el poder “legítimamente válido” de unos hombres sobre otros, y respecto de la regla que ha de ser obedecida. De ahí que para Weber no entienda autosuficiente el criterio de legalidad, al resultar preciso el reclamo a un criterio preexistente: el acuerdo de los interesados, o la imposición de una autoridad legítima. Pero, pese a todo, no resuelve la duda sobre si dicho poder es legítimo en última instancia porque actúe conforme a un acuerdo con las leyes establecidas, o porque actúe según las leyes que tiene un determinado contenido o emanan de una determinada autoridad, sin aclarar la incógnita de si el principio de legitimidad deberá buscarse fuera del principio meramente formal de la legalidad¹¹⁴. Subraya Bobbio que atendiendo a la función social de la formalización del poder a través del Derecho abstracto, “parece que dicho orden posee una racionalidad que no es sólo formal, en el sentido de que la racionalidad formal es la condición de

113 Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 346; Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998. En el mismo sentido Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2011; Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., págs. 161 y ss., y 179 y ss.

114 Bobbio, N., “Estado y poder en Weber”, en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1985, págs. 257 a 285, en particular, 283.

una racionalidad también material. Pero si esto es así, el criterio último de la legitimidad del poder legal es la “justificación íntima” de las leyes. Justificación que no puede hallarse en otra ley superior, sino que debe encontrarse en los valores que esta ley satisface...”¹¹⁵.

Es así que Max Weber da acogida a una concepción esencialmente positivista del Derecho y una noción *decisionista* de la legitimidad a través del procedimiento, sin considerar legítima —como hace Schmitt— la autoridad política capaz de mantener el orden. Decía Carl Schmitt que “la esencia de la constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*”¹¹⁶. Lo cual le permite eludir la dimensión de la racionalización en sentido ético. Según Habermas Weber termina por *confundir* “toda apelación a la necesidad de fundamentar o justificar la dominación, es decir, toda tentativa de remontarse a un acuerdo racional como fundamento legitimador, con una apelación a valores particulares. De ahí que *la racionalización material del derecho* signifique para él no una etización progresiva, sino la destrucción de la racionalidad cognitiva del derecho”¹¹⁷. Weber rechaza todo criterio de racionalidad material por ser contraria al formalismo del Derecho. De este modo Weber no se limita a destacar los rasgos formales del Derecho moderno y su funcionalización hacia la racionalidad de orientación finalista, sino que va más lejos al mantener una noción esencialmente positivista de la racionalidad jurídica que puede conducir a relegar su dimensión práctico-moral (*principio de fundamentación*), restringiéndola únicamente a su vertiente cognitivo-instrumental (*principio de positivización*). Ciertamente, fuera de esa lógica del positivismo legalista, la legitimidad exige el consentimiento y la aceptación con base a valores por parte de los gobernados que han de obedecer las reglas jurídicas. Desde esa perspectiva material, jurídico-política, la legitimidad no puede designar la simple legalidad. El constitucionalismo moderno o garantismo jurídico, no consiente la reducción de la dominación legítima (basada en la legitimidad o aceptabilidad social y valorativa del orden político y jurídico) a la dominación estrictamente legal. En este sentido, autores de adscripción positivista como el propio Max Weber tienen a incurrir en esta concepción reduccionista de los principios de legalidad y de legitimidad. Para él el proceso de racionalización del mundo moderno conlleva la gestación de un Derecho racional, cuyo formalismo queda esencialmente liberado de fundamentos de valor. En lo principal, para Weber la forma de legitimidad más extendida es la creencia en la legalidad, es decir, la aceptación de reglas formalmente correctas que han sido instituidas conforme a los procedimientos pertinentes de elaboración legislativa. No obstante, esto no significa necesariamente que Weber identifique racionalidad con legalidad, sino ante todo —y por encima de ello— quiere decir que Weber considera que esa es una tendencia del proceso de racionalización

¹¹⁵ Bobbio, N., “Estado y poder en Weber”, en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1985, pág. 284.

¹¹⁶ Cfr. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pág. 82. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulo II, págs. 241 y ss., y Capítulo III, págs. 277 y ss.

¹¹⁷ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, pág. 346.

occidental. Subraya que la legalidad formal, entendida como un tipo específico de legitimidad, desempaña en el ámbito político una función semejante al conferido a la objetividad en la esfera de la metodología de las ciencias sociales. Donde no hay posibilidad de demostración de verdades en el campo de los valores, el sistema legal ofrece una suerte de legitimidad contingente, provisional, en atención a los imperativos y exigencias de la coyuntura histórica¹¹⁸. En este sentido Weber acepta los postulados del positivismo jurídico y su creencia en la legalidad como supuesto base fundamental de la legitimidad política. Esta concepción legalista entraña el riesgo de identificar necesariamente “validez formal” y “validez sustancial”, y supone en la práctica jurídico-política el sometimiento a imperativos de legalidad estatal —o del poder público, en general— prescindiendo de criterios valorativos de legitimidad¹¹⁹. De esta perspectiva, no se puede reducir la legitimidad a la legalidad. La dominación legal —el principio de legalidad— no se justifica en sí misma; la legalidad no siempre es susceptible de proporcionar legitimidad a un orden jurídico-político, pues la legitimidad, al menos en orden democrático, hace referencia ante todo a una limitación de carácter sustancial, esto es a una justificación sustancial del poder.

En el caso de Carl Schmitt, se observa igualmente el desplazamiento de legitimidad por la legalidad en el marco del racionalismo occidental¹²⁰. En este contexto histórico-político de emergencia de un régimen totalitario¹²¹, Carl Schmitt realiza una reflexión crítica sobre el principio de legalidad que enmarca en su crítica al positivismo formalista (especialmente en confrontación directa con Kelsen). Él realiza una crítica al legalismo formalista y piensa que el principio de legalidad tiene que abrirse al mundo de los valores, confirmando una justificación sustancial al poder. Su reproche se dirige directamente sobre el carácter formal y no sustancial de la legalidad, que conduce, en su opinión, a una indiferencia valorativa y a la neutralización de la política en la forma del Estado de Derecho.

¹¹⁸ Raynaud, P., *Max Weber y los dilemas de la razón moderna*, París, P.U.F., 1987, pág. 193.

¹¹⁹ Para esa distinción crítica, véase Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963; Ross, A., *Lógica de las normas*, edición y estudio preliminar, “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI. Un excelente análisis de las dos racionalidades implícitas en la distinción (racionalidad jurídico-formal y racionalidad jurídico-material), en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2011, págs. 9 y ss. Asimismo, Monereo Pérez, J., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., págs. 161 y ss., y 179 y ss.

¹²⁰ Schmitt, C., *Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política (1969)*, recogido en Carl Schmitt, teólogo de la política, Prólogo y Selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, México, FCE, 2001, págs. 451 y ss. Véase también su ensayo Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; y en una perspectiva crítica, Blumenberg, H., *La legitimación de la edad moderna* (1988), edición corregida y aumentada, trad. P. Madrigal, Valencia, Pre-Textos, 2008, espec., págs. 91 y ss. Para un estudio completo sobre el pensamiento de Schmitt con referencia a su teoría del poder y la soberanía en la sociedad moderna, puede consultarse Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., 277 y ss.; y sobre el Weber Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 211 y ss., 261 y ss., y 340 y ss.

¹²¹ Cuyos orígenes se remontan a un periodo anterior, como puede comprobarse en Talmon, J.L., *Los orígenes de la democracia totalitaria*, trad. M. Cardenal Iracheta, México, D.F., Madrid-México D.F., Aguilar, Buenos Aires, 1956.

Ello supone, para él, un ocultamiento del problema de la soberanía (que tiende a ver aquí como la capacidad de imponer un orden social en la comunidad política mediante una nítida diferenciación entre amigo y enemigo) (SCHMITT 1991). Por lo demás, observaba haciendo patente la influencia de Weber, que la legalidad no era en su origen otra cosa que un producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad, mas no su absoluto contrataste. La general neutralización axiológica pertenecía al funcionalismo general y hacía de la democracia la ideología de un relativismo fundamental, pues la legalidad positivista obedece a una pura racionalidad formal¹²². La reducción del positivismo jurídico de la legitimidad a la legalidad convierte a ésta en un sistema cerrado. En tal sentido observa que, en nuestros días, la ficción normativista de un sistema cerrado de legalidad choca de modo claro e inequívoco con la legitimidad de una voluntad dotada de existencia real e inspirada en el Derecho; hoy día es ésta la oposición esencial, no la oposición entre monarquía, aristocracia, oligarquía o democracia, que, casi siempre, no hace más que confundir y embrollar. Por otra parte, entiende que el Estado de su época se encuentra en un proceso de transformación, y el viraje hacia el Estado totalitario. En el Estado totalitario se refleja la tendencia en las sociedades complejas hacia la politización de la compleja existencia humana, procedimiento a conquistar todas las esferas de la vida¹²³, característico del momento actual, con su inevitable tendencia hacia la planificación (no hacia la libertad, como hace cien años), se presenta como un viraje típico hacia el Estado administrativo¹²⁴. Un “Estado de economía” no puede funcionar como Estado legislativo parlamentario (con su sistema de legalidad cerrado) y tiene que convertirse necesariamente en Estado administrativo (SCHMITT 2006, 4). Entiende Schmitt por Estado legislativo “un cierto tipo de comunidad política cuya peculiaridad consiste en que ve la plasmación máxima y decisiva de su voluntad en un conjunto de normas que pretenden ser Derecho y que por eso requieren unas determinadas cualidades y, por lo mismo, el resto de funciones, competencias y asuntos públicos”¹²⁵. Estos Estados gubernativos o administrativos son los más adecuados como instrumentos para llevar a cabo transformaciones radicales, de signo revolucionario o reaccionario, y para configuraciones de gran envergadura. Por el contrario, entiende, que el Estado legislativo es el vehículo típico de una era reformista-revisionista-evolucionista, equipada con programas de partido, que trata de realizar el “progreso” mediante leyes justas, de un modo legal-parlamentario¹²⁶. En este tipo de Estados el Estado no será legítimo por su mera legalidad formal (a diferencia del Estado legislativo liberal se vincula precisamente con el

122 Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, “Introducción”.

123 Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, pág. 90.

124 Forsthoft, E., *El Estado de la sociedad industrial (1971)*, Madrid, IEP, 1975; Forsthoft, E., “Problemas constitucionales del Estado social”, en VV.AA., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

125 Schmitt, C., “Teología política” (1922), en *Escritos políticos*, trad. D.J. Conde, Madrid, Doncel, 1975.

126 Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

principio de legalidad); es preciso que atienda ante todo a los contenidos valorativos y a los fines a los que sirve; esto es, a una justificación material, por contraposición a toda idea de una legalidad funcionalista indiferente y neutral respecto al contenido. Schmitt toma nota de la crisis del legalismo formalista y trata de defender su sustitución por un principio de legitimidad sustancial, que en él comporta la aceptación de un orden jurídico previamente existente al jurídico-positivo. Tras ello se oculta la pretensión de justificar el poder, porque, históricamente, “los principios de legitimidad no son más que justificaciones del Poder, esto es, explicaciones que los gobernantes dan a los gobernados acerca de las razones en que pretenden fundamentar su derecho a mandar, y ello porque entre todas las desigualdades humanas, ninguna tiene tanta necesidad de justificarse, de explicarse ante la razón, como la desigualdad que deriva del fenómeno del Poder, del hecho de la dominación de unos hombres por otros hombres”¹²⁷. En realidad, el problema de la legitimidad hace referencia al problema de justificación del poder¹²⁸. La legitimidad es un atributo del poder político (se habla de legitimidad del Estado) que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales o excepcionales, recurrir a la fuerza organizada. Es manifiesto que todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca socialmente como legítimo, transformando la obediencia en adhesión voluntaria. Es así que la *creencia en la legitimidad* es el elemento integrante de las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito estatal¹²⁹. Sin embargo, la acepción del sistema político establecido puede ser más o menos libre atendiendo al tipo de Estado, democrático o autoritario. Por ello la legitimidad es un régimen democrático comporta unas reglas de juego para todos los contendientes y el presupuesto del respecto a ciertos valores fundamentales de la comunidad política, los cuales permiten constatar la existencia de un consenso básico libremente expresado por los integrantes de la comunidad de que se trate¹³⁰. Importan no sólo *la capacidad de decidir*, sino también *la legitimidad de la decisión*. Además, no se pueden confundir las nociones de “legalidad” (ley) y Derecho, pues éste no se agota en la ley formal. En todo caso, la tensión entre legalidad y

127 Ferrero, G., *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 30.

128 Véase Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Ediciones de Depalma, 1980, pág. 13 y ss.

129 Levi, L., “Legitimidad”, voz del *Diccionario de Política*, N. Bobbio y N. Matteucci (Dir.), t. II, Madrid, Siglo XXI editores, 1983, pág. 892.

130 Ferrero, G., *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1991, espec., págs. 268 y ss. y la obra clásica de Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, edición y estudio preliminar, “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen” (págs. XXI-CLXXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, y Estudio preliminar, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002. *passim*. Pero también pueden citarse, más allá de las diferencias específicas, varias obras muy significativas sobre la democracia contemporánea: Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2003; Confora, L., *La democracia: historia de una ideología*, Barcelona, Critica, 2004; Pettit, Ph., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2011.

legitimidad entre estos autores (a los que cabe añadir a Herman Heller¹³¹, Otto Kirchheimer¹³² y Rudolf Smend, principalmente) se enmarca en la defensa del constitucionalismo democrático-social y el contexto de la lucha contra el formalismo jurídico en la República de Weimar. Y precisamente Max Weber aportaría unos análisis que en gran medida marcarían y delinearían el cuadro problemático en su moverían sucesivamente Schmitt, Kelsen y otros grandes juristas y politólogos¹³³.

Toda organización política de la sociedad, y el Estado moderno lo es, constituye una “relación de *dominación* de hombres sobre los hombres”, que para él siempre se ha mantenido por medio del ejercicio de la violencia legítima (esto es, de la que es vista como tal). Para él la legitimidad de un orden jurídico-estatal no es un hecho objetivo, sino el resultado de una percepción de los individuos, puede tener su base en ciertos criterios de valor o en expectativas sociales de determinadas consecuencias externas. Le interesa, ante todo, verificar cómo se forma y cómo se sustenta la *aceptación de hecho, empíricamente determinada*, lo que es algo diferente al consenso de las teorías contractualistas del Estado¹³⁴. Así, según Weber, el Derecho es un orden jurídico que es socialmente percibido como legítimo, estando su validez garantizada por el poder de coacción institucionalmente establecido. Desde este punto de vista el Derecho es un instrumento de control social manejado por un grupo de dirigentes. De algún modo esto supone que la estructura de dominio institucional exige el *acatamiento* de los dominados a la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento asumen las funciones de dominio¹³⁵. Al efecto, constata que existen *tres tipos de justificaciones internas*, de fundamentos de la *legitimidad* de una dominación (entendiendo por tal la probabilidad de hallar obediencia a un mandato determinado): a) la legitimidad mediante la “costumbre”, legitimidad tradicional (autoridad tradicional); b) la legitimidad a través del “carisma” personal (autoridad carismática) respecto de a quien se reconoce la capacidad para ostentar las cualidades propias de un jefe (“caudillo”), lo cual remite al “conductor de hombres” cuyas órdenes son obedecidas porque “creen” en él; y, por último, c) la legitimidad *basada en la legalidad* (autoridad legal-racional), es decir, en la creencia (soporte de la legitimidad) en la validez

131 Monereo Pérez, J.L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, 2009.

132 Monereo Pérez, J.L., *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a Kirchheimer, O., *Justicia política*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

133 Sobre las nociones de legalidad y legitimidad, aparte evidentemente de la obra “Legalidad y legitimidad” de Car Schmitt, véase Ferrero, 1991; Kriele 1980; Martínez-Sicluna y Sepúlveda 1991; KLIEMT 1983, y especialmente, Dyzenhaus 1999; y en una perspectiva de conjunto, Heller 2004; Monereo Pérez y Monereo Atienza 2006)

134 Sobre todo esta problemática de fundamentación del Estado moderno en el pensamiento de Weber puede consultarse el cuidado estudio de Rebuffa, G., *Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, Giappichelli editore, 1989.

135 Este es el enfoque el problema nitidamente expuesto en Weber, M., “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969, págs. 84-85. Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

de preceptos legales (validez jurídica o normativa) y en la “competencia” objetiva fundada sobre normas impersonales racionalmente creadas¹³⁶.

Ello supone, pues, que se sitúa en la orientación hacia la obediencia a las obligaciones que se imponen legalmente¹³⁷. La dominación legal se realiza en virtud de un *estatuto* y presenta como idea fundamental el hecho de que todo Derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma. El tiempo más puro lo constituye la dominación burocrática (aunque ninguna dominación es *exclusivamente* burocrática, porque ninguna es ejercida solamente por funcionarios reclutados), donde el aparato administrativo está integrado por funcionarios nombrados por los jefes, y los subordinados son “miembros” de la asociación, a título de “ciudadanos”, “camaradas”, etcétera¹³⁸. En este sistema de dominio legal se presta obediencia no a la persona gracias a su derecho propio sino a la *regla estatuida*, que es la que determina igualmente qué orden se ha de obedecer. De esta manera el sujeto que ordena obedece también a una regla (ley, reglamento.) normativa formalmente abstracta y superior. Es significativo que para Weber entra dentro del *tipo* de dominación “legal” no sólo la estructura moderna del Estado, sino también la relación de dominio (que es jurídico) en una moderna empresa capitalista privada (es ésta su dominio es en parte heterónomo, ya que su ordenación se halla prescrita parcialmente por el Estado), en una asociación de finalidad utilitaria, o en una unión, de cualquier clase que sea, que disponga de un equipo numeroso y jerárquicamente articulado (WEBER 1964, 707). Esto confiere un nuevo significado a la idea de estatuto legal como soporte de un *orden de dominación legalmente institucionalizado*.

En la cuestión esencial de la relación entre legalidad y legitimidad del poder, Weber entiende que el poder legal adquiere su legitimidad por el hecho de actuar dentro las leyes establecidas, siendo así que el principio de legalidad se reduce a la mera racionalidad formal-racional. Aunque Weber no entiende que sea suficiente el criterio de la legalidad, sin embargo deja sin resolver la duda de si dicho poder será legítimo porque actúa de acuerdo con las leyes vigentes, o más bien porque

136 Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 170 y ss. (“Los tipos de dominación”), y 706 y ss, y (“Los tres tipos de la dominación legítima”, que en él son inescindiblemente una tipología no sólo del poder, sino también de obediencia); 847 ss. (“La dominación carismática y su transformación”); Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología” (págs. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

137 Weber, M., “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969, pág. 85; Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 73 y ss. (“La dominación legal con administración burocrática”).

138 Weber, M., “Transparencia administrativa y selección de los funcionarios políticos”, en *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, págs. 171 y ss. Véase Monereo Pérez, J.L., “La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un tema de Weber”, estudio preliminar a Nieto García, A., *El pensamiento burocrático*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XIX a CXII; Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo IV (“Teoría política de la burocratización. El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber”), págs. 333-436.

actúa con arreglo a las leyes que presentan un determinado contenido o tienen su origen de una determinada autoridad. De este modo, no despeja la incógnita de si el principio de legitimidad deberá buscarse fuera del principio meramente formal de la legalidad. Se ha señalado, con razón, que atendiendo a la función social de la formalización del poder a través del Derecho abstracto (función que consiste en asegurar el orden liberal y burgués, un orden que va inmediatamente contrapuesto al teocrático y al democrático), parece que dicho orden posee una racionalidad que no es exclusivamente formal, en el sentido de que la racionalidad formal es *la condición de una racionalidad también material*¹³⁹. Por tanto, arguye Bobbio, el criterio último de la legitimidad del poder legal será la “justificación íntima” de tales leyes. Dicha justificación no puede encontrarse tautológicamente en otra ley superior, sino que deberá localizarse en los *valores* que esa ley satisface¹⁴⁰.

En Weber se produce una *identificación* entre “legitimidad” (atributo esencial del sistema político) y “legalidad” en el marco de su teoría del Estado (y del Derecho). Desde este punto de vista, se ha podido afirmar incluso que existe una cierta confluencia de Weber con la teoría decisionista de Carl Schmitt en un contexto de crisis del parlamentarismo, sin que pueda decirse de modo simplificador que Schmitt más que inspirarse en Weber desarrollando algunos postulados sería un continuador plenamente coherente con los planteamientos ya detectados previamente en Weber. En un plano distinto, Herman Heller mantendría un *decisionismo moderado* y comprendiendo con la defensa del Estado Social de Derecho¹⁴¹. Según Mommsen la irritación que provoca el hecho de que Carl Schmitt sea aquí caracterizado como continuador de tendencias que ya se encuentran en Weber es quizás comprensible pero no justificable. Naturalmente se da aquí por supuesto que las inferencias de Carl Schmitt *no* responden a la intención de Weber. Pero el que las ideas a menudo se desprenden del ámbito intencional de sus autores es un fenómeno universalmente observable. ¿Qué podía haber hecho Nietzsche para evitar que Hitler se apropiara de su pensamiento, o Hegel para impedir que Marx se apoderara de su dialéctica?¹⁴².

Carl Schmitt consideró siempre a Max Weber como uno de sus interlocutores más lúcidos. Son muchos los centros de interés de Schmitt en el pensamiento de Max Weber (se concepción del

139 Bobbio, N., *Estudios de Historia de la Filosofía*, Est. preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, págs. 283-284. Bobbio, N., *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 3ª ed., 2009.

140 Bobbio, N., *Estudios de Historia de la Filosofía*, Est. preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, pág. 284.

141 Véase Monereo Pérez, J.L., *La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, págs. 19 y ss. (“Decisionismo moderado y teoría antiformalista del Estado y de la Soberanía”). Sobre el decisionismo político de Carl Schmitt y su modelo de la dictadura plebiscitaria del presidente del Reich, véase Estévez Araujo, J.A., *La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, caps. III y V, respectivamente; Portinaro, P.P., “Max Weber e Carl Schmitt”, en *Max Weber e il Diritto*, a cura di Renato Treves, Milano, Franco Angeli Editore, 1981, págs. 155-182; Beethanm, D., *Max Weber y la teoría política moderna* (1974), trad. F. Pérez Cebrian, Madrid, CEC, 1979, espec., cap. 4. “Parlamento y democracia”, y cap. 8. “Clases sociales y líder plebiscitario”. Es particularmente importante en este orden de consideraciones el ensayo de Mommsen “Acerca del concepto de “Democracia plebiscitaria del líder”, en Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, págs. 49 y ss. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 211 y ss.

142 Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, pág. 287, nota 85.

proceso de secularización, su reflexión sobre una democracia plebiscitaria, su teoría de la legitimidad y legalidad moderna, etc.). A los efectos que aquí más interesan, importa retener las conexiones y divergencias respecto de la teoría de la racionalidad jurídica y el tipo de legitimidad “apropiada” para la dominación legal o racional. Tanto Weber como Schmitt aprecian, aunque con distinta valoración político-jurídica, una tensión entre “legalidad” y “legitimidad”. Desde el positivismo estricto solía afirmarse que el tipo de legitimidad en la sociedad contemporánea se resolvía en la creencia en la legalidad. El positivismo jurídico clásico acaba por identificar legitimidad con legalidad, la dominación legítima con la dominación legal. La aceptación del sistema legal como el soporte último de la legitimidad político-jurídico supone una sumisión prácticamente incondicional al Estado o poder público, pues el orden legal es una condición de la legitimidad que en sí misma no puede constituir su fundamento. En esto, el positivismo de Weber muestra las limitaciones de su análisis. Esa confusión de legitimidad y legalidad moderna estaba entrando en crisis por la instauración de un sistema de democracia parlamentaria y el fenómeno de la materialización del Derecho¹⁴³. Esta tensión entre legalidad y legitimidad constituye para Schmitt la cuestión político-jurídica central en la sociedad moderna. Weber apunta a esa a la consagración de esa idea de legitimidad principalmente a través de la conformidad a las reglas y a los procedimientos legislativos establecidos y asimismo en lo atinente a la legitimación carismática a reforzar su papel en la “democracia plebiscitaria de líderes”. Pero, entre otras diferencias significativas, Weber no pretendía cuestionar el régimen de democracia parlamentaria y defendió críticamente las instituciones democráticas de su época, a diferencia de Carl Schmitt que encontraba en el parlamentarismo la expresión más evidente del carácter débil e indecisorio del liberalismo político. Sobre la base de los análisis de Weber —que vislumbró los peligros de la tecnificación del Derecho como técnica de racionalización—, Schmitt veía un cuestionamiento de la existencia misma de la ciencia del Derecho, que se vería desplazada por la técnica. En su obra *Legalidad y legitimidad* (1932), Carl Schmitt realiza una crítica de la concepción de Weber de la creencia en la legitimidad de la ley formal (fe en el formalismo legal), al despojar de fundamentación axiológica al orden constitucional. La crítica schmittiana al legalismo formalista de Weber no le impidió, sin embargo, reafirmar la primacía absoluta de la decisión estatalista, la cual quedaría por encima del sistema constitucional y legal. Así, pese a la vigencia de un orden constitucional establecido, la decisión política hará prevalecer las exigencias del orden sobre cualquier otra consideración. Su régimen plebiscitario implicaba prescindir del régimen democrático y de las garantías constitucionales. Su líder carismático no es un líder democrático, sino una instancia de poder totalitario que puede situarse por encima del orden jurídico e instaurar un estado de excepción mostrando su condición de soberano como instancia de poder para suspender el orden constitucional establecido. En Schmitt la fuerza de la decisión política se legaliza a sí misma con pretensión excluyente respecto de

143 Para la reflexión crítica —y discutible en diversos aspectos— de Schmitt al respecto, ha de consultarse su obra Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Puede consultarse, Colliot-Thélène, C., *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, París, Les Éditions de Minuit, 1992; y ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 241 y ss.

los considerados enemigos del nuevo orden que se pretende instaurar autoritariamente. Es evidente que Weber no es Schmitt en este despliegue de “lo político” no sometido al orden jurídico, pero la asunción por Weber de una concepción positivista del Derecho, junto con una relativa desconfianza hacia la democracia de masas, pudieron ser fácilmente utilizados e instrumentalizados por Carl Schmitt y su concepción del derecho y de la legitimidad política.

Se ha destacado que Max Weber “estuvo más frecuentemente vinculado al elemento individualista-aristocrático del liberalismo europeo que a sus componentes iusnaturalistas-igualitarios”, y que en su concepción sobre la “democracia plebiscitaria del líder” “se muestra el carácter primordialmente personalista, o mejor dicho, cesarista” de esa caracterización suya de la democracia. Bien es cierto que los líderes han de subordinarse al sistema legal y motivar sus actuaciones, lo que impone un cierto límite racional a las técnicas carismáticas de corte tradicional¹⁴⁴. Weber, que se alejó tempranamente de todo intento de fundamentación iusnaturalista de la democracia (a través de nociones como la de soberanía popular), pensaba que la función genuina del Parlamento era la de llevar a cabo una selección de los líderes políticos¹⁴⁵. Pero no debe desconocerse que, a pesar de todo, Weber ha sido una de las figuras más importantes para la introducción de un sistema de democracia parlamentaria en Alemania¹⁴⁶.

Su apuesta por la democracia quedaría en cierta medida debilitada por su noción de “conducción carismática”, de connotación religiosa. De ahí que su posición respecto de la democracia parlamentaria no está exenta de cierta ambigüedad, quizá por su actitud de desencanto respecto de la política y el Derecho moderno, y en particular de la experiencia de alemana de principios de siglo. Es significativo su desconfianza, cuando no su rechazo, a la llamada “democracia de masas”. Precisamente termina su gran obra *Economía y Sociedad*, indicando que “el peligro político de la democracia de masas para el Estado reside en primer término en la posibilidad del fuerte predominio en la política de los elementos *emocionales*. La “masa” como tal (cualesquiera que sean en un caso particular las capas sociales que la forman) sólo “piensa hasta pasado mañana”. Porque se halla siempre expuesta, como la experiencia lo enseña continuamente, a la influencia momentánea puramente emocional e irracional”¹⁴⁷.

144 Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, págs. 52 Y 76. Véase, igualmente, la completa obra de Ruggiero, G., *Historia del liberalismo europeo*, trad. C.G. Posada, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Véase Weber, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1975, pág. 130. Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

145 Una obra fundamental para comprender la evolución de su pensamiento político de Mommsen, W.J., *Max Weber und die deutsche Politik. 1890-1920*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1974, pág. 420. (trad. Italiana, Mommsen, W.J., *Max Weber e la politica tedesco (1974)*, Bolonga, Il Mulino, 1993). Igualmente, Hennis, W., “El problema central de Max Weber”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm.33 (1983), págs. 49 a 99; Mayer, J.P., *Max Weber y la política alemana*, Madrid, IEP, 1966.

146 En este sentido Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, págs. 49 y ss., en particular 51; Mayer, J.P., *Max Weber y la política alemana*, Madrid, IEP, 1966, págs. 93 y ss. Sobre el tema puede consultarse igualmente BENDIX, R., *Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 2000, págs. 409 y ss.

147 Véase Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 1116-1117.

Entiende Weber que en un sistema de dominación legal-racional el Derecho constituye el fundamento esencial de legitimación del poder instituido. Weber parece configurar un tipo de legitimidad racional legal del Estado moderno de carácter exclusivamente formal, funcional e instrumental para su correcto funcionamiento. Se lo impide su propio pluralismo de los valores, racionalmente inconciliables (los cuales están en una situación de conflicto permanente y no superable), por lo que la función de la sociología aquí se resolvería en la descripción del funcionamiento y la estructura del Estado¹⁴⁸. Sin tratar de “demonizar” en absoluto al pensamiento de Weber, resulta evidente que expone fácilmente a la lectura interpretativa de que legalidad y legitimidad son nociones sustancialmente coincidentes en su significación técnica y político jurídica. De manera que puede identificarse el principio de legitimidad y principio formal de legalidad; lo cual es, en términos generales, esencialmente coherente con la configuración “a-valorativa” de los conceptos de “Estado” y “Derecho” modernos en el pensamiento de Max Weber. Téngase en cuenta que para él el proceso de racionalización formal ha acotado y separado los ámbitos del ser y del deber ser, de manera que no puede fundamentar el Derecho en los puros hechos referidos a valores, y su radical oposición a toda corriente de Derecho natural. La legitimidad del Estado moderno sólo puede residir en la creencia de los individuos en la validez de aquello que ésta estatuido legalmente; habla expresivamente de “fe en la legalidad”. Según él el sometimiento “a un orden impuesto por un individuo o por un grupo, cuando lo que decide no es el temor o una motivación racional con arreglo a fines, sino que median ideas de legitimidad, *presupone la creencia en algún tiempo de legitimidad del poder de mando de aquellos que imponen ese ordenamiento*”¹⁴⁹. De ahí la exclusión de todo principio de legitimidad basado en un criterio material o valorativo. Y es que él negaba toda virtualidad definitoria —utilidad analítica— del Estado y orden jurídico moderno a los fines o valores, siempre cambiantes en la historia. En este sentido Max Weber fue todo lo más un *decisionista moderado*, ya que no es la decisión e imposición del Derecho positivo lo que produce la legitimidad —que es lo que más nítidamente mantienen las teorías decisionistas “fuertes”—, sino más bien, asumiendo una dimensión normativa, la creencia en la validez del estatuto de la propia autoridad del legislador establecido, como convicción de que es necesaria para la sociedad la existencia de un orden legal válido. Por otra parte, cabe decir que siempre estuvo comprometido con la defensa de la democracia moderna y del Estado de Derecho, de manera que se puede afirmar sin más que la legitimidad de la legalidad —o validez de la legalidad— reside en la decisión de la autoridad soberana.

Ahora bien, esta concepción entre la legitimidad y la legitimidad se muestra insuficiente en una sociedad *democrática* que ha aceptado un esquema de valores fundamentales de relevancia constitucional, los cuales se imponen en las normas dotadas de fuerza vinculante bilateral. Esa concepción de legitimidad formal del poder puede albergar a todas las formas de Estado basadas en un Derecho racional-formal, sin tener en cuenta su carácter democrático y autoritario. Por ello la racionalidad

¹⁴⁸ En este sentido Fariñas Dulce, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 381; Serrano Gómez, E., *Legitimidad y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión de un orden secularizado*, Barcelona, Anthropos, 1994, págs. 97 y ss.

¹⁴⁹ Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 30.

formal no puede permanecer inconexa respecto de los valores o fines que la informan (racionalidad material); la racionalidad formal en el marco de una constitución jurídica democrática no puede constituirse un fin en sí mismo: es un medio necesario para la realización de los valores que presiden el ordenamiento constitucional. Se ha señalado, de modo crítico respecto a los postulados de Weber en esta cuestión, que “una fe en la legalidad de un sistema de dominación concebida de manera funcional no puede funcionar como fundamento de legitimidad en sentido estricto, sino que sólo puede llenar el vacío que se produce por la falta de concepciones auténticas de la legitimidad basadas en concepciones valorativas mientras las cosas funcionan óptimamente. En caso de crisis, la fe en la legalidad fracasa y hasta tiene efectos que ponen en peligro el sistema, ya que conduce a la confusión tan pronto como se transforma en máxima de la acción política, en una situación conmovida por modificaciones profundas”¹⁵⁰. Observa Bobbio, “el criterio último de la legitimidad del poder legal es la “justificación íntima” de las leyes. Justificación que no puede hallarse en otra ley superior, sino que debe encontrarse en los valores que esa ley satisface...”¹⁵¹.

Ciertamente Weber contempla el desarrollo del proceso de racionalización del Derecho en las sociedades de capitalismo avanzado desde la unilateral perspectiva del modo de racionalidad formal, la cual se muestra neutral en sentido valorativo. Es nuevamente el *pathos* de la racionalidad objetiva del científico social. Ese tipo de racionalidad atendería a una relación instrumental medio-fin, para la cual sería ajeno el criterio de valor práctico-moral. De ahí que Weber descalifique todo intento de transformación del orden jurídico basado en una “racionalización material”. Habermas reprocha a la teoría de la racionalidad de Weber su unilateralidad, y propone por su valor comprensivo y explicativo un tipo de racionalidad: la “racionalidad comunicativa”¹⁵² (que pone de relieve que los valores normativos de la modernidad tan sólo pueden ser comprendidos en una lectura y dinámica intersubjetiva), en cuyo marco la legitimidad constituye un presupuesto existencial de los sistemas sociales basados en modos de coordinación de las acciones a través del establecimiento de reglas comúnmente aceptadas. Este tipo de racionalidad discursiva permite vincular más dinámicamente el “sistema” institucional (Estado, Derecho) con el “mundo de la vida” (sociedad civil, por decirlo en términos simplificados y más expresivos), de manera que se produzca la coordinación de las acciones de los individuos a través de un consenso conseguido de modo comunicativo o garantizado normativamente. Esta integración social (que se correspondería a la “dominación por autoridad” de Weber) constituiría como parte de la reproducción simbólica del mundo de la vida. Junto a ella se sitúa otro modo de integración, la que denomina “integración sistémica” (que se correspondería aproximadamente con la “dominación por constelación de intereses”), según la cual el sistema de acción queda integrado a través de un control no normativo de decisiones particulares carentes subjetivamente de coordinación. La *integración funcional* supone la reproducción material del mundo de la vida, la cual puede ser entendida como conservación de un sistema¹⁵³.

¹⁵⁰ Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, pág. 73.

¹⁵¹ Bobbio, N., “Estado y poder en Weber”, en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1985, pág. 284.

¹⁵² Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, págs. 429-430.

¹⁵³ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987, págs. 213 y 332.

La confluencia entre estas dos dimensiones o modalidades (correspondientes a dos ámbitos diferenciados del proceso de racionalización) de la integración es una suerte de *integración legitimadora del orden instituido*. Habermas entiende que la legitimidad de las normas deriva del consenso alcanzado entre todos los participantes mediante sus acciones comunicativas. Con la verificación de esa naturaleza dual del proceso de racionalización orienta la crítica hacia la teoría maxweberiana de la racionalidad, indicando que el proceso específico de racionalización de las sociedades de occidente no puede ser reducido a la implantación y expansión de subsistemas que encontrarían su base en puros mecanismos de integración sistemática o funcional o subsistema de acción racional con arreglo a fines. En este sentido entiende la racionalización que específica de la modernidad como un doble proceso interdependiente. En primer lugar, “una diferenciación de los elementos constitutivos del mundo de la vida y, por la otra, una diferenciación entre el mundo de la vida y sistema. A la primera, la denomina ‘lingüistización de lo sacro’ y a la segunda, ‘desacoplamiento de sistema y mundo de la vida’”¹⁵⁴. Así se pondría de manifiesto que en el devenir de la sociedad moderna existe un doble proceso interdependiente de desagregación social *interna* y disociación entre la sociedad civil dada y la sociedad política “construida” (y su Derecho establecido) que deberían integrarse mutuamente, estando ésta última al servicio de toda la sociedad democráticamente organizada. Sin embargo, como la experiencia histórica muestra dramáticamente, no todo lo que es válido formalmente lo es también desde el punto de vista jurídico-sustancial (validez material)¹⁵⁵.

El poder político-democrático se ha de sustentar y ejercer sobre la doble base interdependiente del respeto a los principios de legalidad y legitimidad sustancial, porque la aceptación y creencia en la legalidad democrática presupone la misma legitimidad del orden legal consagrado por las leyes formales. La aceptabilidad social de las decisiones normativas está condicionada a la realización de los valores constitucionales y los intereses (democráticamente expresados) de la sociedad democrática. Así, el poder público se ha de corresponder con un “Derecho justo”¹⁵⁶, ya que la legalidad como legitimidad no constituye un tipo de legitimidad independiente de todo criterio “principalista” o de valor. En tal sentido se puede hablar en rigor de “poder legítimo”, que se ejerce dinámicamente atendiendo a las exigencias transformadoras de una sociedad cambiante.

Aunque Weber pone de manifiesto su preocupación por el hecho de que el proceso de racionalización formal del Derecho tiene el efecto de establecer una “jaula de hierro” (un “férreo estuche de servidumbre”) que limitaría el espacio de libertad de los individuos, sin embargo, paradójicamente, parece no conceder la misma relevancia al hecho de que el Derecho precisamente por el mismo

¹⁵⁴ Serrano Gómez, E., *Legitimidad y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión de un orden secularizado*, Barcelona, Anthropos, 1994, pág. 184.

¹⁵⁵ Véase la revisión crítica —y autocrítica— de Radbruch, G., *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal* (1946), trad. M. I. Azareto de Vásquez, Buenos Abeledo-Perrot, 1962. Al respecto, Monereo Pérez, J.L., “La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política”, en Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (colección “Crítica del Derecho”), 1999. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020; Monereo Pérez, J.L., El modelo de jurista crítico en el Estado constitucional: Gustav Radbruch, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año 8, n.28 (2020), págs. 173-228.

¹⁵⁶ Larenk, K., *Derechos justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993.

proceso de racionalización formal (en virtud del cual quedan marcadamente separados la ética y el Derecho racional) tiende a desvincularse de la esfera de valor práctico-moral, descuidando de este modo su función integradora en la sociedad democrática. Ante ello intentará reforzar los ámbitos de libertad del individuo para realizar su propia vocación en un mundo intensamente racionalizado y mecanizado. Aunque pesimista, entiende que aunque los individuos (sujetos de derecho) estén situados y condicionados (desde el punto de vista institucional y de política del Derecho), éstos no tienen por qué perder necesariamente toda la capacidad de pensar por sí mismos y orientar su acción hacia la autorrealización en la sociedad.

Weber rechaza toda pretensión de asociar al Derecho a exigencias procedimentales *de justificación* racional-material o valorativa; Weber trató de explicar los procesos de racionalización social y jurídica desde el punto de vista específico de la racionalidad con arreglo a fines. En este sentido Weber no alcanzaría a ver la lógica compleja y combinatoria de racionalidades formales y materiales (lógica que remite a la toma en consideración de los elementos práctico-morales o de valor del fenómeno jurídico) propias del Estado social contemporáneo. Tampoco, es evidente, podrá dar cuenta de la racionalidad reflexiva o procedimental, conectada con la autoorganización jurídica de los grupos sociales en el período de crisis de la forma de Estado Social de la postguerra (usualmente llamado “Estado del Bienestar”), como modelo específico de Estado social de Derecho¹⁵⁷. La racionalidad aparece como rasgo más complejo, puesto que el Derecho no sólo se estructura alrededor de una racionalidad formal, sino también de una racionalidad material, que, por lo demás, adquiere sentidos y expresiones diversas, pues alcanza tanto a una racionalidad material vertical (regulativa del Estado), como de carácter reflexivo y horizontal (con procesos de autorregulación jurídico-social, que se ven de ordinario acompañados por regulaciones estatales o públicas que promueven y ordenan esos procesos de autonomía social de los grupos de intereses sociales). La racionalidad reflexiva y comunicativa (que remite en sí a un modelo complejo de comprensión explicativa del Derecho) afronta las insuficiencias de los modelos jurídico-formales (señaladamente el formalismo jurídico como corriente de pensamiento jurídico) para dar cuenta de la complejidad de las sociedades contemporáneas y de los procesos de diferenciación de los sistemas sociales. Paradigmáticamente, las formas de (auto)regulación reflexivas, en las que los actores privados se ocupan de crear las reglas y las normas jurídicas reguladoras específicas y singulares que ordenan los conflictos que les afectan dentro del marco establecido por el legislador estatal, como acontece con los convenios colectivos como expresión formal de la autonomía colectiva negocial reconocida por del ordenamiento jurídico a los grupos de intereses que operan en el mundo del trabajo. Esta (auto) regulación jurídico-colectiva —que expresa el reconocimiento de una autodeterminación social restringida— conlleva evitar que las partes afectadas por los conflictos de trabajo sean desplazadas por las decisiones heterónomas provenientes de la legislación estatal vertical (que constituye una forma o modalidad de materialización

157 Véase Teubner, G., “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno”, en Bourdieu, P. y Teubner, G., *Recht als autopoietisches system*, Frankfurt, am Main, Suhrkamp Verlag, 1989, espec., Capítulo V (“La regulación de la sociedad por el derecho reflexivo”); Teubner, G., *La fuerza del derecho*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2000, págs. 81 y ss; Monereo Pérez, J.L., “La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía”, Est. Preliminar a Ripert, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Colección “Crítica del Derecho”), 2001.

del Derecho caracterizada por la mayor intervención heterónoma del Estado para la solución de los conflictos con arreglo a determinados fines de la política del Derecho estatal). Precisamente en los sistemas de democracia constitucional, la regulación legal de la negociación colectiva —en el marco del Derecho del Trabajo reflexivo, que opera en esto con una racionalidad legal reflexiva coherente con el pluralismo jurídico limitado— opera principalmente estableciendo normas de organización y de procedimiento de la misma, esto es, definiendo sus normas procedimentales, y limitando o expandiendo las funciones y competencias de los agentes colectivos (organizaciones representativas de intereses de trabajadores y empresarios). De manera que el Derecho del Trabajo busca un equilibrio del poder negociador entre los sujetos colectivos/sindicales y la solución de los conflictos “inter-sistémicos” (derivados de una posible colisión entre los diversos instrumentos de regulación jurídica coexistentes), y, al propio tiempo, establece un control externo de los resultados específicos del proceso de negociación colectiva, que opera en paralelo con el control interno que ejercen los propios actores sociales en orden a la efectividad del gobierno del sistema de relaciones laborales. Se comprende, así, que la unidad de ordenamiento jurídico se ha de compaginar dinámicamente con la compatibilidad normativa entre regulaciones provenientes de poderes de regulación auto-constituidos, no sólo con base al clásico principio de jerarquía normativa, sino también con arreglo al más moderno y flexible de coordinación internormativa (o, si se quiere expresar de otro modo más abstracto, “inter-legalidad”).

Las causas determinantes del proceso histórico de la *creciente* racionalización jurídica son heterogéneas. En primer lugar, están las causas propiamente internas al orden jurídico (racionalización interna del Derecho), tratándose de causas “intrajurídicas” que remiten a “la peculiaridad del círculo de personas que pueden influir profesionalmente en la formación del derecho, y sólo indirectamente por las condiciones económicas y racionales de índole general”¹⁵⁸; se vinculan, pues, a estructura interna del pensamiento jurídico y las cualidades formales y sistemáticas del Derecho. Junto a ellas se sitúan, en segundo lugar, las causas externas al mundo jurídico (racionalización externa del Derecho), que hacen referencia a la influencia de los factores “extrajurídicos” de carácter político, económico e ideológico sobre la dinámica del sistema jurídico¹⁵⁹. No se trata, en la práctica, de factores disociados entre sí sino de aspectos de un mismo proceso de racionalización jurídica. Por lo demás, las categorías de la racionalidad, interna y externa, son conceptos instrumentales, tipos ideales, que permiten comprender los distintos momentos de la racionalización del Derecho¹⁶⁰.

Desde el punto de vista de la racionalidad intrajurídica o interna, se está ante un desarrollo histórico interno del Derecho —no precisamente lineal ni unidireccional—, y no de una sucesión

¹⁵⁸ Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 531. Al respecto, Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

¹⁵⁹ Véase, operando con esta distinción extraída de la obra de Weber, Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Eds. Sirey, 1978, págs. 69 a 92, en particular 71 y 81 y ss. Sobre la racionalización interna y externa del Derecho, véase Fariñas Dulce, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 287 y ss.

¹⁶⁰ Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 650.

meramente cronológica¹⁶¹. En realidad, según Weber, el desarrollo general del Derecho y del procedimiento se estructura en “etapas teóricas” de desarrollo, y sigue una secuencia que “conduce de la revelación carismática a través de profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último, al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal”¹⁶². Con la mediación de estos portadores o actores jurídicos históricamente se ha producido un desarrollo jurídico marcado por los diversos modos de articulación dialéctica entre las parejas racionalidad-irracionalidad y formalidad-materialidad del Derecho. Se ha realizado que el eje central del desarrollo weberiano de las características internas del derecho está constituido por lo que Weber denomina el equipo de portadores jurídicos (*Trägerschichten*), es decir, todas aquellas personas que, en cualquier época histórica, crean, aplican e interpretan el derecho, ya se trate del mago, el sacerdote, el jefe carismático, la asamblea carismática, el hechicero, los notarios italianos, los jueces, el estamento de los abogados ingleses, o de los juristas profesionales de la Edad Moderna¹⁶³.

La última etapa del proceso de racionalización jurídica considerada por Weber supone una vuelta al formalismo, cuyo objetivo fue esta vez conciliar la lógica jurídica y las exigencias materiales de origen extra-jurídico, es decir las libertades individuales y los imperativos colectivos. Freund entiende que esa etapa no está todavía cerrada, ni siquiera ha logrado encontrar su centro de gravedad, ya que este nuevo formalismo se inspiró al principio en la doctrina del Derecho natural [racional], caída actualmente en desuso¹⁶⁴. Weber había estudiado la aportación decisiva del Derecho natural al formalismo jurídico y a los contenidos materiales de la legislación moderna. Weber pensó que el Derecho natural podría ser un elemento de fundamentación del Derecho racional formal. En efecto, para él “Todo derecho legítimo descansa sobre un estatuto y el estatuto se apoya en última instancia en un convenio racional de voluntad. Bien sobre un contrato real primitivo de individuos libres, que regula para el futuro la forma de creación de nuevo derecho estatuido. O, en sentido ideal, establece que sólo será legítimo aquel derecho cuyo contenido no contraiga al concepto de orden conforme a la razón, estatuido a través de un acuerdo libre”. Sin embargo, considera que el Derecho natural racional muestra sus insuficiencias para dar fundamento al Derecho positivo en el Estado contemporáneo, entre otras razones porque “se le ha puesto al descubierto de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como *producto y medio técnico de un compromiso de intereses*”¹⁶⁵.

¹⁶¹ Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Península, 1973, pág. 234.

¹⁶² Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 650.

¹⁶³ Fariñas Dulce, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 293, y 296 y ss.

¹⁶⁴ Freund, J., “La rationalisation du droit selon Max Weber”, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (“Formes de rationalité en droit”), París, Eds. Sirey, 1978, págs. 69 y sigs.; Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1986, Capítulo VIII (“La sociología jurídica”), págs. 219 y ss.

¹⁶⁵ Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 640-647.

Dicho proceso encuentra su origen en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII. Desde el punto de vista práctico-jurídico supone la elaboración de los códigos de Derecho privado, los cuales trataban de formalizar jurídicamente un orden racional con arreglo a fines, previsible y calculable, dentro de la comunidad, basado en los principios de seguridad, libertad e igualdad jurídica (WEBER 1964, 640 SS.). Es así, que se obtiene, como puso de relieve Weber, un modelo de “derecho sistemáticamente instituido” necesario, económica y políticamente, para el funcionamiento de la economía capitalista y el Estado racional moderno. El sistema del código (fundado inicialmente en un paradigma de Derecho natural racional-formal) hace posible que el principio de legitimidad del orden jurídico y político descansa en una legitimidad legal-racional, que convino perfectamente a los intereses de la clase burguesa en el poder político, interesada en la garantía jurídica de las libertades económicas de mercado, es decir, libertades de la propiedad, de iniciativa económica y de trabajo profesional en régimen asalariado.

Sin embargo, a pesar de la pretensión uniformadora de los códigos, ya inicialmente existía una fractura interna (códigos de comercio) que después se verá acrecentada con el surgimiento de otros particularismos jurídicos, como exponente de un proceso de diferenciación jurídica, que debilita el formalismo jurídico (y con ello la racionalidad formal) por la influencia de elementos materiales, de carácter económico (necesidades del tráfico económico) y social (exigencias de justicia social y de protección de los derechos del hombre específico, como en el caso de la emergencia del “derecho social” moderno); pero también por la influencia de las tendencias hacia la autonomización del estamento de los juristas que al reivindicar espacios propios de creación jurídica cuestionan el formalismo jurídico (v.gr., libre investigación, Movimiento del Derecho Libre); y asimismo la existencia de una interpretación creadora por parte de los jueces¹⁶⁶. Como consecuencia de ello se produce cada vez con mayor fuerza una tensión entre los elementos formales y los elementos materiales en el Derecho moderno. En este sentido se produce una antinomia creciente entre la racionalidad material del sujeto jurídico y la lógica formal interna del sistema jurídico que atiende sistémicamente al formalismo y a la eficiencia de la regulación normativa predispuesta. Esto parecería reflejar el hecho de que la racionalidad formal genera un distanciamiento entre la lógica interna del sistema jurídico y la comprensión y expectativas de los individuos, lo que abundaría en el ensanchamiento de la crisis de la racionalidad formal como modo de organización del orden jurídico¹⁶⁷.

Ese efecto de distanciamiento entre “individuo” y “sistema” a que ha contribuido la progresión del Derecho racional formal es nítidamente advertido por Max Weber cuando afirma que “sea cual fuere la forma en que bajo tales circunstancias puedan estructurarse el derecho y la práctica jurídica, lo cierto es que el resultado inevitable, condicionado por el desenvolvimiento técnico y económico, tendrá que ser, a pesar de cualquier judicatura laica, el desconocimiento creciente, por

¹⁶⁶ Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, pág. 649.

¹⁶⁷ (Véase Febbrajo, A., “Capitalismo, Stato moderno e Diritto razionale-formale”, en el número extraordinario monográfico de *Sociologia del Diritto*, núm. 1 (1981), *Studi su Max Weber*, págs. 39 a 64, en particular 64; Fariñas Dulce 1991, 349. Al respecto, la aportación de Gény resultó fundamental. Véase Monereo Pérez, 2000, XVI-LXXV)

parte de los legos, de un derecho cuyo contenido de orden técnico es cada vez mayor, es decir, la especialización del mismo y la creciente consideración del derecho vigente como aparato racional desprovisto de toda santidad y, por tanto, modificable en cualquier momento de acuerdo con fines racionales. Este destino puede ser ocultado por la creciente sumisión, determinada por consideraciones generales, al derecho en vigor, más no puede en realidad ser eludido¹⁶⁸. Ciertamente, Weber concibe la racionalización capitalista como un “destino” (Rathenau) inevitable. Lo que ha permitido afirmar, con cierto rigor, que ello, pese a toda crítica, equivale a justificar el capitalismo como algo necesario e inexcusable. Se fundamentaría, así, el capitalismo como un sistema necesario, que ya no es susceptible de sufrir cambios esenciales, y a poner de manifiesto las supuestas contradicciones internas, económicas y sociales del socialismo, que, según la sociología alemana del período imperialista, su implantación¹⁶⁹.

Weber había puesto de relieve el sentido de la razón capitalista y de la evolución de la racionalización técnica del mundo occidental. Sin embargo, para Marcuse está ampliamente superada la fase del “capitalismo ascético” (al que aludía Weber en sus obras fundamentales sobre religión y capitalismo), siendo progresivamente e inexorablemente desplazado por un capitalismo más destructor y deshumanizado¹⁷⁰. Es así que Weber supo apreciar la tensión, ya existente, en su tiempo o época, entre el formalismo jurídico y la dimensión material del Derecho, entre forma y materia en el sistema jurídico. De ahí que lejos de asumir acríticamente la defensa de la racionalización occidental sitúa históricamente el problema en la lógica contradictoria entre esas dos dimensiones del Derecho, y la lógica uniformante del “sistema” y la de los “individuos” cuyas condiciones existenciales son cada vez más formalizadas jurídicamente. Weber pondrá de manifiesto la lógica evolutiva, las contradicciones internas y las tendencias de la racionalidad formal, así como la emergencia de formas de racionalidad jurídico-material.

Sin embargo, el proceso de racionalización del Derecho moderno no obedece exclusivamente a sus impulsos internos (lógica interna), toda vez que dicho proceso se ha realizado dentro de un entramado social. Esto supone que existen también condicionamientos externos de la racionalización jurídica, que remiten a factores de índole económica (lógica del capitalismo)¹⁷¹ y política (modelo de Estado racional) respecto de los cuales el Derecho interactúa, sin quedar relegado a ser una variable dependiente de aquéllos. De ahí su oposición a la visión metafórica del Derecho, propia de economicismo y del marxismo, como una superestructura de la base económica determinante, y realzando su posición de autonomía respecto de las diversas vertientes de la realidad social¹⁷². Weber puso

168 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964, págs. 350-351.

169 Lukács, G., *El asalto a la razón*, Barcelona-México, Eds. Grijalbo, 1972, pág. 490).

170 Marcuse, H., “Industrialización y capitalismo en la obra de Max Weber”, en *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, 1971, págs. 123 ss.; MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1969.

171 Heilbroner, R.L., *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, eds. Península, 1990.

172 Weber, M., “El socialismo” (1918), en WEBER, M., *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, págs. 301-349, en particular págs. 303 y ss.

de manifiesto, en esa línea de pensamiento, que las situaciones económicas por sí mismas no crean de manera automática nuevas formas y categorías jurídicas, sino que encierran meramente la posibilidad de que una nueva invención técnico-jurídica se difunda y sea formulada por la política jurídica. Su influencia es recíproca y, en todo caso, la incidencia de las formas económicas no sería para él sino indirecta, y nunca mecánica o automática. El Derecho formal y conforma la realidad económica, pero también es dialécticamente condicionado por ella, la economía capitalista necesita para su funcionamiento un Derecho racional y calculable que asegure su desenvolvimiento sin trabas¹⁷³.

En la época donde Weber formaba su pensamiento sobre el proceso de racionalización de la economía se podía apreciar, como también expusiera magistralmente Karl Marx, la centralidad del trabajo en la estructura y organización de la sociedad moderna, la cual estaba cada vez más determinada por el avance del trabajo abstracto. Es éste un *trabajo adquisitivo* sometido a la regulación por el mercado (intervenido en la forma de Estado social) y organizado en condiciones formalmente libres en forma de empresa. Sin embargo esa tendencia a la expansión del *trabajo abstracto* se ha contenido en cierta medida ante la crisis de la sociedad del trabajo. En este sentido se puede decir que con independencia de la crisis de los mercados de trabajo, y como reacción hacia ella, se puede decir que existe una relativa crisis de la sociedad del trabajo, toda vez que existen indicios suficientes de que el trabajo profesional, pierde la calidad subjetiva de constituir el único centro organizador de la actividad de los individuos. Ese declive afecta, naturalmente, a las propias instituciones específicas relaciones con el trabajo profesional. El trabajo ha adoptado durante el siglo veinte una posición clave entre los principios organizadores de las estructuras sociales. En efecto, ese paradigma de una sociedad civil cuyo centro de gravedad es el trabajo, impulsada por su racionalidad y presidida por conflictos laborales, está presente en el pensamiento de autores como Marx, Weber y Durkheim, como referencia constante de su modo de pensar. En este sentido se puede constatar que en la sociedad contemporánea existe una relativa pérdida de centralidad del trabajo asalariado y de los conflictos subyacentes al mismo. Desde la doctrina de los orígenes se había puesto de relieve que el predominio de la forma empresa y la paulatina "proletarización" de la población activa habían llevado a la prevalencia *del tipo de racionalidad teleológica*, la cual está integrada por la racionalización técnica y la racionalidad económico-estratégica en las relaciones económico-jurídicas entre los agentes económico. Weber, como se vio, había estudiado este fenómeno sobre la base de la importancia de la "calculabilidad" racional de los capitales y de los objetivos económicos. Régimen originario de trabajo asalario en las fábricas que constituía una nueva forma "esclavitud" asalariada. Es un hecho verificado históricamente que la explotación y la subordinación despótica de los trabajadores se mantenían tanto en las fábricas como en las plan-

173 Desde los teóricos de la economía institucional ya se habían puesto de relieve esta íntima relación entre forma jurídica y categorías económicas Veblen, Th., *Teoría de la Empresa de Negocios*, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen" a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Monereo Pérez, J.L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010. Un obra fundamental para comprender la "Gran transformación" que supuso la consolidación del capitalismo moderno es la de Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989.

taciones agrarias¹⁷⁴. Esta racionalización instrumental ha sido la fuerza impulsora predominante de la racionalización formal de las sociedades de capitalismo maduro, siendo un factor determinante de organización de la producción y de articulación de las estrategias de acción de la clase trabajadora. De este modo, el predominio del hecho social del trabajo asalariado y del proceso de racionalización social y económica es en la actualidad cuestionado en el análisis sociológica de las sociedades del capitalismo occidental. También se ha situado en crisis la idea del “estatuto jurídico protección del empleo asalariado” a través de las políticas de flexibilidad laboral neoliberal¹⁷⁵. Pero también las nuevas formas de dominio y sometimiento de los trabajadores (como también de los individuos en general) en el nuevo “capitalismo de vigilancia”¹⁷⁶, donde se produce una gran alianza entre las grandes corporaciones empresariales y los “Estados de mercado” y las nuevas tecnologías son utilizadas para extender las nuevas fronteras del poder sobre los trabajadores y la ciudadanía¹⁷⁷.

Esa idea de tratar el trabajo como la piedra principal de la teoría de la sociedad puede ser replanteada en la sociedad contemporánea¹⁷⁸, y del sistema de racionalización y estandarización del trabajo productivo. Una racionalización flexible y plural para la desestandarización del trabajo productivo. La situación del trabajo en las empresas (y, en gran medida, fuera de ellas) aparece hoy ante todo como una variable que depende en buena parte de la orientación de las políticas públicas de carácter social, laboral y de humanización del trabajo, pero también de las muy destacadas estrategias de racionalización empresarial. Es de señalar que el espacio del trabajo viene conformado como algo “heterónomamente constituido”, hecho que ha supuesto que la sociología industrial y del trabajo tienda a diluirse para transformarse progresivamente en una suerte de sector especial del tratamiento de las políticas y sus medios de instrumentación. Existe, pues, una limitación de los modelos sociales “centrados en el trabajo”. Las sociedades contemporáneas son pluriconflictuales, derivando muchos conflictos de factores ajenos al modelo de constitución del trabajo social. Se pro-

174 Ello determinaría que el propio Karl Marx –al cual Weber tomaba seriamente en consideración, más allá de sus innegables diferencias- había advertido una continuidad entre la esclavitud de la antigüedad, la servidumbre medieval y la nueva “esclavitud” asalariada de los tiempos modernos. Puede consultarse, Marx, K., *El capital. Crítica de la Economía Política*, Tomo I, trad. Wenceslao Roces, México-Buenos Aires, 4ª ed., 1966, espec., págs. 177 y ss., 425 y ss., y 517 y ss. Bénot, Y., *La modernité de l'esclavage. Essai sur la servitude au coeur du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2003.

175 Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

176 Zubboff, Sh., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., págs. 657 y ss.

177 Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

178 Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, págs. 175 y ss.; Beck, U., *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI España, 2002, págs. 75 y ss., y 173 y ss.

duce, así, una coexistencia de conflictos laborales y conflictos de naturaleza diversa¹⁷⁹. Los actores del capitalismo de la vigilancia no se diferencian sustancialmente de otros agentes del capitalismo en la pretensión de exigir que se los libere de toda clase de restricciones, pero insistiendo —eso sí— en que el “Estado de Mercado” (o Estado de competencia económica) establece un tipo de regulación promocional o de apoyo en orden a la creación de las condiciones imprescindibles para el buen funcionamiento del nuevo orden económico. Insisten en que se les deje libertad para lanzar al mercado toda práctica novedosa, al tiempo que defienden fieramente la necesidad de que se los libere de las leyes y las regulaciones de control democrático de la dinámica de funcionamiento y prácticas de las grandes empresas. Este patrón clásico refleja dos supuestos fundamentales respecto al capitalismo formulados por sus propios teóricos, a saber: el primero es que los mercados sin intrínsecamente “incognoscibles”, el segundo es que ese desconocimiento mismo obligatoriamente conlleva que los agentes del mercado dispongan de una amplísima libertad de acción. En las operaciones del capitalismo de la vigilancia, el “mercado” deja de ser invisible o, como mínimo, no es ya en el sentido que Smith o Hayek imaginaron que lo era. La lucha competitiva entre los actores del capitalismo de vigilancia induce en ellos una búsqueda compulsiva de la totalidad. Se produce un vuelco fundamental del ideal clásico liberal y neoliberal de los orígenes del “mercado” como entorno intrínsecamente incognoscible.

En realidad, la experiencia ha demostrado (objetivamente) que las sociedades industriales capitalistas tienden a la exclusión del trabajo profesional de amplias capas de la población potencialmente activa. Este fenómeno está evidenciando que en la dinámica de la sociedad el espacio del trabajo y de la producción está perdiendo su capacidad efectiva para articular y organizar la sociedad contemporánea, lo que está en la base de la emergencia de nuevos núcleos de determinación social y el surgimiento de nuevos actores sociales. Pero también se opera con nuevas racionalidades técnicas y de organización jurídica del trabajo profesional. Dato a destacar el cambio de orientación *política en el sistema de la modernización* de la edad contemporánea¹⁸⁰. Con la finalidad de garantizar su propio éxito comercial —mercantil—, el capitalismo de la vigilancia nos encara hacia el colectivo de la colmena. Este orden social instrumentalizado es una nueva forma de colectivos de dominación en la que es el “mercado” (vale decir, las fuerzas que operan y dominan el espacio económico),

179 Offe, C., *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid, Alianza, 1992, págs. 9 a 21. Véanse las interesantes consideraciones posteriores de Beck, U., *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI España, 2002, el cual hace referencia, entre otras importantes cuestiones, al proceso de racionalización y estandarización de las condiciones de vida y de los modelos biográficos (*Ibid.*, 163 y ss.), y a la des-estandarización creciente del trabajo productivo (*Ibid.*, págs. 175 y ss.). La derivación última de ese proceso en curso, en Boltanski, L. y Chiapello, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Ed. Akal, 2002; Sennet, R., *La cultura del nuevo capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006; Streeck, W., *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Buenos Aires, 2016, págs. 41 y ss., 55 y ss., y págs. 99 y ss.; Altvater, E., *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, págs. 39 y ss., 77 y ss., y 245 y ss.

180 Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017. Sobre esas transformaciones del capitalismo en la era de la globalización neoliberal, puede consultarse, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 382-631. (“Soberanía y nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global”).

y no el Estado, el que concentra tanto el conocimiento como el ejercicio de la libertad humana en sus dominios. La convergencia de libertades económicas y conocimientos reservados transforma a los actores del capitalismo contemporáneo “en los autoproclamados amos de la sociedad”¹⁸¹. Queda aquí la constatación de emergen nuevas formas de poder e una “tercer modernidad” o “nueva postmodernidad”, que llevaría en su lógica interna hasta sus últimas consecuencias el fenómeno individualizado por Max Weber como “Jaula de hierro” de las sociedades del capitalismo avanzado; y que conduciría, al propio tiempo, a esa idea de Karl Marx, consistente a la tendencia del capitalismo hacia la “mercantilización de todas las cosas”, incluidos aquellos ámbitos antes considerados como inherentes a la libertad humana (sus datos personales, su intimidad, su inviolabilidad; la predicción conductual se sus actitudes, comportamientos y posibles decisiones sobre los distintos ámbitos del mundo de la vida en sociedad). De este modo los motores que mueven al mundo son tanto los recursos materiales y dominio (Karl Marx) como las ideas y mentalidades que imperan en las sociedades humanas (Max Weber): sumadas ambas lógicas existenciales acaso se podrá comprender mejor la deriva del mundo actual.

El cambio técnico-económico, regido por el principio de rendimiento, obedece a una dirección política precisa en cada momento del desarrollo histórico. En los orígenes de la sociedad industrial moderna el proceso de modernización estaba presidido por el modelo de ciudadanía escindida, el cual permitía separar en el plano exclusivamente formal el espacio político de decisión de la dialéctica pretendidamente “interna” del cambio social (es la transposición de la disociación clásica entre la esfera de la sociedad política y de la sociedad civil). Como ciudadano político participa indirectamente en la formación de la voluntad política, mientras que como ciudadano civil actúa en interés propio en el ámbito de las relaciones sociales de tipo económico (incluidas las de trabajo profesional). El modelo de organización del sistema social está montado sobre la consideración extrapolítica de las actividades económicas. En aras de esa pretensión de autonomía del espacio de la economía esta se legitimaría mediante el reclamo del “progreso” técnico y económico y de la racionalización funcional y técnica. El poder político se limitaría a garantizar el marco institucional y jurídico indispensable para el funcionamiento de la sociedad económica y las relaciones de mercado. De este modo, el proceso de democratización no alcanza a la ordenación directa de la vida económica y social. Esta escisión sólo se supera de modo limitado con la formación del Estado social contemporáneo. Como se sabe desde los inicios del siglo veinte se produce un cambio relevante en ese paradigma disgregador, construyéndose la forma política del Estado social, cuya trama se origina en el primer tercio del siglo veinte. Es, éste, precisamente el contexto de *transición entre dos épocas, entre dos mundos*, que sirve de referencia para las reflexiones contemporáneas del Max Weber maduro¹⁸². Sin embargo, en el Estado post-social o “Estado de Mercado” (por decirlo gráficamente), correspondiente a la emergente sociedad post-industrial, se vuelve a replantear esa relación (autonomización

¹⁸¹ Zubboff, Sh., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., 668 y ss.

¹⁸² Para el análisis de ese contexto epocal, véase la obra clásica sobre Weber, de Mommsen, W.J., *Max Weber und die deutsche Politik. 1890-1920*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1974. (trad. Italiana, Mommsen, W.J., *Max Weber e la política tedesca (1974)*, Bologna, Il Mulino, 1993).

de las esferas que nunca fue completamente abandonada) entre la esfera de la política y la esfera de la economía, postulando la funcionalización de la dirección política del sistema social al servicio de las exigencias de funcionamiento del sistema económico regido por el principio axial de la rentabilidad. Se reivindica la autonomía de los actores económicos para decidir sobre la aplicación de la tecnología y los criterios de *racionalización funcional del sistema de trabajo en las organizaciones económicas*. Corresponde, pues, a los agentes económicos adoptar las decisiones fundamentales sobre el proceso de modernización económica en atención a decisiones de inversión, las cuales se fundamentan por el simple reclamo su carácter necesario para garantizar la rentabilidad (o expectativas de rentabilidad) de las organizaciones económicas. Es, pues, el imperativo de la rentabilidad del capital el que actúa como fuerza impulsora de la modernización, con un potencial rechazo a toda crítica que se oponga a ese dominio decisorio, que queda elevado paradójicamente a interés de relevancia pública; y, por tanto, merecedor en sí de tutela a través de la política pública. De este modo, la política no se limita a legitimar las decisiones empresariales realizadas por imperativos de rentabilidad, sino también a favorecer los ajustes necesarios para la realización del proceso de modernización de modo subordinado a las exigencias de los actores económicos. Este es caso de la aplicación de la tecnología, pero también de la *re-politización* de las condiciones de producción y empleo atendiendo a las necesidades “objetivas” de flexibilidad imprimidas por el mercado en circunstancias de alta competitividad. Cuanto esto es así el cambio social se valora como progreso, de manera que la creencia inducida en ese modelo de progreso acaba por desplazar el consenso sobre las decisiones de relevancia política en el sistema democrático. Se ha hecho referencia al “contra-modernidad” de la creencia en el progreso, que se convierte en una especie de religión terrenal de la modernidad. La fe en el progreso es la autoconfianza de la modernidad en su propia técnica y razón que se ha convertido en fuerza creativa. En lugar de Dios y de la Iglesia, se presentan las fuerzas productivas y lo que las dirige y desarrolla: la ciencia y la economía, sólo parcialmente dirigida y controlable por la dirección política de la sociedad democrática¹⁸³. Beck hace notar, por lo demás, que cuando la fe en el progreso se convierte en tradición de progreso que destruye la modernidad que la configuró, la *no política* del desarrollo técnico y económico se transforma en subpolítica obligada a la legitimación. En todo caso, entre tradición y modernidad hay continuidades y discontinuidades y no siempre se excluyen mutuamente¹⁸⁴.

En todo caso, interesa puntualizar que para Max Weber el desarrollo social no obedece a un evolucionismo social, sino que el cambio social y político está fuertemente condicionado e impulsado por la dirección política consciente de la sociedad moderna. De existir consenso sobre la reforma social y económica éste aparece como *consenso condicionado* (y, en consecuencia, “debilitado”) por la implacable lógica de la necesidad económica de las transformaciones en curso. Es suficiente atender a importantísimo papel de las *reformas legislativas en materia económica y social*, llevadas a cabo en

¹⁸³ Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, págs. 175 y ss., en particular pág. 269.

¹⁸⁴ Véase, al respecto, Bendix, R., *Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 2000, espec., págs. 281 y ss.; Wellmer, A., *Sobre la dialéctica de la modernidad y la pos-modernidad. La crítica de la razón después de Adorno*, Madrid, Visor Distribuidores, 1993.
Wellmer, A., *Finales de Partida. La Modernidad Irreconciliable*, Madrid, Juan Ignacio Luca de Tena, 1996.

las últimas dos décadas para comprender la subordinación consciente de la política pública a la racionalidad económica regida por el principio axial de la rentabilidad, incluso a riesgo de comprometer seriamente el necesario equilibrio entre el principio de protección social y el principio de tutela del rendimiento, que parece inferirse dentro del modelo garantista impuesto en la constitución jurídica del Estado social y democrático de Derecho. Es lo cierto que las políticas de reforma social y laboral están transformando la constitución jurídica del trabajo bajo el predominio innegable del principio económico-jurídico del rendimiento. En coherencia con este esquema de regulación, el interés de las empresas por la flexibilidad laboral en todos los ámbitos (motivada, se aduce, por las inseguridades del mercado, el incremento de los riesgos, la reestructuración permanente del aparato productivo, la destrucción de las condiciones objetivas para la producción en masa, etcétera) determina el sentido de los cambios y de las medidas normativas de “adaptación” de la fuerza de trabajo a las mutaciones “necesarias” para garantizar la rentabilidad del capital. Nada más lejos de las aspiraciones contemporáneas hacia una mayor democratización de las decisiones relevantes para el desarrollo económico-social y tecnológico. Significativamente se aduce —aunque no sin falta de razón atendiendo a las disfuncionalidades planteadas— que el modelo de Estado del Bienestar, implantado a partir de la segunda postguerra mundial, adolece de una excesiva centralización y burocratización, las cuales no se acomodan a las exigencias de requeridas por el principio de flexibilidad impuesto por el nuevo contexto de incertidumbre e inseguridad de los mercados. Sin embargo sería posible que la dirección política de la sociedad pudiera realizar —en el marco de un nuevo proceso de racionalización social— una política del Derecho garantista de los derechos y libertades fundamentales estableciendo una relación más equilibrada entre el principio de rendimiento y el principio de protección social. Al tiempo esto no es algo enteramente nuevo, porque el Derecho ha tenido la función de permitir el equilibrio dinámico de la sociedad capitalista, limitando los efectos de la competencia y haciendo posible que exista un mínimo de regularidad y seguridad en la vida económica y social.

Con todo, lo que se produce es un nuevo cambio cualitativo en el proceso de modernización, el cual remite a los impulsos tecnológicos de *racionalización* y a la transformación del trabajo (y de la misma ética del trabajo, es decir, la valoración del trabajo y de su sentido) y de la organización, la mutación de los caracteres sociales, los estilos de vida, las estructuras de poder y, en general, a las cosmovisiones de la realidad social.

No obstante, existe un momento postweberiano, cuyos inicios se sitúan en los años veinte donde el *proceso de racionalización se hace mucho complejo*, que poco a poco conduce a una inequívoca tendencia a la *crisis del formalismo que se apoyaba en la simetría del proceso de racionalización en los ámbitos de la economía y de la política*. Es de destacar, en este sentido, la acusada tendencia a la *desformalización del Estado que se libera en la crisis de la “sociedad automática”, la movilidad y labilidad crecientes* de líneas divisorias entre dimensión “material” y dimensión “formal” de la racionalización alcanzan de lleno, ya a comienzos de la república de Weimar, la reflexión interna del ámbito cultural que por razones de brevedad hemos llamado “posweberianismo”. En el centro de esta reflexión está aquella problemática de la mutación de forma de la ley y de la metamorfosis del ajuste constitucional (lo que hoy llamaríamos relación entre Constitución escrita y “Constitución material”) que en el análisis de Weber desempeñaba un papel substancialmente marginal (por estar esa problemática *implícita en su planteamiento de la relación entre legalidad-legitimidad*).

Esa distinción atiende la diferenciación entre la forma constitucional y el conjunto de fuerzas y de sujetos operantes que se hayan materialmente determinados por el orden constitucional; siendo así que en los procesos históricos se produce una desfase diacrónico en la “forma constitucional” y la “realidad constitucional” que impulsó una nueva ordenación constitucional (desacoplamiento constituyente). Precisamente el poder constituyente comporta esa fuerza de renovación del sistema de poder institucional y la renovación radical de la constitución formal a partir de la redefinición de las potencialidades sociales que expresa la categoría política de constitución material. Muchos de los temas que hoy reaparecen en el debate en torno a la proliferación de centros informales de poder e instituciones de representación “funcional” de intereses que pasan por encima de los partidos y del Parlamento, configurando un orden de tipo “neocorporativo”, encuentran significativa (y a veces incluso más lúcida) anticipación precisamente en la problemática suscitada en esta zona de intersección neurálgica entre pensamiento “democrático” y pensamiento “reaccionario” que se constituye entre la guerra y los comienzos de la estación weimariana. Una amplia faja de ambas vertientes se unen en la interpretación de la crisis de la “sociedad automática” como anticipación del surgimiento inminente de la “sociedad orgánica”. Así, la conocida pareja *Kultur-Zivilisation* tiende a identificarse con la antítesis de Tönnies entre *Gemeinschaft* y *Gesellschaft*. El problema unificante, catalizador de la más significativa cultura centro europea es sin duda el de la *crisis del parlamentarismo*. Nótese, al respecto, que Weber, ante la emergencia de dicha situación crítica, puso de manifiesto el posible final de una época de “seguridad” que se basaba en la “voluntad de la impotencia” y en la inquietante preocupación frente a probables innovaciones audaces¹⁸⁵.

3. BIBLIOGRAFÍA

3.1. Obras de Max Weber en castellano

Historia económica general, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.

Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1944 (varias ediciones posteriores, en dos o en un solo volumen).

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Madrid, Revista del Derecho Privado, 1955.

¹⁸⁵ Marramao, G., “Pluralismo corporativo, Democrazia di massa, Stato autoritario”, en *Stato e capitalismo negli anni trenta*, Roma, Riuniti-Instituto Gramsci, 1979. Marramao, G., *Poder y secularización*, Barcelona, eds. Península, 1989, pág. 138. Para un estudio de ese clima cultural, véase las obras de Hughes, S.H., *Conciencia y sociedad*, Madrid, Aguilar, 1972; LUKÁCS, G., *El asalto a la razón*, Barcelona-México, Grijalbo, 1972; Burrow, J.W., *La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914*, Barcelona, Crítica, 2000. En la perspectiva jurídica, Cavallo, R., *La lotta contro il formalismo giuridico nella dottrina dello Stato di Weimar*, Editore Bonanno, 2009; Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política Jurídica de Hans Kelsen*, 2013; Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020; Monereo Pérez, J.L., “La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca”, en Bauer, O., *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-XCV.

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Eds. Península, 1969, (4ª ed., 1977).

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, México, Premia, 1979.

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, traducción, introducción y glosario de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2001.

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, edición crítica de Francisco Gil Villegas, México, FCE, 2004.

Ciencia y política, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1980.

Conceptos sociológicos fundamentales, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

El Sabio y la Política, Córdoba, Eudecor, 1966.

El político y el científico, Madrid, Alianza, 1967.

Ensayos sobre metodología sociológica, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.

Ensayos metodológicos, Buenos Aires, 1973.

Ensayos sobre sociología de la religión, 3 vols., Madrid, Ed. Taurus, 1983.

Sobre la teoría de las ciencias sociales, Barcelona, Península, 1971.

Ensayos de sociología contemporánea, Barcelona, Martínez Roca, 1972.

Estructuras de poder, Buenos Aires, La Pléyade, 1977.

¿Qué es la burocracia?, Buenos Aires, La Pléyade, 1977.

Sociología de la religión, Buenos Aires, La Pléyade, 1978.

Historia agraria romana, Madrid, Akal Ediciones, 1981.

Escritos políticos, México, 2 vols., Folios, 1982.

Escritos políticos, Madrid, Alianza Editorial, 1991.

El trabajo intelectual como profesión, Barcelona, Bruguera, 1983.

El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales, Madrid, Tecnos, 1985.

Sobre la teoría de las ciencias sociales, México, Premia, 1988.

Parlamento y Gobierno, Valencia, Natán, 1988.

Influencia de la gran industria en el comportamiento de los trabajadores, Bogotá, Tercer Mundo, 1983.

La acción social: ensayos metodológicos, Barcelona, Eds. Península, 1983.

La bolsa. Introducción al sistema bursátil, Barcelona, Ariel, 1987.

La ciudad, Madrid, La Piqueta, 1987.

Ensayos sobre sociología de la religión, 3 vols., Madrid, Taurus, 1988, 1998.

Escritos políticos, Madrid, Alianza, 1991.

La ciencia como profesión. La política como profesión, Madrid, Espasa Calpe, 1992.

La política como profesión, Madrid, Ciencia Nueva, 2007.

La objetividad del conocimiento en las ciencias sociales y en la política social, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993.

Sociología del trabajo industrial, Madrid, Trotta, 1994.

El político y el científico, México, Colofón, 1997.

Sociología de la religión, Madrid, Istmo, 1997.

La superación de la concepción de la historia de R. Stammler, Bogotá, Eds. Nueva Jurídica, 2001.

Sociología del Derecho, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la *Sociología del Poder y del Estado*).

Sociología del poder. Los tipos de dominación, Madrid, Alianza, 2007.

Crítica a Stammler y otros textos, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

"La 'superación' de la concepción materialista de la historia de Stammler (1907)", en Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

"Suplemento al ensayo sobre la "superación" de Stammler de la concepción materialista de la historia", en Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

"Informe a la sociedad alemana de sociología" (1910), en *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

"Preámbulo a la nueva época de la Revista *ArchivFürSozialeGesetzgebungundStatistik*(1904)", en Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

Fundamentos sociales de la decadencia de la cultura antigua, Introducción de Luis Manuel Valdés Villanueva, traducción de Santiago Recio Muñiz, Oviedo, KRK Ediciones, 2009.

Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

Escritos sobre la organización político-constitucional de Alemania (1918-1919), trad., edición, estudio preliminar y notas de Joaquín Abellán García, Madrid, Tecnos, 2023.

3.2. Sobre Max Weber, su época y la vigencia de su pensamiento

Adorno, TH. W., *Minima moralia*, Madrid, Editora Nacional, 2002 (También existe edición en Taurus, Madrid).

Adorno, TH. W., Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 2001.

Andreoni, C., "La razionalizzazione in Max Weber", en *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm.2 (1977), págs. 267 y ss.

Aron, R., *La sociología alemana contemporánea*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1953.

Aron, R., *Las etapas del pensamiento sociológico*, vol. I y II., Buenos Aires, Segunda Parte, 1970 (reeditado por la Editorial Tecnos, Madrid).

Aronson, P. y Weisz, E. (Eds.): *La vigencia del pensamiento de Max Weber a cien años de "la Ética protestante y el Espíritu del capitalismo"*, Buenos Aires, Gorla, 2007.

Bauer, O., *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (págs. IX-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

Baumgarten, E., *Max Weber, Werk und Person*, Tubinga, 1964.

Beethanm, D., *Max Weber y la teoría política moderna* (1974), trad. F. Pérez Cebrian, Madrid, CEC, 1979.

Beck, U., *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

Bell, D., *El advenimiento de la sociedad post-industrial* (1973), Madrid, Alianza, 1986.

Bendix, R., *Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 2000.

Bendix, R., *La razón fortificada*, México, FCE, 1975.

Bisogni, G., *Weimar e l' unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

Bobbio, N., "Estado y poder en Weber", en *Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes*, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Debate, 1985.

Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980.

BLUMENBERG, H., *La legitimación de la edad moderna* (1988), edición corregida y aumentada, trad. P. Madrigal, Valencia, Pre-Textos, 2008.

Boltanski, L. y Chiapello, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Ed. Akal, 2002.

Burrow. J. W., *La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000.

Cavallo, R., *La lotta contro il formalismo giuridico nella dottrina dello Stato di Weimar*, Editore Bonanno, 2009.

Cerroni, U., *Teoria della società di massa*, Roma, Reuniti, 1983.

Colliot-Thélène, C., *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, París, Les Éditions de Minuit, 1992.

Coutu, M., "Max Weber et les rationalités du droit", París, L. G. D. J.1995.

Dyzenhaus, D., *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford-New York, University Press, 1999.

Elias, N., *El proceso de la civilización*, México-España, Ed. FCE, 1993.

Febbrajo, A., "Capitalismo, Stato moderno e Diritto razionale-formale", en el número extraordinario monográfico de *Sociologia del Diritto*, núm.1 (1981), *Studi su Max Weber*.

Fernández Rodríguez, C. J., *El discurso del Management: tiempo y narración*, Madrid, CIS, 2007.

Fariñas Dulce, M. J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Ed. Civitas, 1991.

Ferrajoli, L., *Derechos y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. Alfonso Ruiz Miguel y Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

Forsthoft, E., *El Estado de la sociedad industrial (1971)*, Madrid, IEP, 1975.

Forsthoft, E., "Problemas constitucionales del Estado social", en VV. AA., *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

Galbraith, J. K., *El nuevo Estado industrial (1961 y 1971)*, 6ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1974.

Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény" (págs. XVI-LXXV) a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000.

Gómez Arboleya, E., *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1962.

- González León, R., *El debate sobre el capitalismo en la sociología alemana. La ascesis en la obra de Max Weber*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 1998.
- Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, Dijkinson, 2000.
- Ferrero, G., *El Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, trad. de Eloy García, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.
- Freund, J., *Las teorías de las ciencias humanas*, Barcelona, Ed. Península, 1993.
- Freund, J., "La rationalisation du droit selon Max Weber", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 ("Formes de rationalité en droit"), París, Ed. Sirey, 1978, págs. 69 y sigs.
- Freund, J., *Sociología de Max Weber*, Barcelona, Ed. Península, 1986.
- Galgano, F., *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, Zanichelli Editore, 1983.
- González García, J. M., *Las huellas de Fausto. La herencia de Goethe en la Sociología de Max Weber*, Madrid, Tecnos, 1992.
- Gozzi, G., *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1999.
- Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, Taurus, 1987.
- Habermas, J., "Aspectos de la racionalidad de la acción (1977)", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.
- Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989.
- Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- Hughes, S. H., *Conciencia y sociedad*, Madrid, Ed. Aguilar, 1972.
- Horkheimer, M. y ADORNO, TH. W., *Dialéctica de la Ilustración*, trad. Juan José Sánchez, Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- Heilbroner, R. L., *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, eds. Península, 1990.
- Hennis, W., "El problema central de Max Weber", en *Revista de Estudios Políticos*, núm.33 (1983), págs. 49 a 99.
- Hintze, O: *Historia de las formas políticas*, trad. J. Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, "Otto Hintze y la renovación de la Historia política y constitucional" (págs. IX-LVIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.
- Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002.
- Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez Granada, Ed. Comares (Colección "Crítica del Derecho"), 2000
- Jessop, R., *El futuro del Estado capitalista*, Introducción de Juan Carlos Monedero, Madrid, La Catarata, 2009.

- Kaufmann, E., Sauer, W., y Hohenauer, G., *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar (1921-1929)*, a cura di R. Miccú (el cual realiza un estudio sobre "La controversia metodologica nella dottrina weimariana dello Stato"), Napoli, 1992.
- Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* (1960), México, Ed. Porrúa, 1993.
- Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, y Estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen", de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, *passim*.
- Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen" (págs. XXI-CLXXXV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.
- Kliemt, H., *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, Barcelona-Caracas, Ed. Alfa, 1983.
- La Torre, M., *La crisi del novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Edizioni Dedalo, Bari, 2006.
- Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Ediciones de Depalma, 1980.
- Lamo de Espinosa, E., *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Madrid, CIS, 1990.
- Larenk, K., *Derechos justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1993.
- Levi, L., "Legitimidad", voz del *Diccionario de Política*, N. Bobbio y N. Matteucci (Dir.), t. II, Madrid, Siglo XXI editores, 1983.
- Losano, M. G., *Teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 1992.
- Löwith, K., *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960.
- Löwith, K., "Max Weber und Karl Marx", en *Gesammelte Abhandlungen*, Stuttgart, 1960 (En versión española en Editorial Gedisa, Barcelona, trad. C. Abdo Ferez, 2007).
- Löwith, K., "Max Weber e il disincanto del mondo", en *Dio, nomo e mondo, da Cartesio a Nietzsche*, Nápoles, Morano, 1966.
- Luhmann, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto Pardo, Madrid, CEC, 1983.
- Luhmann, N. y Georgi, R. DE., *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara, 1993.
- Lukács, G., *El asalto a la razón*, Barcelona-México, Eds. Grijalbo, 1972.
- MANNHEIM, K., *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Argentina, Leviatán, 1958.
- Marglin, S. A., "Orígenes y funciones de la parcelación de tareas", en Gorz, A. (coord.), *Crítica de la división del trabajo*, Barcelona, Ed. Laia, 1977.

- Marcuse, H., *El hombre unidimensional*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1969. MARCURSE, H., "Industrialización y capitalismo en la obra de Max Weber", en *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, 1971.
- Marra, R., *La libertà degli ultimi uomini. Studi sul pensiero giuridico e político di Max Weber*, Torino, Giappichelli, 1995.
- Marra, R., *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Marramao, G., "Pluralismo corporativo, Democrazia di massa, Stato autoritario", en *Stato e capitalismo negli anni trenta*, Roma, Riuniti-Instituto Gramsci, 1979.
- Marramao, G., *Poder y secularización*, Barcelona, eds. Península, 1989.
- Marshall, G., *En busca del espíritu del capitalismo. Ensayo sobre la tesis de Max Weber acerca de la ética protestante*, trad. E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1986.
- Martínez-Sicluna y Sepúlveda, C., *Legalidad y Legitimidad: la teoría del poder*, Madrid, Actas, 1991.
- Marx, C., *El capital. Crítica de la economía política*, vol. I, México, FCE, 1999.
- Mayer, J. P., *Max Weber y la política alemana*, Madrid, IEP, 1966.
- Michels, R., *Introducción a la sociología política*, trad. A. de Gracia, revisión y edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.
- Mitzman, A., *La jaula de hierro. Una interpretación histórica*, Madrid, Alianza, 1976.
- Mommsen, W. J., *Max Weber und die deutsche Politik. 1890-1920*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1974. (trad. Italiana, Mommsen, W. J., *Max Weber e la política tedesco (1974)*, Bologna, Il Mulino, 1993).
- Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Ed. Laia, 1981.
- Monereo Pérez, J. L., "Otto Hintze y la renovación de la Historia política y constitucional", estudio preliminar a Hintze, O: *Historia de las formas políticas*, trad. J. Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. IX-LVIII.
- Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002.
- Monereo Pérez, J. L., "La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política", en Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (Colección "Crítica del Derecho"), 1999.
- Monereo Pérez, J. L., "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", estudio preliminar a ROSS, A., *Lógica de las normas*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.
- Monereo Pérez, J. L., "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

- Monereo Pérez, J. L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.
- Monereo Pérez, J. L., "Reformismo social y socialismo jurídico", Est. Preliminar a la obra de Menger, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Colección "Crítica del Derecho"), 1998.
- Monereo Pérez, J. L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.
- Monereo Pérez, J. L., "La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía", Est. Preliminar a Ripert, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección "Crítica del Derecho"), 2001.
- Monereo Pérez, J. L., "Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho", en *Revista de derecho social*, núm. 37 (2007), págs. 11-52.
- Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.
- Monereo Pérez, J. L., *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a Kirchheimer, O., *Justicia política*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.
- Monereo Pérez, J. L., "La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un tema de Weber", estudio preliminar a Nieto García, A., *El pensamiento burocrático*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XIX a CXII.
- Monereo Pérez, J. L., *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.
- Monereo Pérez, J. L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, 2009.
- Monereo Pérez, J. L., *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.
- Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.
- Monereo Pérez, J. L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.
- Monereo Pérez, J. L., "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: Teoría del Derecho Social y de las personas colectivas, estudio preliminar a Gierke, O. von: La función social del Derecho privado y otros estudios", Trad. José M. Navarro de Palencia, revisión y edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), págs. IX-LXI, 2015.
- Monereo Pérez, J. L., "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes", estudio preliminar a Holmes, O. W., *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), págs. IX-XLIX, 2020.

- Monereo Pérez, J. L., "El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social", estudio preliminar a Tocqueville, A. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016.
- Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.
- Monereo Pérez, J. L., "El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.15043>
- Monereo Pérez, J. L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.
- Monereo Pérez, J. L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.
- Monereo Pérez, J. L., *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- Monereo Pérez, J. L., Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, (1), 2021, Recuperado a partir de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>
- Monereo Pérez, J. L., Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2021, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>
- Monereo Pérez, J. L., "Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.14214>
- Monereo Pérez, J. L. (2022). La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2). <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>
- Monereo Pérez, J. L., "Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.15353>
- Monereo Pérez, J. L., "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca", en Bauer, O., *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021).
- Monereo Pérez, J. L., "Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austríaca, en *Revista de derecho del Trabajo*", en *La Ley-Uruguay*, núm. 33, 2021.

- Morcillo Laiz, Á., y Weisz, E. (Eds.): *Max Weber en Iberoamérica. Nuevas interpretaciones, estudios empíricos y recepción*, México D. F.-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2016.
- Monereo Pérez, J. L., "La interpretación de la Modernidad en Tönnies: "Comunidad y "Sociedad-Asociación" en el desarrollo histórico", estudio preliminar a Tönnies, F., *Comunidad y asociación*, traducción de José-Francisco Ivars, revisión de J. L. Monereo Pérez, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.
- Monereo Pérez, J. L., "La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies", en TÖNNIES, F., *Principios de sociología*, trad. de V. Lloréns, revisión técnica, edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- Monereo Pérez, J. L., "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 144, 2009.
- Monereo Pérez, J. L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.
- Monereo Pérez, J. L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.
- Monereo Pérez, J. L., *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- Monereo Pérez, J. L., "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca", en Bauer, O., *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021).
- Nieto García, A., *El pensamiento burocrático*, edición y estudio preliminar, "La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un tema de Weber" (págs. XIX-CXII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.
- Radbruch, G., *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal* (1946), trad. M. I. Azareto de Vásquez, Buenos Abeledo-Perrot, 1962.
- Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, edición y est. Preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.
- Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- Ross, A., *Lógica de las normas*, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.
- Rossi, P., "Introducción" a Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973.
- Offe, CL., *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid, Alianza editorial, 1992.

- Mommsen, W., *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Ed. Laia, 1981.
- Mortati, C., *La Constitución en sentido material*, trad. y Est. Preliminar de A. Bergareche Gros, Madrid, CEPC, 2000.
- Parsons, T., *The Structure of Social Action*, Nueva York, 1937. Existe traducción Castellana, Parsons, T., *La estructura de la acción social*, Madrid, Eds. Guadarrama, 1968.
- Patti, S., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999.
- Pettit, PH., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Ed. Paidós, 1999.
- Poggi, G., *Calvinism and the Capitalist Spirit. Max Weber's "Protestant Ethic"*, Macmillan, London, 1983.
- Polanyi, K., *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989.
- Popper, K., *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994.
- Ponsetto, A., *Max Weber. Ascesa, crisi e trasformazione del capitalismo*, Milano, Ed. Franco Angeli, 1986.
- Portinaro, P. P., *Max Weber. La democrazia come problema e la burocrazia come destino*, Milano, 1987.
- Portinaro, P. P., "Max Weber e Carl Schmitt", en *Max Weber e il Diritto*, a cura di Renato Treves, Milano, Franco Angeli Editore, 1981.
- Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1981.
- Raynaud, P., *Max Weber y les dilemmes de la raison moderne*, París, Ed. P. U. F., 1987.
- Rebuffa, G., *Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, Giappichelli editore, 1989.
- Rossi, P., *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Milano, Il saggiatore, 1982.
- Rossi, P., *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, Donzelli Editore, 2007.
- Ruano de la Fuente, M. Y., "La presencia de Max Weber en el pensamiento español. Historia de una doble recepción", en *Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIII 726 julio-agosto, 2007.
- Ruggiero, G., *Historia del liberalismo europeo*, trad. C. G. Posada, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.
- Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2003.
- Sayer, D., *Capitalismo y modernidad*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1994.
- Ruano de la Fuente, Y., *Racionalidad y conciencia trágica. La modernidad según Max Weber*, Madrid, Trotta, 1996.
- Sbailó, C., *Weimar, Un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Troina, Città Aperta Edizioni, 2007.
- Schechter, D., *The critique of instrumental reason from Weber to Habermas*, New York, Continuum International Pub. Group, 2010.

- Schluchter, W., *Acción, orden y cultura. Estudios para un programa de investigación en conexión con Max Weber*, trad. Lía E. Cavadas, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2008.
- Schmitt, C., *Legalidad y legitimidad*, trad. C. Monereo Atienza, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Ed. Comares, 2006.
- Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- Schmitt, C., *Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política (1969)*, recogido en Carl Schmitt, teólogo de la política, Prólogo y Selección de textos de Héctor Orestes Aguilar, México, FCE, 2001.
- Sennet, R., *La cultura del nuevo capitalismo*. Barcelona, Anagrama, 2006.
- Schmitt, C., *El concepto de lo político*, versión de Rafael Agapito, Madrid, Alianza, 1991.
- Serrano Gómez, E., *Legitimidad y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión de un orden secularizado*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1994.
- Simmel, G., *The Philology of Money*, trad. T. Bottomore y D. Frisby, Londres, Routledge, 2ª ed., 1990 (trad. española, *Filosofía del dinero*, trad. e introducción de Ramón García Cotarelo, Granada, Ed. Comares, 2003).
- Simmel, G., *Cultura líquida y dinero. Fragmentos simmelianos de la modernidad*, Presentación y traducción de Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos Editorial, 2010.
- Simmel, G., *El individuo y la libertad: ensayos de crítica de la cultura*, Barcelona, Eds. Península, 1986.
- Sombart, W., *El apogeo del capitalismo*, 2 vols., México, FCE, 1984.
- Sorel, G., *Las ilusiones del progreso [Estudios sobre el porvenir social]*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento socio-político de George Sorel", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2011.
- Spencer, H., *Instituciones industriales*, edición y estudio preliminar, "La idea de progreso en Herbert Spencer: teoría e ideología", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009.
- Schluchter, W., *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen, 1979.
- Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Ed. Aguilar, 1971 (también en Ediciones Folio, Barcelona, 1984).
- Stammler, R., *Economía y Derecho*, trad. W. Rocés, Madrid, Ed. Reus, 1929
- Stark, W., "Max Weber y la heterogonía de los fines", en AA. VV., *Presencia de Max Weber*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1971.
- Talmon, J. L., *Los orígenes de la democracia totalitaria*, trad. M. Cardenal Iracheta, México, D. F., Madrid-México D. F., Aguilar, Buenos Aires, 1956.
- Taylor, CH., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de Ana Lizón, Barcelona, 2006.

- Teubner, G., "Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno", en Bourdieu, P. y Teubner, G., *La fuerza del derecho*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2000.
- Toulmin, S., *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, trad. Bernardo Moreno, Barcelona, Eds. Península, 2001.
- Treves, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. M. Atienza, Madrid, Taurus, 1978.
- Veblen, TH., *Teoría de la Empresa de Negocios*, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen" a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2009.
- Wright, H. von., *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1980.
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, FCE, 2ª ed., 1964.
- Weber, M., "La "objetividad" cognoscitiva en las ciencias sociales y en la política social (1904)", en *Ensayos sobre metodología de sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- "El sentido de la «neutralidad valorativa» de las ciencias sociológicas y económicas" (1917), en Weber, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973.
- Weber, M., *The Methodology of the Social Sciences*, Nueva York, Free Press, 1949.
- Weber, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1975.
- Weber, M., "Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva" (1913), en WEBER, M., *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu eds., 1973.
- Weber, M., "La ciencia como vocación", en *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969.
- Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.
- Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, eds. Península, 1977.
- Weber, M., "La sociología de Simmel", en *Papers*, núm.15, 1981.
- Weber, M., *La ciudad*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Presentación de L. Martín Santos, Madrid, La Piqueta, 1987.
- Weber, M., "Poder burocrático y liderazgo político", en *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991.
- Weber, M., *Ensayos sobre sociología de la religión*, t. I, Madrid, Ed. Taurus, 1987.
- Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad de Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología" (págs. IX-CLII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Weber, M., "El estado nacional y la política económica alemana", en *Escritos políticos*, trad. y Est. Preliminar de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991.

Weber, M., "El socialismo (1928)", en *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991.

Weber, M., "Transparencia administrativa y selección de los funcionarios políticos", en *Escritos políticos*, ed. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991.

Weber, M., *Crítica a Stammler y otros textos*, edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez, Madrid, CIS-BOE, 2009.

Wellmer, A., *Sobre la dialéctica de la modernidad y la posmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*, Madrid, Visor Distribuidores, 1993.

Wellmer, A., *Finales de Partida. La Modernidad Irreconciliable*, Madrid, Juan Ignacio Luca de Tena, 1996.

Zaccaria, G., "Razionalità, formalismo, Diritto: riflessioni su Max Weber", en *Sociologia del diritto*, núm.1, 1981.

Zeitlin, I., *Ideología y teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2023 - núm 7 ISSN-e: 2660-437X

RESEÑA DE “EL SISTEMA DE PENSIONES ESPAÑOL EN UNA SOCIEDAD EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN: UN ESTUDIO DESDE UNA PERSPECTIVA HOLÍSTICA Y COMPARADA”

(RUIZ SANTAMARÍA, J. L., ARANZADI THOMSON REUTERS, GIZUR MENOR, 2023)*

Aída Cabello Roldán

Investigadora del Grupo de investigación PAIDI SEJ-587

0610696780@uma.es ORCID [0009-0002-4478-4292](https://orcid.org/0009-0002-4478-4292)

Recepción de trabajo: 12-09-2023 - Aceptación: 18-09-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 303-304



Recientemente ha sido objeto de publicación la extensa monografía titulada “El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación: un estudio desde una perspectiva holística y comparada” presentada por José Luis Ruiz Santamaría, en la que se aborda uno de los temas más relevantes y apremiantes en la actualidad, como es el sistema de pensiones en España. Esta obra ofrece una profunda exploración y análisis de un tema que afecta a gran parte de la población y que se encuentra en constante evolución debido a los cambios demográficos, económicos y sociales que enfrenta la sociedad.

El análisis de la constante transformación de la sociedad española y su gran impacto en el sistema de pensiones es especialmente pertinente en un momento en el que la longevidad de la población y la tasa de natalidad están cambiando drásticamente. A mayor abundamiento, su enfoque holístico y comparado añade una capa adicional de profundidad y relevancia al trabajo, puesto que permite la contextualización de la situación en España en relación con otros sistemas de pensiones en el mundo, identificando similitudes, diferencias y mejores prácticas.

* La presente obra ha sido desarrollada en el marco de varios grupos y proyectos de investigación como son el Grupo PAIDI SEJ-347 “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”, el Proyecto Estatal de I+D+i “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (RTI2018-094696-B-I00), y el Proyecto Autonómico de I+D+i “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico” (P18-RT-2585).

“EL SISTEMA DE PENSIONES ESPAÑOL EN UNA SOCIEDAD EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN”

En ese sentido, la monografía está estructurada en cinco capítulos, siguiendo todos ellos un mismo hilo conductor en cuanto al método de análisis y el contexto de las temáticas empleadas se refiere. A este respecto, la obra pretende exponer los antecedentes y evolución histórica del sistema de pensiones, comenzando por un estudio de los primeros pasos dados a nivel europeo en el ámbito de la protección social hasta abarcar el origen de la configuración del sistema español.

Seguidamente, la obra resalta las distintas reformas que ha sufrido el sistema de pensiones español con la finalidad de analizar los problemas a los que se ha enfrentado y las soluciones aportadas por los sujetos responsables. En concreto, el autor realiza un análisis exhaustivo de las reformas más actuales y que han tenido una importante repercusión en el sistema, como ha sido el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema de pensiones. Con posterioridad, se ha abarcado un estudio comparado de los sistemas de pensiones a niveles europeo e internacional, proporcionando una visión global que enriquece el debate y la toma de decisiones en políticas públicas sobre este tema, haciendo especial énfasis en la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

Por otro lado, se abordan los retos ante la brecha de género pensional, siendo este un problema complejo y persistente que afecta a gran parte de la población a nivel mundial. En ese sentido, la obra incluye un importante epígrafe en el que se incluyen numerosas y variadas soluciones jurisprudenciales que se han dado frente a los problemas derivados de dicha brecha pensional.

En último lugar, se analiza el impacto de la implementación de la digitalización y la robotización en los procesos productivos, que están transformando de forma muy acelerada el panorama laboral y económico, lo que presenta tanto desafíos como oportunidades en relación con los sistemas de pensiones. Concretamente, se analizan factores como la incidencia de la revolución tecnológica en el empleo y en la financiación de la seguridad social, entre diversos otros.

En definitiva, tal y como se ha hecho referencia, nos encontramos ante una obra precisa y muy completa que analiza ampliamente un tema tan actual y a su vez controvertido como es la sostenibilidad del sistema de pensiones en una sociedad que se encuentra en constante transformación por factores diversos.

Finalmente, felicitar al autor de la presente monografía por el gran trabajo que ha realizado y, además, recomendar su lectura puesto que abarca uno de los asuntos que está teniendo mayor relevancia en el ámbito socio-laboral.

RESEÑA DE “FORMALIDADES E IMPLICACIONES PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO EXTINTIVO INDIVIDUAL DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO”

(ORTEGA LOZANO, P.G., COMARES, GRANADA, 2022)

Rafael José López Bedmar

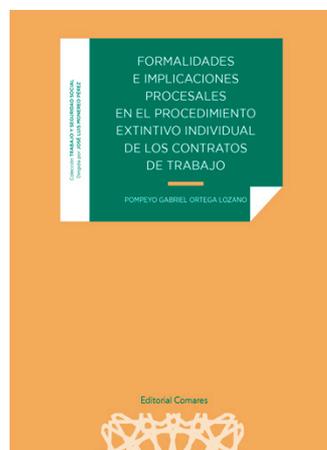
Contratado predoctoral FPU

Universidad de Granada

rlbedmar@ugr.es ORCID [0009-0002-4931-699X](https://orcid.org/0009-0002-4931-699X)

Recepción de trabajo: 07-06-2023 - Aceptación: 26-06-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 305-307



Una materia objeto de estudio fundamental en el ámbito del Derecho del Trabajo es la extinción de la relación laboral. La misma puede producirse a iniciativa del empleador, a instancia de la persona trabajadora, o incluso, por mutuo acuerdo. La presente obra a reseñar abarca el estudio iuslaboral de la institución del despido, tanto disciplinario como por circunstancias objetivas.

La temática en cuanto al despido ha sido un objeto de estudio tradicional en esta disciplina, pero se agudiza ahora con las modificaciones legislativas derivadas de la reforma laboral aprobada por el Congreso de los Diputados en febrero de 2022. En este contexto ve la luz la monografía titulada “Formalidades e implicaciones procesales en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo”.

La publicación se ha consumado por la brillante Editorial Comares, que goza de gran reputación en el ámbito jurídico. Asimismo, esta impresión forma parte de la colección Trabajo y Seguridad Social, privilegiadamente dirigida por José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social* y de la *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, ambas de Laborum).

Se puede apreciar la brillantez y calidad de la obra debido a la altura de su autor: Pompeyo Gabriel Ortega Lozano (Profesor Contratado Doctor —acreditado a Profesor Titular— de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada). Sin duda es un autor que cuenta con numerosas publicaciones entre artículos de revistas, colaboraciones en obras colectivas, reseñas y libros. Otro hecho que avala la calidad de la obra es que está directamente relacionada con la línea de investigación y tesis doctoral del autor, siendo esta última “El despido disciplinario”.

En cuanto a la estructura, consta de una división en tres bloques y suma en total diez capítulos. La primera de las partes se titula *Evolución normativa*. Esta es fundamentalmente introductoria, y cumple con un doble: objetivo de llevar a cabo un recorrido histórico de la normativa en torno al despido desde la etapa de la codificación (siglo XIX) hasta la actualidad, y, cumplir con la clarificación del léxico jurídico empleado por el legislador, la doctrina y los tribunales a la hora de aludir a estas cuestiones.

La segunda parte, que supone el grueso del trabajo y consta de ocho capítulos, y se denomina *Cuestiones procesales y formales en el procedimiento extintivo disciplinario*. Por tanto, tiene como objetivo el estudio del despido disciplinario. Dada la notable aportación teórico-práctica de la obra, se detallan a continuación capítulos que la conforman:

- **CAPÍTULO II. Exigencias del procedimiento ordinario y procedimiento especial.** En este capítulo se realiza un recorrido introductorio de la institución procesal del despido disciplinario, y se trata el recurso de suplicación en el mismo.
- **CAPÍTULO III. La carta de despido.** Comienza con la exposición de la evolución y requisitos formales en el despido, para luego analizar el contenido y notificación de la carta de despido.
- **CAPÍTULO IV. El despido tácito.** Se lleva a cabo un estudio del mismo, diferenciándolo de otras figuras como la extinción contractual por voluntad del trabajador y el abandono del empleado.
- **CAPÍTULO V. Singularidades en las formalidades de los trabajadores afiliados al sindicato y de los empleados públicos.** En este caso, se hace un análisis del despido ante esta tipología de trabajadores.
- **CAPÍTULO VI. Particularidades en las formalidades de los representantes de los trabajadores.** Como en el capítulo anterior, se estudian las especificidades de estos empleados.
- **CAPÍTULO VII. Otras formalidades.** Recoge otro tipo de situaciones adicionales a las de los Capítulos V y VI.
- **CAPÍTULO VIII. Defectos de forma y nuevo despido.** Se indaga sobre las rectificaciones de posibles defectos formales, para luego estudiar los despidos sucesivos.
- **CAPÍTULO IX. La impugnación del despido.** Finalmente, en este capítulo, se desarrollan pormenorizadamente numerosas cuestiones referentes a la materia, tales como: el plazo de caducidad, sus particularidades, la caducidad, los días hábiles inhábiles, la suspensión del plazo de caducidad, entre otros.

El último de los bloques se denomina *Algunas cuestiones procesales y formalidades en el procedimiento del despido por circunstancias objetivas*. Tras haber expuesto el despido disciplinario, se pasa a analizar de una forma más sintética la figura del despido por causas objetivas, en un capítulo único.

Ciertamente, supone un detallado y profundo análisis, relevante y actual, de la extinción del contrato a instancias del empleador para las dos categorías reseñadas. Por todo esto, se conforma una obra completa de una situación clave en nuestra academia de relaciones laborales, como es el despido.

Finalmente, es notorio el esfuerzo realizado para la confección de esta obra. El resultado ha sido un producto de gran calidad debido a la trayectoria investigadora y profesional del autor, sin ninguna duda, excelente especialista en materia de Derecho del Trabajo. Su lectura y estudio es altamente recomendada tanto para profesionales como alumnos debido a su sublime contenido teórico y práctico.

RESEÑA DE “TIEMPO DE TRABAJO Y ECONOMÍA DIGITAL: LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y GARANTÍA DEL DESCANSO LABORAL”

(LÓPEZ AHUMADA, J. E., EDICIONES CINCA, MADRID, 2022)

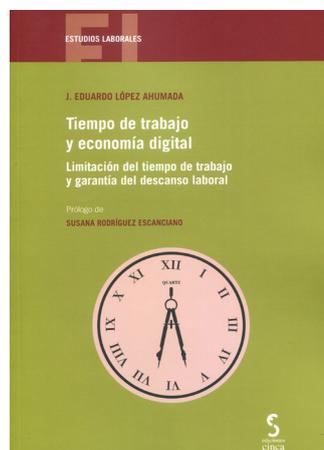
Stefano Bini

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

stefano.bini@ulpgc.es ORCID [0000-0003-2268-3335](https://orcid.org/0000-0003-2268-3335)

Recepción de trabajo: 12-03-2023 - Aceptación: 26-06-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 308-310



La monografía sobre “Tiempo de trabajo y economía digital”, del Prof. Dr. Eduardo López Ahumada, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Alcalá, se pone como imprescindible referente en el panorama científico laboralista contemporáneo, y —como se dirá— no solamente con respecto a la compleja materia de la ordenación del tiempo de trabajo.

Un tema, este último, que representa indudablemente una de las instituciones básicas fundamentales, sobre las que se ha edificado la arquitectura del Derecho del Trabajo desde sus orígenes, con el nacimiento de los primeros movimientos obreros que, tomando conciencia de clase, empezaron reivindicando condiciones de trabajo dignas, *in primis*, desde el punto de vista de la extensión de la jornada de trabajo.

Se trata, al mismo tiempo, de un tema de extraordinaria actualidad, que ocupa un lugar destacado en el debate científico que anima el debate laboralista, tanto en España como en horizonte internacional, ante nuevos desafíos, emblemáticamente representados —entre otros— por la opción de una posible «reducción del tiempo de trabajo en virtud de las innovaciones tecnológicas» (página 156).

Pues bien, el Prof. Dr. Eduardo López Ahumada propone sobre el tema un estudio riguroso y profundizado, de extraordinario interés científico, que aporta una contribución hermenéutica amplia y original sobre las múltiples dimensiones problemáticas que afectan la ordenación del tiempo de trabajo, por efecto de la digitalización de la economía contemporánea.

De hecho, como muy oportunamente destaca el Autor en la introducción al volumen, «nos encontramos ante una materia sumamente condicionada por las circunstancias de su contexto de aplicación, así como por las necesidades presentes en cada momento respecto al recurso del factor trabajo en función de las coyunturas económicas» (página 15).

Y, efectivamente, la monografía que aquí se reseña, propone un trabajo de investigación completo, que arroja luz sobre el tema a 360°, tomando en consideración crítica las múltiples facetas del impacto de la digitalización en la dimensión temporal del trabajo.

El exceso de flexibilización y de difuminación que afecta a las coordenadas normativas y a las instituciones que ordenan el tiempo de trabajo digitalizado, se diseccionan, profundizando la esencia de las dimensiones problemáticas y poniendo en evidencia la necesidad de reafirmar la función tuitiva del marco normativo —tanto legal, como convencional— en materia de tiempo de trabajo, adaptando las instituciones y las hermenéuticas jurídicas al nuevo y cambiante escenario económico. Nuevos retos desafían la ordenación del tiempo de trabajo, manifestando nuevas expresiones del conflicto de intereses compendiado por el binomio “capital-trabajo”, que informa ontológicamente la misma esencia del trabajo capitalista y, por lo tanto, del Derecho del trabajo.

La posición del Prof. Dr. López Ahumada es extraordinariamente clara y totalmente compartida, ya a partir del subtítulo del volumen: “Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral”. Frente a las nuevas formas de organización del trabajo fomentadas gracias y en el marco de la economía digital —orientadas a paradigmas de flexibilización y dinamización, que a menudo se expresan en nuevas formas de precariedad y vulnerabilidad laboral— «el objetivo es seguir dando una respuesta limitadora a la subordinación laboral a través del tiempo de trabajo y de los descansos. Se precisa una nueva respuesta jurídica del tiempo de trabajo ante los avances tecnológicos y su impacto en las relaciones laborales» (página 22).

Sobre esta visión, el estudio que propone el Autor resulta de extraordinario interés, explorando ámbitos temáticos íntimamente entrelazados con el del tiempo de trabajo, como el de los nuevos factores de riesgo psicosocial, derivados del trabajo digital (emblemático es, al respecto, el supuesto del trabajo a distancia y/o *smart working*): piénsese, por ejemplo, en el estrés tecnológico, en la hiperconexión, en la sobrecarga de trabajo, informativa y mental, en la prolongación de la jornada, en una generalizada condición de aislamiento.

Como bien afirma la Profa. Dra. Susana Rodríguez Escanciano (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de León), en su prólogo a la obra, «en la medida en que la propia dimensión cuantitativa y cualitativa del tiempo de trabajo se encuentra difuminada, deviene harto complicado encorsetar la vinculación telemática en márgenes estrictos, de manera que la carga de trabajo y los niveles de exigencia crecen exponencialmente bajo el pretexto de una mayor competitividad y una mejor respuesta a la demanda, con particular manifestación en el trabajo a distancia y en el teletrabajo así como en la actividad desarrollada a través de plataformas

digitales. Deviene necesario, por ende, dar una respuesta tuitiva a estas situaciones, diseñando un nuevo concepto de “tiempo de trabajo decente”, tanto a nivel legal como convencional» (página 12).

Y precisamente en este sentido, el libro aporta una reflexión original y propositiva sobre el «desarrollo de una nueva concepción jurídica de los límites al tiempo de trabajo y a la garantía del descanso necesario» (página 235), tomando en consideración y acompañando a la lectora y al lector en la exploración crítica de las diferentes perspectivas que animan la reflexión laboralista sobre el tema objeto de estudio.

De hecho, la claridad de la exposición está acompañada por una rigurosa metodología y una lógica estructura de los contenidos, que son armónicamente abordados de manera exhaustiva y concadenada, a través de una organización en ocho capítulos.

El Autor mueve de un análisis riguroso del impacto que la digitalización de la economía produce en términos de transformación del trabajo en general y del tiempo de trabajo en particular, centrándose —en el capítulo I— en las nuevas tendencias que la revolución tecnológica lleva consigo (especial interés suscita la reflexión sobre tres conceptos claves: diversificación, individualización y deslocalización) y en la «necesaria respuesta a un nuevo modelo de tiempo de trabajo».

A continuación, el tema objeto de estudio es considerado en conexión con la dimensión de la salud laboral, investigando las cuestiones relacionadas con la tendencia a la flexibilización de la jornada de trabajo y a la consiguiente confusión entre tiempo de vida y tiempo de trabajo, defendiéndose la tesis de la necesidad de normas vinculantes, que limiten la peligrosa expansión del perímetro del tiempo de trabajo.

Los capítulos tres, cuatro y cinco exploran —de manera orgánica y perfectamente concatenada— la esfera propiamente normativa de la cuestión, proponiendo un análisis escrupuloso y de gran interés de los ordenamientos jurídicos internacional, europeo y nacional en materia de ordenación del tiempo de trabajo: se señala, en particular, el estudio de las carencias reguladoras detectables en relación con la fundamental función limitadora y (re-)equilibrante del tiempo de trabajo.

De especial interés resulta, además, la reflexión que el Autor desarrolla —en el capítulo seis— sobre la vinculación entre la nueva actitud expansiva del tiempo de trabajo, por efecto de las nuevas formas digitales de empleo, y el trabajo precario. Cierran el volumen los últimos dos capítulos, el séptimo y el octavo, que se centran en dos cuestiones específicas y dos herramientas limitadoras del tiempo de trabajo: el registro de jornada y la garantía de la desconexión digital, como «nueva respuesta tuitiva del Derecho del Trabajo» (página 205). El Autor desarrolla, en particular, un razonamiento muy original sobre la «desvirtualización de los límites del tiempo de trabajo» (página 213).

En definitiva, como bien se destaca en el Prólogo, se trata de «una obra minuciosa, sólida y completa, esto es, de un esfuerzo serio apoyado en un ingente análisis doctrinal y jurisprudencial, que enriquece el panorama laboral en una materia nuclear, cual es la limitación de la jornada y la previsión de períodos de descanso para las personas trabajadoras» (página 12). El indiscutible interés y la especial originalidad del estudio realizado convierten la obra del Prof. Dr. López Ahumada en una contribución de seguro impacto en el horizonte laboralista, nacional e internacional, y de imprescindible lectura.

RESEÑA DE “ESCRITOS SELECTOS POR EMILE DURKHEIM”

(GIDDENS, A., INTRODUCCIÓN Y SELECCIÓN; MONEREO PÉREZ, J. L.,
REVISIÓN, EDICIÓN Y ESTUDIO PRELIMINAR, COMARES, GRANADA, 2022)

Sheila López Vico

Contratada predoctoral en formación-FPU*

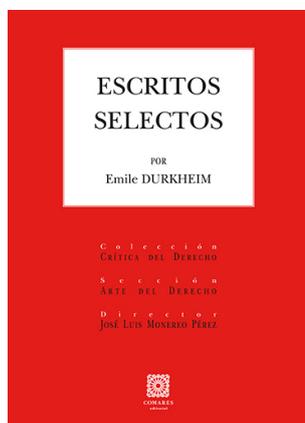
Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum

Universidad de Granada

slvico@ugr.es ORCID [0000-0002-2608-3436](https://orcid.org/0000-0002-2608-3436)

Recepción de trabajo: 24-04-2023 - Aceptación: 26-06-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 311-313



En esta ocasión tenemos el placer de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada “Escritos selectos por Emile Durkheim”, por medio de la cual se lleva a cabo una reedición de algunas de las obras más importantes de este autor.

La misma se enmarca en la prestigiosa «Colección Crítica del Derecho» dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez y ha sido editada por la editorial Comares, editorial de referencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

Emile Durkheim ocupa en el marco de la sociología en general, y de aquella jurídica en particular, un papel clave, habiendo sido el mismo bautizado en diversas ocasiones como padre fundador de la sociología como disciplina científica. El mismo presenta una amplia y rica producción científica, en la que se deja entrever el impacto que tuvo en la misma la realidad social que le tocó vivir, y que se encontró especialmente marcada por la Revolución Industrial y la Revolución Francesa.

* Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

En cuanto a su estructura, la misma se encuentra conformada por dos grandes bloques, por un lado, se incorpora un estudio preliminar a cargo del prof. José Luis Monereo Pérez, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. El mismo es un amplio conocedor de la materia, habiendo publicado numerosos escritos en materia de Filosofía del Derecho, en los que analiza de manera crítica el trabajo de los más importantes pensadores en esta materia y como se enmarcan sus teorías en la sociedad actual. En lo que en este punto nos interesa, cabe destacar como por medio de dicho estudio preliminar se realiza un sucinto pero preciso recorrido por la teoría que, a través de sus diversas obras, sostuvo Durkheim sobre diversas y relevantes cuestiones que van desde el papel que los grupos sociales debían presentar en el Gobierno y en la administración social, pasando por la cuestión del suicidio y como el mismo debe de ser en sí mismo considerado, hasta el papel que en la conformación y adaptación del Estado a la época en la que se inserta ocupa la religión. Sumamente interesante, especialmente en el marco económico, social, político y jurídico existente en el momento en el que se realiza esta reseña, resulta la diferenciación que Durkheim realiza sobre la que denomina como “solidaridad orgánica” —caracterizada por una marcada división del trabajo— y aquella denominada como “solidaridad mecánica” —donde no existen relevantes diferencias individuales—. Al respecto se señala como en aquellas calificadas como orgánicas, dicha división o especialización del trabajo, deriva en una cierta e inevitable disolución colectiva.

Pues bien, precisamente este problema, ya planteado por Durkheim en sus estudios, es uno de los principales retos que supone desde el punto de vista laboral la generalización y expansión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la externalización o deslocalización del trabajo que las mismas llevan aparejadas, al poder prestar sus servicios los trabajadores en cualquier momento y en cualquier lugar. Ante dicha situación, ya manifestaba Durkheim la necesidad de que dicho vínculo social se transformase, adaptándose al modelo social imperante. Y de manera clara se recoge en dicho preámbulo por parte del prof. Monereo Pérez al indicar que *“El individuo no se separa de la sociedad, sino que se liga a ésta de forma distinta que antes, porque en la sociedad se percibe la pertenencia al grupo en forma diferente a como se concebía en el pasado”*

Por otro, se recoge un prefacio realizado por el prof. Anthony Giddens, catedrático en Sociología en la Universidad de Cambridge y reconocido como uno de los autores contemporáneos más reconocidos a nivel mundial. El mismo lleva a cabo también una selección de los estudios más importantes llevados a cabo por Durkheim que, por constituir estudios clave y de referencia en cualquier disciplina jurídica no entraremos aquí a analizar con detenimiento. Los escritos de Durkheim recogidos por medio de la obra objeto de reseña son los siguientes:

- El campo de la sociología
- Métodos de explicación y análisis
- La ciencia de la moralidad

1 Cfr. Monereo Pérez, J.L.: “La sociología política de Durkheim: integración social, sociedad civil y democracia”, en *Escritos Selectos por Emile Durkheim*, Granada, Comares, 2022, p. XXVI

“ESCRITOS SELECTOS POR EMILE DURKHEIM”

- Obligación moral, deber y libertad
- Formas de solidaridad social
- La división del trabajo y la solidaridad social
- Análisis de las doctrinas socialistas
- La anomia y la estructura moral de la industria
- Sociología política
- Las bases sociales de la educación
- Religión y ritual
- Secularización y racionalidad
- Sociología del conocimiento

Por todo ello, no podemos sino concluir recomendando la atenta lectura de esta monografía que sin duda se alza como obra de obligada referencia para cualquier operador jurídico, al recoger de manera conjunta una serie de estudios clásicos que constituyen la base en torno a la cual se articula nuestro sistema jurídico general y que por tanto, no ve agotada su influencia únicamente a la disciplina de la sociología o de la filosofía del derecho.

Asimismo, este autor clásico recoge una interesante teoría doctrinal en torno a la fuerza colectiva y cohesión social de los trabajadores, cuestión que, en un marco económico y social como el existente no puede omitirse.

En suma, nos encontramos ante una monografía que sin lugar a duda se alzaría como obra doctrinal de referencia y que, por ello, todo operador jurídico debe de tener presente.

RESEÑA DE “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. METODOLOGÍA DEL DERECHO”

Estudio preliminar: José Luis Monereo Pérez

(CARNELUTTI, FRANCESCO; COMARES, GRANADA, 2003)

Rafael José López Bedmar

Contratado predoctoral FPU

Universidad de Granada

rbedmar@ugr.es ORCID [0009-0002-4931-699X](https://orcid.org/0009-0002-4931-699X)

Recepción de trabajo: 07-06-2023 - Aceptación: 18-06-2023 - Publicado: 20-09-2023

Páginas: 314-317



La interesante y fundamental obra de Carnelutti, Francesco: “*Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*”, cuyo estudio preliminar, “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti” (pp. VII-LXX) es de José Luis Monereo Pérez, busca poner de manifiesto este gran libro del siglo XX, que siempre es considerado de actualidad; además de reconocer la figura de su autor, Francesco Carnelutti (1878-1949). Carnelutti fue un renombrado abogado y jurista italiano, reconocido como uno de los más destacados teóricos del derecho del siglo XX.

Carnelutti, nacido en Udine —Italia— en 1879, destacó por su enseñanza en varias universidades (clases de Derecho Industrial en la Universidad Bocconi de Milán, Derecho Comercial en la Universidad de Catania, y Derecho Procesal Civil en Padua, Universidad de Milán y Roma) y despuntó por su especialización en Derecho Procesal Civil. Fundó la Revista de Derecho Procesal Civil en 1924 y contribuyó en la redacción del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942. Reconocido por su postura antifascista, también cofundó la Unión de Juristas Católicos Italianos. Su legado incluye proyectos de ley relacionados con el proceso civil. Falleció en Milán en 1965.

Una de sus dos obras más famosas es, “Teoría General del Derecho” (Roma, Società ed. del “Foro italiano”, 1940, 1.ª ed. —completada con las ediciones de 1946 y 1951—), en la que aborda los conceptos fundamentales de la teoría del Derecho. En la obra, Carnelutti, en contraposición a las direcciones formalistas dominantes en la cultura jurídica de su tiempo, afirmó, que una Teoría General del Derecho debe ocuparse no sólo de los aspectos exclusivamente formales, sino también de los elementos jurídicos materiales. Esto es, que debe ocuparse tanto de la “forma” como de la “sustancia” jurídica que aquella le comprende.

El autor del cualificado y sustancioso estudio preliminar, e impulsor de la obra, es José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, ambas de Laborum). José Luis Monereo Pérez cuenta con numerosas publicaciones, siendo varios libros y más de seiscientos artículos tanto jurídicos, como de teoría política, como relacionados con las ciencias sociales y el pensamiento social y político. Entre los autores clásicos estudiados por el autor destacan: Max Weber, Carl Schmitt, Karl Marx, Hans Kelsen, Francesco Carnelutti, Herrmann Heller, Simone Weil, Gustav Schmöller, Émile Durkheim, Georges Gurvitch, Georges Sorel, Walter Benjamin, Ferdinand Tönnies, Adolfo Posada, Antonio Alcalá Galiano y Fernández de Villavicencio, Nicolás Salmerón, Emilio Castelar, Gumersindo de Azcárate, Francisco Giner de los Ríos, Fernando de los Ríos, Joaquín Costa, Juan Donoso Cortés, Thorstein Veblen, Otto Bauer, Otto Kirchheimer, Antonio Gramsci, entre otros muchos.

Respecto a su otra obra, “Metodología del Derecho” (Padua, Cedem, 1939), plasma el positivismo jurídico, ya que no considera como Derecho en sentido técnico al Derecho “natural” como si estuviésemos ante una especie de Derecho situado al lado del Derecho positivo. Carnelutti define a la metodología como la ciencia que se estudia así misma y así encuentra a su método. Enuncia también, de manera expresa, los principios que han de guiar y conducir el proceso de observación del jurista, siendo estos: 1.) el principio de la realidad del Derecho, 2.) el principio de la institucionalidad del Derecho, y, 3.) el principio de la unidad del Derecho.

La obra, publicada por la Editorial Comares en el año 2003, que compila en una estas dos monografías de Carnelutti, se encuadra en la prestigiosa y reputada Colección “Crítica del Derecho”, concretamente en la Sección “Arte del Derecho”. La colección referida se encuentra privilegiadamente dirigida por el profesor J.L. Monereo Pérez, y nada más que esta sección cuenta con más de 140 volúmenes publicados.

En cuanto a la estructura, consta de un estudio preliminar común, y una división completa de las dos obras de Carnelutti: “Teoría General del Derecho” y “Metodología del Derecho”. El excelente y desarrollado estudio preliminar, de setenta páginas, que ha sido elaborado por el Profesor Monereo Pérez. Este estudio se centra en tres notas fundamentales. La primera consiste en una introducción tanto de la biografía de Carnelutti, como de su encaje filosófico-jurídico y, también, de las obras. La segunda nota relevante es el estudio de la función y estructura del Derecho, siendo este último para Carnelutti una maquinaria predispuesta para garantizar la paz social mediante la resolución de los conflictos de intereses presentes en una sociedad jurídicamente organizada. En tercer, y último

lugar, el Profesor Monereo Pérez hace una reflexión sobre la ciencia jurídica y el método en el pensamiento de F. Carnelutti, tratando, inexcusablemente, su singular “dualismo metodológico” y los “principios del Derecho”.

La obra “Teoría General del Derecho” consta de una introducción —en la que establece las bases para el estudio de la Teoría General del Derecho— y tres capítulos. Los capítulos son los que se detallan a continuación:

- **Capítulo I. Del mandar jurídico.** Para Carnelutti, con la fórmula de la imperatividad quiere dejar claro que el elemento inquebrantable del ordenamiento jurídico, es decir, que es el primer producto del Derecho. Es en este capítulo donde se establecen las fuentes jurídicas y su jerarquía.
- **Capítulo II. De las situaciones jurídicas.** Estas son los estados de hecho que generan derechos y obligaciones dentro del sistema jurídico. A su vez, aborda conceptos como la potestad, el derecho subjetivo o la responsabilidad.
- **Capítulo III. De los hechos jurídicos.** Aborda cuestiones prácticas indisociablemente unidas al derecho procesal: analiza el proceso judicial y discute temas como la carga de la prueba, la presunción de inocencia y la necesidad de un juicio imparcial.

La segunda obra es “Metodología del Derecho”, más breve que la anterior, se divide en los siguientes capítulos:

- **Capítulo I.** Este capítulo lo dedica a la ciencia y técnica, haciendo mención a la multitud de reglas de la experiencia jurídica.
- **Capítulo II.** Tras hacer un estudio de los actos, Carnelutti se centra en el estudio de los tres principios esbozados con anterioridad. Esto es, porque para el autor, el tífico del derecho, se encuentra alejado de los fenómenos que debe observar.
- **Capítulo III.** Finalmente, y estudia la comparación y clasificación, junto a los conceptos.

Ciertamente, supone un detallado y profundo análisis, relevante y útil, del pensamiento de Francesco Carnelutti; filósofo, jurista y hombre político, de gran notoriedad en el siglo XX. Conocido por su enfoque pragmático y su trabajo en el campo del derecho procesal, plasmó su influencia y legado principalmente en su obra “*Teoría General del Derecho*”, donde expone sus ideas sobre multitud de cuestiones legales.

Por todo lo expuesto, se conforma una obra fundamental que invita a inmiscuirse en los fundamentos filosóficos del sistema legal y de la Teoría General del Derecho. Se está ante un libro de referencia clásica en el campo de la filosofía jurídica, y, cuya lectura es imprescindible para aquellos interesados en entender las bases conceptuales del Derecho y su relevancia en nuestra sociedad.

Su autor lo redactó siguiendo una estructura organizada y coherente, que, sin duda alguna, guía al lector fácilmente por la obra. La claridad y la profundidad con la que Carnelutti presenta cada

tema resultan en una lectura envolvente y enriquecedora. Su capacidad para ilustrar conceptos abstractos con ejemplos prácticos y casos reales hace que el lector se sumerja en el mundo jurídico, comprendiendo la importancia y el impacto del derecho en nuestras vidas cotidianas.

Es notorio el esfuerzo realizado para la confección de esta obra por el Profesor Monereo Pérez. El resultado ha sido un producto de gran calidad debido a la trayectoria investigadora y profesional del autor, sin ninguna duda, especialista en materia de Filosofía y Teoría General del Derecho. A destacar la capacidad del Profesor Monereo Pérez para presentar ideas complejas de manera accesible y clara en el estudio preliminar.

En resumen, es una obra magistral que combina la erudición jurídica con una exposición clara y accesible. Sin duda, invita a explorar el fascinante mundo del Derecho, a comprender su importancia y a reflexionar sobre los principios que lo sustentan. Dirigido tanto para profesionales del derecho, estudiantes y público que busque una lectura enriquecedora y estimulante, siendo esta obra una elección imprescindible.