

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

noviembre-abril 2022

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

4

umaeditorial



REJLSS ISSN-e 2660-437X

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

NOVIEMBRE - ABRIL 2022

PRESIDENTE

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECTOR

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINADORA 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 Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

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

- Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i "Retos Investigación" orientado a los Retos de la Sociedad, "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?" (ref. RTI2018-094696-B-I00), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

- Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza, "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza" (ref. P18-RT-2585), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y por la Junta de Andalucía.



ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones yDivulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) quedesde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocertrabajos originales, inéditos y dedicados a las materias que seanpropias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la SeguridadSocial. Se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, cuentacon una significativa presencia en Europa y Latinoamérica, estávinculada a la actualidad sociolaboral, quiere reflexionar y aportarsoluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho, y tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad yseriedad.

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

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número / Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Tribuna de actualidad
- Reseñas normativas
- 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 Datenbamk), **Dulcinea**, **REDIB** (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), **Journal TOCs**, y **Scilit**.

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

PRESENTE EN TWITER

PRESENTE EN FACEBOOK



CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENCIA

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

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Miguel Ángel Gómez Salado
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

SECRETARÍA GENERAL

José Luis Ruiz Santamaría
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
Estefanía González Cobaleda
Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

VICESECRETARÍA GENERAL

María Rosa Vallecillo Gámez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

COORDINACIÓN DE PUBLICACIONES

María Salas Porras
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



CONSEJO ASESOR

VOCALES

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
Rosa Quesada Segura
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)
Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)
José Luis Tortuero Plaza
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)
José Ignacio García Ninet
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)
María José Romero Ródenas
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha (España)
Adriana Topo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Padova (Italia)
Marco Esposito
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (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)



Juan García Blasco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)
Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León (España)
Jordi García Viña
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)
María Arántzazu Vicente Palacio
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)
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)
Franco Scarpelli
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)
Carmen Elena Domínguez Soto
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)
Francisco Tapia Guerrero
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

COORDINACIÓN GENERAL

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

VOCALES

Francisco Miguel Ortiz González-Conde
Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)
José Luis Ruiz Santamaría
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



Estefanía González Cobaleda
Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Miguel Ángel Gómez Salado
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
Lucía Aragüez Valenzuela
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
Stefano Bini
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)
Sara Guindo Morales
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)
Silvia Fernández Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela (España)
Enea Ispizua Dorna
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco (España)
Jorge Baquero Aguilar
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María Fátima Poyatos Chacón
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María del Pilar Giménez Murugarren
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María Rosa Martín Muñoz
Profesora contratada predoctoral
Universidad de Granada (España)
Antonio Megías Bas
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)
Francisco Xabiere Gómez García
Profesor contratado predoctoral
Universidad de León (España)
Matthieu Chabannes
Profesor contratado predoctoral
Universidad Complutense de Madrid (España)
Gloria María Montes Adalid
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



Raquel Castro Medina
Trabajadora Social y Coordinadora de Centros CPA
Granada (España)
Abdessadek Bounagui
Profesor
Université Hassan 1er Settat (Marruecos)

COORDINACIÓN GENERAL

Salvador Perán Quesada
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

SECRETARÍA GENERAL

Francisca Moreno Romero
Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN GENERAL

Francisco Lozano Lares
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

SECCIÓN TRIBUNA DE ACTUALIDAD

COORDINACIÓN GENERAL

Marina Fernández Ramírez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

VOCALES

Miguel Ángel Almendros González
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)



Isabel María Villar Cañada
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Margarita Miñarro Yanini
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)
Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)
Juan Antonio Maldonado Molina
Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)
Susana de la Casa Quesada
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Manuel García Jiménez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
Djamil Tony Kahale Carrillo
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (España)
Olimpia Molina Hermosilla
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
María Inmaculada Marín Alonso
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)
Natalia Tomás Jiménez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)
María Teresa Igartua Miró
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)
Daniela Da Rocha Brandão
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil)
Miguel Gutiérrez Bengoechea
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado
Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)



José Antonio Peña Ramos
Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Granada (España)
Patricia Benavides Velasco
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga (España)
Consuelo Chacartegui Jávega
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra (España)
David Montoya Medina
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)
Esperanza Macarena Sierra Benítez
Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)
María de Monserrate Rodríguez Egío
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)
Raquel Vela Díaz
Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)
David Gutiérrez Colominas
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)
Patricia Espejo Megías
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha (España)
Juan Alberto Tormos Pérez
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)
Rafael Moll Noguera
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)
María del Pilar Castro López
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga (España)
Alcides Antúnez Sánchez
Jefe del Departamento de Derecho
Universidad de Granma (Cuba)
Jorge Martínez Cumbrera
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granma (Cuba)



Carlos David Aguilar Segado
Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)
Constanza Alejandra Richards Yáñez
Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile). Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)
Aurora Adriana Vimercati
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Bari (Italia)
Lorenzo Giasanti
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)
Francisco Trujillo Pons
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)
Juan Ignacio Caminos
Abogado (Argentina)
José Antonio Rueda Monroy
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María del Carmen Macías García
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
María Iluminada Ordóñez Casado
Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)
Carlos José Martínez Mateo
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería (España)
Albert Toledo Oms
Colaborador docente Universitat Oberta de Catalunya
Profesor Asociado Adjunto ESADE Business & Law School.
Profesor colaborador de Derecho laboral
UManresa-Fundació Universitària del Bages (España)
Juan José Rodríguez Bravo de Laguna
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de la Laguna (España)
José Eduardo López Ahumada
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá (España)
Oriol Cremades Chueca
Profesor lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Rovira i Virgili (España)



Luis Ocaña Escolar
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Juan Carlos Álvarez Cortés
Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

CONSEJO DE GESTIÓN Y EDICIÓN DIGITAL

VOCALES

Constanza Alejandra Richards Yáñez
Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile)
Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)
Silvia Fernández Martínez
Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Comunidad CIELO Laboral
Secretaria General y Responsable de la Plataforma informática de la Red Cielo Laboral
José Erick Chávez Marín
Profesor de Derecho Internacional Público
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)
Sofía Louise Martínez Martínez
Técnica de investigación de la "Cátedra de Emprendimiento Sostenible"
Universidad de Málaga (España)
Mario Millán Franco
Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Trabajo Social y Servicios Sociales
Universidad de Málaga. Miembro de la Comunidad CIELO Laboral
Jesús Avellaneda Menchón
Investigador predoctoral en la Universidad de Málaga e ingeniero informático en la empresa privada
Daiana Ana Maria Piţică
Investigadora
Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio López-Quiñones García
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



SUMARIO

EDITORIAL

Francisco Vila Tierno
CONSECUENCIAS SOCIALES DE LAS DISRUPCIONES EN EL ORDEN MUNDIAL
SOCIAL CONSEQUENCES OF DISRUPTIONS IN THE WORLD ORDER 16-18

ESTUDIOS DOCTRINALES

José Luis Monereo Pérez
INCLUSIÓN SOCIAL, DIVISIÓN DEL TRABAJO Y SISTEMA DEMOCRÁTICO:
una reflexión sobre la teoría social de Durkheim
SOCIAL INCLUSION, DIVISION OF LABOR AND DEMOCRATIC SYSTEM: A Reflection on Durkheim's Social Theory . . . 20-73

Jordi García Viña
EL CONCEPTO DE LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL EN ESPAÑA
THE CONCEPT OF INDIVIDUAL FREEDOM OF ASSOCIATION IN SPAIN 74-104

María Teresa Díaz Aznarte
LAS PAREJAS DE HECHO ANTE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD:
Una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa
COMMON LAW PARTNERS AND SURVIVOR´S PENSION: A critical review based on the last legislative reform 105-129

Yolanda Sánchez-Urán Azaña y Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada
EN TORNO A LOS CRITERIOS FLEXIBLES PARA LA DESIGNACIÓN
DE DELEGADOS SINDICALES: ¿Una cuestión cerrada?
ON FLEXIBLE CRITERIA FOR THE APPOINTMENT OF TRADE UNION DELEGATE: A closed question? 130-158

Josep Moreno Gené
PRESUNCIÓN LEGAL DE LABORALIDAD DEL TRABAJO
EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO: ¿Y ahora qué?
THE LEGAL PRESUMPTION OF THE EXISTENCE OF A LABOUR RELATIONSHIP
OF WORK IN DIGITAL DELIVERY PLATFORMS: What now?. 159-207

Carmen Grau Pineda
SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS O DEL POR QUÉ LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DE HUELGA NO RESPONDE A LAS NECESIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI
THE IMPACT OF THE STRIKE ON OUTSOURCING OR WHY THE SPANISH REGULATION OF THE RIGHT TO STRIKE
DOES NOT RESPOND TO THE NEEDS OFTHE 21ST CENTURY LABOR RELATIONS 208-230



Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
CRITERIOS DELIMITADORES DEL PERSONAL DIRECTIVO COMO RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL: La recíproca confianza en el vínculo
LIMITING CRITERIA OF THE MANAGERIAL STAFF OF SPECIAL CHARACTER: Mutual Trust in the Bond 231-264

Laura Otero Norza
LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL. Apuntes sobre su construcción, evolución y actualidad en el derecho comparado y la legislación mexicana
THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT. Notes on its Construction Evolution and Current Situation in Comparative Law and Mexican Legislation 265-280

Luis Eduardo Díaz
LA PÉRDIDA DEL ESPACIO PÚBLICO. Entornos laborales violentos y sujetos vulnerables
THE LOSS OF PUBLIC SPACE. Violent Work Environments and Vulnerable Subjects 281-298

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

María Ascensión Morales Ramírez
APLICACIÓN DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN EN LAS PENSIONES EN MÉXICO. Comentarios a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: contradicción de tesis 200/2020
THE APPLICATION OF THE UNIT OF MEASUREMENT AND UPDATE (UMA) FOR PENSIONS: Supreme Court of Justice Case Law: Dissenting Opinion 200/2020 300-319

Daniel Toscani Giménez
LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS CONTROLADORES AÉREOS. Comentarios a la STS de 25 de noviembre de 2020
THE FORCED RETIREMENT OF AIR TRAFFIC CONTROLLERS. Comments to the STS of November 25, 2020 320-328

Luis Ernesto Alemán Madrigal
ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE POR ENFERMEDAD COMÚN PREVIA AL MATRIMONIO, DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE DE SU CELEBRACIÓN. STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 87, del 23 de enero de 2020
WIDOW'S PENSION ACCESS IN CASE OF HUSBAND´S DEATH DUE TO COMMON DISEASE, WITHIN THE YEAR OF CELEBRATION OF THE MARRIAGE. Judgment Number 87 of TSJCLM, January 23, 2020 329-337

José Antonio Rueda Monroy
RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZON DE DISCAPACIDAD. STC 172/2021 de 7 octubre
RECOGNITION OF PERMANENT DISABILITY AFTER EARLY RETIREMENT DUE TO DISABILITY. STC 172/2021 of October 7 338-349



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

Alejandra Selma Penalva

LOS ESTEREOTIPOS DE EDAD, GÉNERO O IMAGEN EN EL MERCADO LABORAL: Qué es la preselección digital de los empleados a través de las redes sociales y cómo evitarla

STEREOTYPES OF AGE, GENDER OR IMAGE IN THE LABOR MARKET: What is the Digital Pre-selection of Employees through Social Networks and how to Avoid it *351-364*

Francisco Griñán Doblas

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CINE: Una puesta al día a la luz de la película *El buen patrón* y la mirada de Fernando León de Aranoa

SOCIAL RIGHTS IN CINEMA: An Update in the Light of the Film The good boss *and the Look of Fernando León de Aranoa* *365-373*

Esteban Fernández Navarro

PUNTOS ESENCIALES DE LA NUEVA REFORMA LABORAL. Principales puntos de interés

MAIN ASPECTS OF THE NEW LABOUR MARKET REFORM. Key Points..... *374-382*

Gloria Montes Adalid

UNA MIRADA A LA REFORMA LABORAL. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021

A LOOK AT LABOR REFORM. Lights and shadows of Royal Decree-Law 32/2021..... *383-392*

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Luis Ocaña Escolar

RESEÑA DE "LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD" *394-395*

Sheila López Vico

RESEÑA DE "DEMOCRACIA PLURALISTA Y DERECHO SOCIAL. LA TEORÍA CRÍTICA DE GEORGES GURVITCH" *396-400*

José Antonio Martínez Rodríguez

RESEÑA DE "LA ECONOMÍA SOCIAL COMO PALANCA PARA LA SOSTENIBILIDAD EN LOS TERRITORIOS RURALES" *401-406*

Miguel Ruiz Carnero

RESEÑA DE "LA PROTECCIÓN SOCIO-LABORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: Entre derecho normal y derecho de la emergencia"..... *407-408*

Erika Báez Laguna

RESEÑA DE "PLANES DE FORMACIÓN EN IGUALDAD DE GÉNERO"..... *409-410*

Raquel Fernández Flores

RESEÑA DE "LA SUFICIENCIA Y LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: Especial atención a las personas mayores"..... *411-412*



EDITORIAL

CONSECUENCIAS SOCIALES DE LAS DISRUPCIONES EN EL ORDEN MUNDIAL

SOCIAL CONSEQUENCES OF DISRUPTIONS IN THE WORLD ORDER

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
Magistrado (supl) TSJA
fvila@uma.es ORCID ID 0000-0001-5718-4160

Recepción de trabajo: 25-02-2022 - Aceptación: 07-03-2022
Páginas: 16-18

Al tiempo de escribir esta editorial, el ejército ruso marcha sobre Ucrania. Y esto nos hace abandonar, como materias prioritarias de atención, tanto la reforma laboral, como la de las pensiones o la relativa al empleo público. Y es que todo queda en un segundo orden.[1] Nuestro centro de atención se desplaza, necesariamente, hacia la invasión militar.

Si queremos enumerar las razones que nos llevan a dicha consecuencia, debemos situar, en primer lugar —y por orden de relevancia— el riesgo de vidas humanas que se produce en cualquier conflicto bélico, lo que constituye el elemento primordial en nuestra escala de valores.

En segundo lugar, ha de aceptarse que la decisión de los —o del— dirigente (s) ruso (s), supone abandonar toda esperanza de entender que el Derecho es, o constituye, nuestra guía de actuación en todas las esferas. En aquella conducta se aprecia, de forma clara, que se han rebasado todos los límites y que se ha ignorado el ordenamiento jurídico internacional. Ello no supone, no obstante, opinar sobre una materia —Derecho Internacional Público— en la que no me atrevería pronunciarme. Pero que sí me permite afirmar, eso sí, que la intervención rusa escapa de cualquier cobertura jurídica.

En tercer lugar, hemos de asimilar que, como cualquier situación de inestabilidad, provoca una repercusión en los mercados, en la economía mundial y, en consecuencia, en el empleo. Si ya era grave haber pasado —y seguir

1 Vila Tierno, F., "Tiempo de reformas ¿o no?", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, págs. 14-17, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi2.12441.



haciéndolo— por una pandemia,[2] más aún lo es, enlazar con una crisis de la gravedad que se vislumbra —y aunque no tuviera continuidad, ya es realmente preocupante por la inseguridad que introduce—.

A partir de este momento, las relaciones comerciales, políticas, económicas, entre Estados, ha quedado deteriorada de tal modo que, en la medida que se prometen sanciones y represalias mutuas, ponen en jaque el suministro de energía, el comercio internacional (importaciones y exportaciones), el turismo o, en síntesis, la propia supervivencia de la economía de mercado —muy afectada por la crisis financiera y por la sanitaria—. Si unimos este panorama a un contexto de incremento extraordinario de la inflación —especialmente en los productos relacionados con la energía—, la lenta evolución o recuperación del crecimiento o la ralentización en la creación de empleo, las perspectivas no son halagüeñas.

En este escenario, desgraciadamente, aunque nos encontremos ante la mayor apuesta política de Europa por su supervivencia —con la puesta en marcha del Programa Next Generation— y con unos compromisos específicos de España en el marco de su programa de recuperación y reisilencia (compromisos 23 y 30, particularmente), todo el éxito de aquellos, de pone en juego o en entredicho al condicionarse, a partir de este momento, a nuestra capacidad, una vez más, de superar una crisis cuya dimensión se desconoce en este instante.

Lo cierto es que el empleo, como hemos dicho, puede quedar seriamente afectado. Nuestra dependencia energética de terceros —a nivel europeo—, entre otros, del gigante ruso; el posible apoyo de China a sus pretensiones y su repercusión en el comercio y la contracción del mercado de importación y exportación; la pérdida del significativo mercado turístico ruso; la posible intención imperialista de aquel país hacia el Este de nuestro continente o; en fin, la generalización del conflicto a nivel mundial, puede suponer que, en una economía globalizada, las empresas se vean afectadas en cadena, lo que puede traer consigo, una destrucción masiva de empleo... ¿o no?

Ahora, más que nunca, debemos reflexionar sobre el peligro que, en otro orden, —estrictamente económico y social—, hemos padecido. Y me refiero, de manera concreta, al "disputado voto del Sr. Casero". Ya lo adelantamos, de manera reiterada, en una posición constante que venimos defendiendo y que planteamos en forma de pareado: una reforma que ha sido pactada, debe ser respetada.

Si antes lo teníamos claro, ahora más.

Debemos pensar que, en una actitud constructiva, y no rompedora, se abandonó el discurso de "derogaremos la reforma laboral de 2012", para pasar a posiciones más cercanas a Europa, en las que el Diálogo Social —con cesiones y el aval de ambas partes (patronal con el visto bueno de la responsable de la anterior reforma y sindicatos que ponen el acento en aquellos puntos que era necesario cambiar)— es el eje esencial sobre el que se hace girar toda la reforma. Se logra así un equilibrio entre lo anterior y lo novedoso; entre las modificaciones exigidas por Europa y los cambios requeridos

2 Monereo Pérez, J.L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, págs. 16-83, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi1.10403.



por las organizaciones sindicales; entre la conservación de algunos elementos de flexibilidad y la eliminación de otros muy significativos.[3]

Todo, sin duda, puede ser mejorable, pero todo, sin duda, es más positivo que una ruptura, una falta de acuerdo, una pésima imagen ante nuestros vecinos y la pérdida de los fondos europeos. Unos fondos sin los que, realmente, estábamos condenados al desastre económico y a la destrucción de empleo.

Y es, desde aquí, desde dónde hilamos las dos variables: reforma laboral y crisis bélica mundial. Precisamente porque si la reforma presume de algo, es de haber sabido incorporar la experiencia de lo vivido durante la pandemia, en la que, entre otras medidas, la herramienta de los ERTEs, en su configuración de emergencia, ha supuesto —con sus defectos y virtudes de una regulación en tiempo récord—, un salvavidas para los empleos y las empresas.[4] Y, si lo hicieron antes, ¿por qué no lo pueden hacer ahora? A los ERTEs por impedimento o limitación, se les añade ahora el mecanismo RED que se ha diseñado para situaciones extraordinariamente complejas. La diferencia entre antes y ahora es que anteriormente no contábamos con estos instrumentos, mientras que actualmente sí. A la par que con un nuevo marco de contratación que puede ofrecernos —ya veremos si para bien o para mal— unas nuevas posibilidades.

El peligro al que nos referíamos era, sin duda, a la surrealista historia de la aprobación de la norma de reforma laboral, sometida, no al bien común -avalado por sus propios protagonistas y bendecida por Europa-, sino por intereses estrictamente políticos, partidistas y localistas que ha sometido a nuestro país a un riesgo totalmente gratuito.

Hoy, que es tiempo necesitado de héroes, no los busquemos en la supervivencia de Ucrania, que es nuestro mayor deseo, sino, en un ámbito mucho más cercano. En aquel que se vincula con la garantía de una pervivencia económica y de nuestro Estado de Bienestar. ¿Será, entonces nuestro héroe el Sr. Casero? Quizás no lleguemos a ser realmente conscientes de lo que puede que tengamos que agradecer un error…

¿O no fue tal?

Salvemos Ucrania, porque salvar este país, es salvarnos nosotros.

Málaga, a 24 de febrero de 2022.

---

3 Es interesante, en este punto, la supresión de la regulación específica del despido colectivo en el sector público, lo que ha introducido dudas sobre la aplicación de estas extinciones en este ámbito, pero nosotros nos inclinamos por entender que lo que ha querido el legislador es huir de lo que en su momento se introduce como consecuencia de la políticas de austeridad. En este sentido, se elimina la redacción sobre la insuficiencia presupuestaria, evitando trasladar los problemas económicos de la Administración en riesgos asumibles por los trabajadores en el marco de las políticas de ahorro de costes y garantía de la sostenibilidad.

4 Cavas Martínez, F., "Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, págs. 103-145, https://doi.org/10.24310/rejlss.vi1.10414



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre - abril 2022 - núm 4 ISSN-e: 2660-437X



INCLUSIÓN SOCIAL, DIVISIÓN DEL TRABAJO Y SISTEMA DEMOCRÁTICO: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim

SOCIAL INCLUSION, DIVISION OF LABOR AND DEMOCRATIC SYSTEM: A Reflection on Durkheim's Social Theory

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum
jmonereo@ugr.es ORCID ID 0000-0002-0230-6615
Recepción de trabajo: 04-01-2022 - Aceptación: 04-03-2022
Páginas: 20-73

■1. VIDA Y PENSAMIENTO: EMILE DURKHEIM, UN INTELECTUAL COMPROMETIDO. ■2. SENTIDO Y ALCANCE DE "LO SOCIAL". ■3. CONCEPCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL. ■4. BIBLIOGRAFÍA SOBRE EMILE DURKHEIM Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN)

RESUMEN

Emile Durkheim es uno de los padres fundadores de la sociología científica. Pero es también es uno de los grandes inspiradores y constructores de la idea de "solidaridad Social". Para él, en su individualismo moral el individuo no está aislado sino inserto en el entramado social y en la división del trabajo social que influyen decisivamente en su comportamiento. En sociedades pluralistas (también en lo social) el individualismo moral produce inclusión social. Esto es, su individualismo moral nace en contraposición al individualismo liberal tradicional (que se corresponde con una primera modernidad y una democracia restringida y excluyente) que había fracasado como ideología y práctica de orden e integración social. Su individualismo moral es, por el contrario, "social", esto es, vinculado al proceso de socialización que conforma las conciencias individuales. Por el contrario, el individualismo liberal tradicional produce una suerte de individualización negativa, que en sí contribuye a generar y perpetuar la exclusión social. En particular, la cuestión social sería un exponente *colectivo* de la falta de cohesión social y la ruptura de los mecanismos de integración que favorecen la "solidaridad orgánica" y la inclusión social en el marco de la división del trabajo social.

PALABRAS CLAVE: teoría sociológica, normas, representaciones, división del trabajo social, solidaridad social, inclusión social, cohesión social, exclusión social, organizaciones de intereses, corporaciones profesionales.

ABSTRACT

Durkheim is one of the founding fathers of scientific sociology. But he is also one of the great inspirers and builders of the idea of "social solidarity". For him, in his moral individualism, the individual is not isolated but inserted in the social fabric and in the social division of labor that decisively influence his behavior. In pluralistic societies (also socially) moral individualism produces social inclusion. That is, its moral individualism is born in opposition to traditional liberal individualism (which corresponds to an early modernity and a restricted and exclusive democracy) that had failed as an ideology and practice of social order and integration. His moral individualism is, on the contrary, "social", that is, linked to the process of socialization that shapes individual consciences. On the contrary, traditional liberal individualism produces a kind of negative individualization, which in itself contributes to generating and perpetuating social exclusion. In particular, the social question would be a collective exponent of the lack of social cohesion and the breakdown of integration mechanisms that favor "organic solidarity" and social inclusion within the framework of the social division of labor.

KEYWORDS: sociological theory, norms, representations, division of social labor, social solidarity, social inclusion, social cohesion, social exclusion, interest organizations, professional corporations.

"Es muy diferente la solidaridad que produce la división del trabajo. Mientras que el tipo anterior implica que los individuos se parezcan los unos a los otros, este último presume que difieren. El primero es posible sólo en tanto la invidualidad personal se ve absorbida en la personalidad colectiva. El último es posible sólo si cada uno tiene una esfera de acción peculiar para él, es decir, si posee una personalidad. Entonces, es necesario que la conscience collective deje abierta una parte de la conciencia individual para que esas funciones especiales puedan establecerse allí, funciones que ella no puede regular. Cuanto más extensa sea esta región, más fuerte es la cohesión que resulta de esta solidaridad ["orgánica"]"

Emile Durkheim[1]

1. VIDA Y PENSAMIENTO: EMILE DURKHEIM, UN INTELECTUAL COMPROMETIDO

Emile Durkheim es el padre de la sociología francesa y, en gran medida, el fundador de la sociología *científica*.[2] Pero es uno de los grandes inspiradores y constructores de la idea de la "solidaridad Social". Es el artífice principal de la institucionalización de la sociología en la Universidad francesa, y por extensión en la demás. Se ha advertido que Durkheim es "el gran maestro de la sociología francesa, al transformar profundamente las concepciones de Comte (1798-1856) y al rechazar al mismo tiempo con gran vigor toda tendencia de la nueva ciencia hacia el naturalismo, ha contribuido vigorosamente a que la sociología jurídica encuentre un importante papel en el seno de la sociología. Ha profundizado la tesis sobre la *especificidad de lo social* no admitiendo la explicación de los fenómenos sociales que se producen en "el todo", sino por los caracteres específicos "del todo" y remitiendo, a un futuro muy alejado, la investigación de las leyes generales del desarrollo de la sociedad.[3] Se trata

1 Durkheim, E., "Formas de la solidaridad social", en *Escritos Selectos,* Introducción y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim" (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. 124-125.

2 Para una visión más completa y detallada de su biografía, debe consultarse la excelente y completa obra de Lukes, S., *Emile Durkheim. Su vida y su obra",* Madrid, Sigllo XXI-CSIC, 1984 (Sin duda su biografía más completa, aunque pueda ser discutible alguna opinión sobre el pensamiento de nuestro autor); Duvignaud, J., *Durkheim, sa vie, son oeuvre,* París, PUF, 1965; Aron, R., *Las etapas del pensamiento sociológico",* Madrid, Alianza Editorial, 2005. También Filloux, J.C., "Introduction" a la obra recopilatoria de Durkheim, E., *La science sociale et l' action,* París, PUF, 1970, pág.10; Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007. En otras obras, especialmente esta última, se contienen elementos de interés para su biografía intelectual.

3 Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: La sociología del Derecho de Gurvitch", por J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2001, págs. 13-14. Es también uno de los grandes fundadores de la sociología jurídica (*Ibid.*, págs. 74 y sigs.). Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/ El Viejo Topo, 2021, espec., págs. 11 y sigs., 125 y sigs., y 157 y sigs.

de fundar la sociología como ciencia, como disciplina científica.[4] En todo caso, el propio Durkheim reconocía a Comte como uno de sus maestros. Nace en Epinal (Vosgos), antigua provincia de Lorena (15 de abril de 1858), en el seno de una familia de rabinos. Su padre muere cuando Durkheim era joven. Realiza sus estudios secundarios en el Colegio Epinal. Finalizados los estudios secundarios, Durkheim obtiene el premio del concurso general. Marcha a París para preparar en el Liceo Louis le Grand el concurso de ingreso en la prestigiosa Escuela Normal Superior. Es un hecho determinante en su biografía intelectual, la convivencia con Jean Jaurés[5] en la pensión Jauffret. Jaurés ingresaría un año antes que Durkheim en la Escuela de la calle Ulm.

Ya desde el principio interesa destacar que Durkheim fue un hombre de su tiempo (la Tercera República francesa), que no se limitó a una labor intelectual de producción científica aislada de los problemas fundamentales de su tiempo histórico, sino que se comprometió política y socialmente. De ahí también su preocupación "científica" de elaborar una ciencia de la moral[6] y de las instituciones políticas y sociales en una sociedad de su tiempo en proceso de transición disruptiva, que era la propia de finales del siglo XIX. Se ha podido afirmar, con razón, que Durkheim no desarrollaba su actividad intelectual sólo en tranquilas bibliotecas universitarias, sino que era un pensador comprometido. Es el analista de la pérdida de la cohesión social, el modernizador de las estructuras educativas, el antimilitarista del *Affaire Dreyfus,* el patriota de la Gran Guerra, el humanista defensor de la superación de civilizatoria de los estrechos límites del nacionalismo del momento, el criticó del funcionamiento de los partidos, el reformador social que postulaba la recreación de las corporaciones profesionales, etcétera. Él no cesaría en el esfuerzo de razonar y argumentar en términos políticos y de sociología política. La lectura de su pensamiento ha estado viciada por su interpretación como un ingeniero social preocupado por la conservación del orden; y ello ha impedido valorar sus aportaciones en la fase de la modernidad crítica al tratar de comprender los problemas de cohesión social, el debilitamiento de los imaginarios dominantes de la sociedad y el malestar de la ciudadanía y clases sociales respecto de la política institucional.[7] En esta perspectiva Durkheim podría plantear de manera coherente la conexión necesaria entre las ciencias sociales y la política, interviniendo en los debates sustancialmente políticos de su época. Se trataba de establecer una sociología política que asumiera una función instrumental para la dirección política de los cambios sobre una base comprensiva de los factores y hechos sociales relevantes para ser tomados en consideración.

---

4 Observa Gurvitch que Durkheim, paradójicamente, inventó la sociología al querer fundar una moral, de lo cual surgió la pretensión de formular una ciencia positiva moral. Cfr. Gurvitch, G., *La vocation actuelle de la sociologie,* t. II, París, PUF, 1963, pág. 175.

5 Para la biografía de Jaurés, véase Auclair, M., *Jaurés,* Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974. Entre sus obras, Jaurés, J., *Discours parlamentaires,* París, E. Cornely et C., 1904; Jaurés, J., *Estudios socialista,* Madrid, Zero-Zyx, 1970; Jaurés, J., *Los orígenes del socialismo alemán* (1892), Estudio preliminar de L. Goldmann, Barcelona, Cultura Popular, 1967.

6 La evolución de su pensamiento al respecto, Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007, págs. 97 y sigs.

7 Sidicaro, R., «La política según Durkheim», Posfacio a Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 219 y sigs.

En 1879, ingresa en la Escuela Normal Superior, donde asiste a los cursos de Fustel Coulanges y de Émile Boutroux, los cuales ejercen una gran influencia en Durkheim,[8] especialmente manifiesta en la corriente del "solidarismo social" y en particular en su proyección en el "solidarismo jurídico".[9] Realiza el curso de filosofía; aprueba los exámenes de agregación y es designado profesor en Sens y Saint-Quentin (1882). Toma un año licencia para estudiar Ciencias Sociales en París, y luego en Alemania, con Wilhelm Wundt, lo que le permite asimilar críticamente el pensamiento social alemán más importante del momento.[10] De regreso de su viaje a Alemania publica en la "Revue Philosophique" tres artículos (1886-1887): *"Los estudios recientes de las Ciencias Sociales"*, *"La Ciencia Positiva de la Moral en Alemania"*,[11] *"La Filosofía en las Universidades Alemanas"*. Por decreto del

8 Véase, al respecto, Lukes, S., *Emile Durkheim. Su vida y su obra"*, Madrid, Sigllo XXI-CSIC, 1984, págs. 59 a 65, y 57 y sigs., *passim*; y el completo estudio de revisión y actualización de Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007.

9 Un exponente muy significativo, de lo que vendría después como muchos autores, es la obra *sistematizadora* de Duprat, G.L., *La solidaridad social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias*, con Prefacio de G. Richard, trad. F. Peyró Carrio, Madrid, Daniel Jorro, 1913. El propio Duprat reconoce la influencia y maestría de Durkheim, Espinas, Gastón Richard, sin olvidar a Adolfo Coste y Tarde (*Ibid.*, pág. XIII). La concepción de Durprat de la solidaridad reside en que es la condición de la existencia y del conocimiento científico de los fenómenos sociales. Recogiendo el pensamiento de León Bourgeois, observa que, en realidad, la solidaridad social supone, aparte de la mutua dependencia de todos los seres que constituyen una colectividad organizada, una dedicación de cada uno a la causa común, dedicaci´n que no tiene que ser "pagada" por los individuos aisladamente. Para que sea váido el "cuasi-contrato social", es preciso que desaparezca una causa de desigualdad que viene de los hombres (de su ignorancia, de su barbarie, de su violencia, de su ansia de lucro; en suma, de una larga serie de circunstancias sociales no determinadas por la idea de justicia, y para las cuales no se habría obtenido el consentimiento de todos). Ello tiene una repercusión en todos los ámbitos incluidos el de la economía social. La solidaridad social, *si ha de ser moral*, debe hacer de todos los seres racionales cooperadores libres en todas las esferas de la actividad humana. Por otra parte, la educación es indispensable en una sociedad organizada sobre la base del principio de la solidaridad social. Es la educación de la solidaridad social: Es importante ver porque la solidaridad social no resulte beneficiosa a los fines sociales. En este sentido, el Estado, producto de la solidaridad social, debe intervenir en todo momento para proteger al individuo contra fuerzas colectivas siempre inclinadas a imponer su dominación. El Estado representa ese papel de libertador y para es estrictamente indispensable una educación de los seres solidarios, como tales. Se debe pedir ala conciencia de cada individuo que se eleve a la esfera de lo que podría llamarse conciencia común o conciencia social. A propósito del Derecho penal y de la solidaridad organizada, señala con Durkheim, que el número de suicidios crece a medida que disminuye la coacción social, la presión de las costumbres y de la conciencia común sobre la conciencia individual. Pero también las situacioens anómicas vinculadas a factores eminentemente de carácter social y económico, como las situaciones de desigualdad y precariedad de la existencia individual y familiar.

10 Véase Lukes, S., *Emile Durkheim. Su vida y su obra*, cit., págs. 86 y sigs. También Giddens, A., *El capitalismo y la moderna teoría social*, Barcelona, Labor, 1977, págs. 129 a 135.

11 En su primera etapa, se ocupa de modo destacado de la doctrina científica alemana. Así queda acreditado en sus ensayos sobre Schaeffle, A., "Bau und Leben des sozialen Körpers: Erster Band" XIX, págs. 84 a 101 (Reseña de la obra); "Les études de science sociale", en *RP*, XXII, 1886 (que entre otras obras incluye la reseña a Schaeffle, A., *Die Quintessenz des Sozialismus*), págs. 61 a 80; "La science positive de la morale en Allemagne", en *RP*, XXIV, 1887, págs. 33 a 58, 113 a 142 y 275 a 284, donde se estudia el pensamiento de Wagner, Schmoller, Schaeffle, Ihering, Wund y Post.; "La philosophie dans les universités allemandes", en *Revue Internationale de l' Enseignement*, XIII, págs. 313 a 318 y 423 a 440;"Le programme économique de M.Schaeffle", en *Revue d' économie politique*, XI, págs. 3 a 8; TÖNNIES, F., *Gemeinschaft und Gesellaschaft*, en *RP*, XXVII, págs. 416 a 422 (Reseña de la obra). La mayor parte de estos textos han sido reeditados posteriormente, señaladamente, *Testes*, 3 volúmenes, París, Minuit, 1975; *La science sociale et l' action*, Presentación de Jean-Claude Filloux, París, Presses Universitaires de France, 1970 (reedición de 1987). Pero quizás donde esa influencia es particularmente patente y penetrante es en su tesis doctoral, *De la división du travail social: étude su l' organisation des sociétes superieures*, París, Alcan, 1893 (Traducción castellana, *La división del trabajo social*, traducción de Carlos González Posada, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1928, reeditada en Madrid, Editorial Akal, 1982, con sucesivas ediciones; y *De la división del trabajo social*, Buenos Aires, Schapire, 2ª ed., 1967.

Ministro Spuller, se le designa profesor de Pedagogía y Ciencias Sociales de la Facultad de Letras de la Universidad de Burdeos. Este curso es el primero de Sociología creado en las universidades francesas. Son colegas de Durkheim en Burdeos los profesores Hamelin y Rodier, y tiene como alumnos Charles Lalo y Léon Duguit. Publica en la Revue Philosophique un artículo titulado *"Suicidio y Natalidad"* (1888). En el año 1891, Durkheim dictará un curso para los candidatos a la Licenciatura de Filosofía, con el fin de estudiar con ellos a los grandes precursores de la sociología (Aristóteles, Montesquieu, Comte, etcétera). A partir de 1893, comienza a realizar su producción científica más relevante, especialmente defenderá su tesis doctoral sobre *"De la División del Trabajo Social"*[12], acompañada de una de una tesis latina titulada *"La contribución de Montesquieu a la constitución de las Ciencias Sociales"* (1892), y de la influyente obra *"Las Reglas del Método Sociológico*" (1895); ésta es una obra esencial y constituyente en todo el campo de las ciencias humanas. Su curso de Sociología se transforma en Cátedra Magistral (1896). La fundación de *L´Année Sociologique* ("*El Año Sociológico*") tenía todo un programa de instauración de la sociología como disciplina científica.[13] Los primeros estudios de Durkheim publicados en ese órgano se titulan *"La prohibición del incesto y sus orígenes" y "La definición de los fenómenos religiosos"*. En 1897 publicará su otro libro clásico, *"El suicidio"*. Sus centros de interés se hacen cada vez más amplios, en tal sentido publica un ensayo "Sobre el totemismo" en *"L'Année sociologique"*. También manifiesta su compromiso intelectual, como militante de la corriente laica, y, profundamente conmovido por el "affaire Dreyfus" y su defensa de los derechos humanos,[14] se preocupa técnicamente cada vez más del problema religioso (1900). Es designado suplente de la Cátedra de Pedagogía de la Soborna (1902). En 1902 será titular de la Cátedra de Pedagogía de la Facultad de Letras de París; allí enseñará Sociología y Pedagogía. Presentará una Comunicación a la Sociedad Francesa de Filosofía, titulada "La determinación del hecho moral" (1906). Continuaría sus cursos, siendo de significar el Curso en el Colegio de Francia sobre "Las Grandes Doctrinas Pedagógicas en Francia después del siglo XVIII" (1909). El defendía una pedagogía práctica orientada a imbuir el espíritu de socialización de las jóvenes generaciones. Considera que la pedogogía puede ser objeto de una ciencia. Piensa que la educación es "esencialmente cosa de autoridad" moral en la que el educador ejerce su magnetismo. Una educación que prepara para la vida en sociedad conteniendo las tendencias egoístas; y para ello no es necesario oponer la libertad a la autoridad, pues la libertad es hija de la autoridad bien entendida como sentido de la responsabilidad en la propia vida y al servicio de la sociedad.[15]

---

12 Su gestación e influencias de partida en la preocupación por el vinculo social en las relaciones individuo y sociedad, en Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007, págs. 161 y sigs.

13 Véase el ilustrativo "Prefacio" al volumen primero de *El Año Sociológico* (1896-1897), y el "Prefacio" al volumen segundo de *El Año Sociológico* (1897-1898), en Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico*, cit., pág. 215 y sigs., y 234 y sigs., respectivamente.

14 Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007, págs. 365 y sigs.

15 Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007, págs. 747 y sigs.

En plena madurez intelectual publicaría la que puede considerarse como una de sus obras más importantes, *"Las Formas Elementales de la Vida Religiosa"* (1912),[16] en la cual refleja la centralidad del hecho religioso y sus representaciones en la conformación de todos los tipos de sociedad. En el año 1913 se da un paso significativo a la institucionalización de la sociología como disciplina académica: su Cátedra adopta el título de "Cátedra de Sociología de la Soborna". En el mismo año presenta una Comunicación a la Sociedad Francesa de Filosofía, "El problema religioso y la dualidad de la naturaleza humana". Los tres últimos años de su vida están marcados por la amargura provocada por un acontecimiento trágico. En efecto, en 1915 se produce un acontecimiento dramático determinante en la vida de Durkheim, pues pierde a su único hijo, muerto en el frente de Salónica durante la Primera Guerra Mundial.[17] Este hecho reforzó su pensamiento pacifista y acentúa en él una decidida defensa de soluciones orgánicas (que no deben confundirse con el organicismo que él siempre rechazó, dejando constancia de la que sociedad no es un organismo) y conciliadoras para resolver los problemas sociales y políticos. En tal sentido es significativa la publicación varios textos inspirados por las circunstancias de la llamada "Gran Guerra"*: "L´Allemagne au-dessus de tout". La mentalité allemande et la guerre; Qui a voulu la guerre?; Les origines de la guerre d´après les documents deplomatiques.* No cabe duda de que este hecho trágico minó la salud de nuestro autor, produciéndose su fallecimiento en París, el 15 de noviembre de 1917. A pesar de todo, de una vida truncada, Durkheim dejaría una obra inédita inmensa y de gran calidad, un legado científico que poco a poco se iría publicando. Estas publicaciones póstumas,[18] son fundamentales para conocer de modo integral, y mucho más matizado, su pensamiento sobre amplias cuestiones científicas, mostrando, además, que Durkheim no fue nunca un intelectual contemplativo, sino fuerte y conscientemente comprometido con las exigencias del tiempo histórico en que le tocó vivir. El estuvo influido por dos acontecimientos que marcaron el último tercio del siglo XIX: la Revolución Industrial y la Revolución Francesa, y sus efectos

16 Hay que tener en cuenta desde ahora cómo se aproximaba Durkheim a los fenómenos del pasado. Pensaba que "para tener alguna probabilidad de éxito al decir lo que será, lo que debe ser la sociedad del día de mañana, es indispensable haber estudiado las formas sociales del pasado más remoto. Para comprender el presente hay que salir de él". Cfr. "Prefacio" al volumen segundo de *El Año Sociológico (1897-1898),* en Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico,* trad. Santiago González Noriega, Madrid, Ediciones Altaya, 1997, pág. 239.

17 Se ha afirmado, expresivamente, que "Durkheim muere de no existir ya por su hijo; la muerte del hijo, escribe todavía G. Davy con una intuición penetrante, ha podido más que la vida del padre". Cfr. Lacroix, B., *Durkheim y lo político (1981),* México D.F., Fundo de Cultura Económica (FCE), 1984, págs. 170-171. Aunque inmediatamente realiza una reflexión más discutible: "No se explicaría este fin, este suicidio disfrazado, si se olvidara que Durkheim, como Dostoievski, vive la muerte de hijo como el casto merecido por haber querido la muerte de su padre. Castigo implacable, en su caso, ya que es pena capital" (*Ibid.*, pág. 171).

18 La recopilación más importante es la contenida en Durkheim, E., *Textes,* 3 volúmenes, Presentación de Victor Karady, París, Les Éditions de Minuit, 1975, donde se recopilan y sistematizan artículos, reseñas, notas y cartas de Durkheim, a cargo de Vitor Karady: 1º. *Éléments d'une théorie sociale,* 2. *Religion, morale, anomie,* y 3. *Fonctions sociales et institutions.* Inéditos especialmente relevantes son, *Le socialisme,* París, Alcan, 1928 (Curso de sociología de 1895-1896); *Education et socioligie,* París, Alcan, 1922 (recopitalización de ensayos); *Sociologie et Philosophie,* París, Alcan, 1922 (Idem), *L'evolution pédagogique en France,* París, Alcan, 1938; *Leçons de sociologie: physique des moeurs et du droit,* París, 1950 (curso de sociología 1890, 1896, 1897, 1898, 1899, 1902, 1903, 1908 y 1909); *Montesquieu et Rousseau, précurseurs de la sociologie,* París, 1953 (Idem); *Pragmatisme et sociologie,* París, Vrin, 1955 (cruso de sociología de 1913-1914); *Journal Sociologique,* París, Presses Universitaires de France, 1969 (recoge ensayos publicaso en *L' année sociologique* 1898-1913); *La science sociale et l'action,* París, Presses Univesitaires de France, 1970 (recopitación de ensayos), etcétera.

de fractura del sistema social (el "problema social") con la consolidación del capitalismo sin reglas. Con todo, su labor no es poca, ya que consolidó la sociología como disciplina científica universitaria y su teoría de la solidaridad orgánica aportó elementos para la integración social y especialmente para el tratamiento de los conflictos sociales derivados del proceso de modernización e industrialización.

Emile Durkheim no solo sería uno de los grandes fundadores de la sociología, sino también un pensador *creador de escuela*, secundado por su talento para construir mecanismos de cooperación. La escuela Durkheimiana es la escuela por excelencia de Francia, y una de las más importantes y fructíferas del mundo. Una de las bases de esta influencia fue la creación del *"L' Année sociologique"* (1898)[19] y su decidido compromiso con la enseñanza y la actividad científica. En torno a dicha revista científica reunió a un conjunto impresionante de sociólogos, juristas, lingüistas, historiadores, etnólogos, etcétera, muchos de ellos discípulos directos o muy influenciados por sus ideas (v.gr., Marcel Mauss, Lucien y Henri Lévy-Bruhl, Célestin Bouglé, Maurice Halbwachs —que sería asesinado por el nazismo—, Georges Dhabi, Marc Bloch, Enmanuel Lévy, Robert Herts),[20] aparte de la gran proyección e influencia en otros muchos países, lo cual destacaría amplia y significativamente Talcott Parsons y Bernard Barber. En cierto sentido se puede considerar que Durkheim ha sido el pensador que aportó una dimensión "estructural-funcionalista" —y en gran medida crítica— a la sociología[21], aunque su pensamiento no puede sin más resolverse, a riesgo de simplificación, en la dirección estructural-funcionalista; su pensamiento es más complejo y singular. La influencia del pensamiento de Durkheim ha sido extraordinaria por sus grandes aportaciones y por haber sabido percibir el espíritu de su tiempo y acaso intuir cómo deberían abordarse los "males de su tiempo" aportando vías de socialización e integración de una sociedad disgregada y fractura por la existencia de desigualdades de clase y de oportunidades vitales entre los individuos (una sociedad industrial con fuerte elementos de anomia en la división del trabajo social). De este modo Dukheim ha sido una de los padres fundadores de la sociología, junto con Karl Marx y Max Weber.[22]

2. SENTIDO Y ALCANCE DE "LO SOCIAL"

Es preciso decir que Durkheim asumió, en lo principal, una concepción organicista positiva. Se inspiró en la biología, pero metafóricamente para poner de manifiesto la unidad de la sociedad y su estructuración con arreglo a las funciones desempeñadas por cada órgano social. Durkheim afirmó

19 Sobre la importancia de esta revista, y su vinculación a un programa masivo de colaboración basado en una división intelectual del trabajo, véase Lukes, S., *Émile Durkheim. Su vida y su obra (1ª edición en inglés 1973)*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1984, págs. 288 y sigs.

20 Véase Bouglé, C., *Bilan de la sociologie contemporaine*, París, Alcan, 1935.

21 Merton, R.K., *Teoría y estructura social*, México, 1964, pág.31; PARSONS, T., *La estructura de la acción social*, t. I, Madrid, Guadarrama, 1968, págs. 383 a 555, y 568 a 578, donde realiza un excelente estudio sobre el pensamiento d Durkheim, pero acentuando su componente estructural-funcionalista.

22 Véase, en perspectiva de conjunto, Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007, págs. 913 y sigs.

la especificidad de lo social, sin reducirlo a otras dimensiones de la vida social. Para Durkheim las "cosas" (cuestiones) sociales son objeto de ciencia.[23] Entiende que los hechos sociales deben ser tratados como "cosas", es decir, como toda realidad capaz de ser observada desde fuera y captar su naturaleza y comprenderla en su significado interno. Lo cual permitiría estudiar los hechos sociales de modo empírico y no estrictamente filosófico. De ahí el nacimiento del objetivismo en sociología. Los hechos sociales son, pues, hechos *sui generis*. Idea que se prolongaría después especialmente a través del propio autor.[24] Su sociología, impregnada de positivismo sociológico,[25] se basaba en un

23 Uno de los méritos que vio en el pensamiento de Montesquieu fue precisamente esa aportación a la sociología. Véase. Durkheim, E., *Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología,* Edición preliminar de Helena Béjar, Madrid, Tecnos, 2000.

24 Durkheim defendió su concepción ante sus críticos, observando que "la proposición según la cual los hechos sociales deben ser tratados como cosas —proposición que está en la base misma de nuestro método— es una de las que han provocado más críticas. Ha parecido paradójico y escandaloso que asimilemos las realidades del mundo social a las del mundo exterior. Eso supondría una singular equivocación acerca del sentido y alcance de esta asimilación cuyo objeto no es rebajar las formas superiores del ser equiparándolas a las formas inferiores sino, por el contrario, reivindicar para las primeras un grado de realidad al menos idéntico a aquel que todo el mundo reconoce a las segundas. *No decimos que los hechos sociales son cosas materiales, sino que son cosas con el mismo derecho que las cosas materiales, aunque de otro modo...* Es cosa todo objeto de conocimiento que no es naturalmente compenetrable por la inteligenci, todo aquello de lo que no podemos hacernos una noción adecuada por un mero procedimiento de análisis mental, todo aquello que el espíritu no puede llegar a comprender más que a condición de salir de sí mismo, por medio de observaciones y experimentos, pasando progresivamente de los caracteres más exteriores e inmediatamente accesibles a los menos visibles y más profundos...", "Prefacio a la segunda edición" de su obra Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico,* Barcelona, Ediciones Altaya, 1997, pág. 37. Por su parte, en su libro *Lecciones de Sociología,* entiende que "la física de las costumbres y del derecho tiene por objeto el estudio de los hechos morales y jurídico. Estos hechos consisten en reglas de conducta sancionada"; y observa que "el problema que se presenta a la ciencia es buscar cómo estas reglas se han constituido históricamente, es decir, cuáles son las causas que has han suscitado y los fines útiles que llenan, y asimismo la manera en que funcionan en la sociedad, es decir, cómo son aplicadas por los individuos (*Lecciones de sociología. Físicas de las costumbres y Derecho,* trad. Estela Canto, y Est.prel., "Cuestión social y reforma moral" (pp. VII-.LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, pág.39).

25 El criterio positivista de objetividad científica se traducía en la existencia material del objeto. Para él una disciplina sólo merece el nombre de ciencia si tiene un objeto determinado para su explotación. La ciencia, efectivamente, se ocupa de cosas, de realidades; si no poseee un "dato" que describir e interpretar, reposa en el vacío; y se interrogaba, ¿Acaso la ciencia social no tiene por objeto cosas sociales, es decir, leyes costumbres, religiosas, etc.? Véase Durkheim, E., *Montesquieu et Rousseau,* París, Mrivière et Cie., 1953, págs. 29-30 (Esta fue su "Tesis latina"). Por ello acometió la búsqueda de un tipo de hechos sociales autónomos en relación al sujeto de la ciencia social (He aquí su posición "realista", que hace residenciar la sociología como ciencia positiva en los hechos, y no en los fines). Quiere encontrar, así, la objetividad, como sociólogo que es del "consenso" a partir del reconocimiento preexistente del conflicto. La sociología es una ciencia objetiva de la sociedad. Rechazaría el criterio de explicar las leyes sociales desde la perspectiva finalista. La sociedad no se atiene a leyes permanentes en el ámbito de un programa de desarrollo o evolución orientado hacia el progreso. La sociedad es la causa de la evolución social. Véase Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico,* Buenos Aires, Dédalo, 1964, págs. 46 y sigs. En esta obra expresa su concepción sociológico positivista, afirmando la objetividad del conocimiento científico y su desapego al finalismo en la sociología científica. Al final, Durkheim abrirá el camino a los métodos funcionalistas, pues acepta una idea de función privada de orientación finalista o teleológica. Entiende que la *función crea al órgano,* de manera que, se comprende, las estructuras sociales e institucionales son configuradas como *funciones cristalizadas.* Lo afirma expresamente: "Es, sobre todo, a propósito de las sociedades, que es verdadero decir que la estructura supone la función y procede de ella. Las instituciones no se establecen por decreto, sino que resultan de la vida social y se limitan a traducirla más allá de sus símbolos expresos. La estructura es la función consolidada, la acción que se ha hecho hábito y que se ha cristalizado. Por lo tanto, si queremos ver las cosas de otra forma que bajo su aspecto más superficial, si deseamos captarlas desde sus raíces, será preciso dedicarnos al estudio de las funciones". Cfr. Durkheim, E., "Cours de Science Sociale", en *La Science et l' action,* París, PUF, 1970, pág. 105.
Sobre la metodología del positivismo sociológico de Emile Durkheim, véase la exposición (interesante e interesada) de PARSONS, T., *La estructura de la acción social,* vol. 1, Cap. IX de la segunda parte, cit., págs. 431 y sigs.

principio fundamental: la realidad objetiva de los hechos sociales ("faits sociaux").[26] Ese objeto a ella solo le pertenece como realidad propia y no obtenida de otras ciencias.[27] El hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior.[28] Es un estado del grupo que se repite en los individuos porque se les impone. Se puede decir que desde sus inicios Durkheim explicitó su pretensión reformadora en los modos de concepción y captación de "lo social", pero también en lo que concierne a la reforma de la moderna sociedad industrial, cuyos cimientos se estaban haciendo añicos. Lo hizo así desde la que fuera su Tesis Doctoral, *"La división del trabajo social"* (1893),[29] que es donde más se percibe la influencia de Auguste Comte (por lo demás de algún modo siempre presente en su obra, aunque no puede aceptarse la simplificación que supone entenderlo como un simple heredero espiritual de Comte, como lo hace Parsons,[30] porque sobre él ejercieron influencia pensadores muy variados, como Saint-Simon, Rousseau, Kant, Spen-

26 Hay que tener cuenta que en la sociología actual esta visión objetivista de la realidad social (básicamente, entender que el actor percibe el mundo social como una realidad externa y objetiva con la que tiene que contar para cualquier proyecto) está bastante contestada. El punto de vista común acepta acríticamente y da por supuesto este hecho, porque tal es el modo espontáneo de percibir "lo social". Se tiende a pensar que este objetivismo es infundado (aunque armonizaba perfectamente con el naturalismo positivista y se hallaba así de acuerdo con las tendencias dominantes de la filosofía de las ciencias y de la metodología; sólo la tajante separación entre el observador y lo observado garantizaba el modelo de la ciencia natural. El objetivismo conduce al "profetismo" y acaba por reconducir el desarrollo histórico a dialéctica interna de la propia naturaleza (y su orden natural imparable). En nuestros días se tiende a pensar que el orden sólo existe en la medida en que es creído y, por lo tanto, creado por los propios actores que así lo perciben. Se tiende a pasar así desde la acrítica aceptación de la facticidad social a su total rechazo. La sociología no se basaría ya en el hecho social; siendo su objeto de investigación el cómo y el porqué los actores construyen diariamente la realidad social fáctica por los procedimientos y modos que utilizan para dar cuenta, relatar, interpretar y dar sentido a la misma realidad social. Si la facticidad existe es porque los actores creen en ella y la construyen. Se supera el viejo positivismo naturalista. Permite, por lo demás, allanar el camino para cuestionar los mecanismos sociales mediante los cuales la facticidad social es generada. Véase, Lamo de Espinosa, E., *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico,* Madrid, CIS, 1990, págs. 38 y sigs. Interesa anotar, por otra parte, que según Durkheim "la naturaleza no es para el hombre únicamente el escenario inmediato de su actividad; es además inseparable de él; porque hunde en ella sus raíces. La especie humana es sólo una más de las especies animales y resulta imposible entender nada de la primera si la aislamos del conjunto de la evolución zoológica... sólo podremos tener una idea, verdadera o falsa, de la naturaleza del hombre si le situamos en relación al resto de la animalidad. Por otro lado, aunque sea la conciencia lo más eminente que tenemos, ésta no existe si un sustrato orgánico del que depende, y los alumnos tienen que poder darse cuenta de esta dependencia. Es preciso que no ignoren este organismo, del que la vida moral es tan enteramente solidaria. Pero la conciencia no está solamente en relación el medio orgánico: unos vínculos más mediatos, ciertamente, pero todavía más estrechos la unen con el medio cósmico... la forma y la estructura de las sociedades humanas, su densidad, su amplitud, la actividad del comercio que se intercambia entre ellos y, de rechazo, la intensidad de su civilización, dependen de la naturaleza y de la configuración del suelto...". Cfr. Dukrheim, E., *Historia de la educación y de las doctrinas pedagógicas. La evolución pedagógica en Francia,* trad. de Mª.L. Delgado y F. Ortega, Madrid, La Piqueta, 1982, págs. 418-419. Para la consideración de Durkheim de la pedagogía y las ciencias sociales, véase Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007, págs. 105 y sigs.

27 Sobre la noción de hecho social en Durkheim, véase Durkheim, E., *Émile Durkheim. Su vida y su obra (1ª edición en inglés de 1973),* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1984, págs. 9 y sigs.

28 Sobre su noción de hecho social, véase Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico,* Barcelona, Altaya, 1997, págs. 56 y sigs., y con planteamiento crítico, calificable de anti-durkheimiano, Monnerot, J., *Les faits sociaux ne sont pas des choses,* París, Gallimard, 1946.

29 Durkheim, E., *La división del trabajo social,* traducción de Carlos González Posada, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1928.

30 Parsons, T., *La estructura de la acción social,* vol. 1, cit., pág. 390.

cer, la doctrina alemana de finales del siglo XIX, etcétera). En él se realiza "un esfuerzo para tratar los hechos de la vida moral con arreglo a los métodos de las ciencias positivas",[31] lo cual excluye de la ciencia sociológica los juicios de valor y los criterios ideológicos. Es así que para él el objetivismo científico (inserto en la regla metodológica, de "tratar los hechos sociales como cosas"),[32] le conduciría a concebir la sociología científica como una suerte de "física social" (que va más allá de la formulación de Augusto Comte, pues para Durkheim la atención a los hechos adquiere un lugar central en su concepción de la sociología),[33] coherente con la visión del conocimiento científico desde el prisma del positivismo sociológico. Asumía un realismo social que le permitía apreciar realidades sociales existentes en la forma de relaciones objetivas con la sociedad. Esto le era útil para demostrar que existía una realidad material externa de la sociedad como ámbito objetivo al margen de la percepción individual. Para él los hechos sociales deben ser estudiados como cosas, es decir, como realidades externas al individuo (*El Suidicio*).

La división del trabajo —como fenómeno social— es rasgo característico de la vida social en una progresión que supone especializaciones y divisiones paulatinas. Es interesante recordar que para él la división del trabajo es en sí misma un factor de progreso de una sociedad basada en el trabajo (lo que hoy se ha conceptualizado como "sociedad del trabajo"[34]), aunque puede tener plasmaciones disfuncionales superables. El trabajo ha constituido la condición principal de la vida en común, la fase fundamental del vínculo social. Pretende fundar la sociología como una ciencia de la moral. La división del trabajo remite a una forma de reparto del trabajo que se enmarca en una determinada estructura de la sociedad, afectando no sólo a su dimensión técnica o económica sino también a todos los ámbitos en su conjunto. Pero hay algo más significativo: Desde una tesis sobre *"La división del trabajo social"*, *Durkheim sitúa en el centro de sus reflexiones al trabajo como elemento nuclear de la evolución humana*.[35] Por otra parte, en *"La división del trabajo"* establece una diferenciación novedosa entre dos tipos de sociedades en atención al tipo de solidaridad que en ellas se establece: las sociedades de solidaridad mecánica y las solidaridades de solidaridad orgánica.[36] En esta obra Durkheim, aunque en el marco de una interpretación de la vida

31 "Prefacio de la primera edición" del libro *La división del trabajo social,* cit., pág. 39.

32 Adolfo Posada había subrayado la relevancia de Durkheim y su escuela al establecer el principio fundamental de que "los hechos sociales deben ser tratados como cosas". Véase, Posada, A., *Principios de sociología,* Tomo I, 2ª ed., revisada y aumentada, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1929 (1ª edición, Daniel Jorro, 1908), págs. 173 y sigs. (Por entonces Posada era catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid).

33 Véase Comte, A., *La física social,* trad., Prólogo y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1981.

34 Véase CasteL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social,* Barcelona, Paidós, 1997; Offe, C., *La sociedad del trabajo,* Madrid, Alianza, 1988.

35 En este sentido sí puede advertirse un cierto paralelismo con Karl Marx, el cual convirtió al trabajo y a la división del trabajo en centro de atención preferente de sus indagaciones. Aunque Durkheim iba más allá de la división del trabajo, formulando su concepción como división social del trabajo.

36 Obsérvese que Ferdinand Tönnies (1855-1936) distinguía entre la solidaridad orgánica de lo que denominaba *Gemeinschaft (comunidad,* basada en la solidaridad natural*)* por contraposición al sistema contractual de relaciones más difuso y menos intenso al que denominó *Gesellschaft (sociedad).* Veía el desarrollo histórico como el paso progresivo de la solidaridad de la comunidad a las formas más individualizadas de la sociedad avanzada. Cfr. Tönnies, F., *Comunidad y asociación (1887),* trad. José-Francisco Ivars, revisión, edición y estudio preliminar, "La interpretación de la Modernidad en Tönnies: "Comuni-

social en cierto modo mecanicista (marcada en esta cuestión central por la idea del evolucionismo social), toma en consideración los estados mentales vinculados a las condiciones de la vida social. Para él los hechos sociales no son el simple desarrollo de los hechos psíquicos, pero los segundos no son, en gran parte, más que la prolongación de los primeros en el interior de las conciencias.[37] De este modo, el conjunto de creencias y sentimientos comunes a la media de los miembros de una misma sociedad (que para él es, ante todo, una comunidad de ideas y el más potente haz de fuerzas físicas y morales que podemos contemplar en la naturaleza[38]) forma un sistema determinado que tiene su vida propia; se le puede llamar "conciencia colectiva".[39] Ésta está condicionada

dad" y "Sociedad-Asociación" en el desarrollo histórico" (pp. XI-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Sin embargo, para Durkheim el proceso histórico sigue la senda de la solidaridad de la semejanza (solidaridad mecánica) a la solidaridad de la interdependencia (solidaridad orgánica, con marcadas diferencias funcionales en la estructura de la sociedad). La diferente es bien notoria, porque Tönnies aplicaba el calificativo de orgánico a la situación de las comunidades primitivas, mientras que Durkheim lo aplica a la situación de las sociedades avanzadas con un elevado desarrollo de la división del trabajo social. No están aquí solo las diferencias, también es harto significativo la distinta percepción si no tanto de "lo social", si de la naturaleza de la llamada en el sentir de la época crítica "la cuestión social". Véase Tönnies, F., *El desarrollo de la cuestión social,* trad. M. Reventós, Barcelona, Labor, 1927. Durkheim mantiene una posición realista: "consideramos —afirma— fructífera la idea de que la vida social debería ser explicada, no por la concepción que sus particulares tienen de ella, sino por las causas fundamentales que escapan a su conciencia; y pensamos también que estas causas deberían ser buscadas principalmente en la forma en que están agrupados los individuos asociados. Sólo bajo esta condición la historia puede convertirse en una ciencia y la Sociología, consecuentemente, existir". Cfr. Durkheim, E., "Recensión de los *Essais sur la conception materialiste de l' histoire de Antonio Labriola,* en *Revue Philosophique* núm. 44 (1897), pág. 648. Reflexiones sobre la división del trabajo y el vínculo social, con referencia a las concepciones de Durkheim, pueden encontrarse en Besnard, PH., Borlandi, M. y Vogt, P.(Coords.), *División du travail et lien social,* París, Presses Universitaires de France, 1993.

37 Como ha sido advertido, "es necesario subrayar que la totalidad de la metodología durkheimiana arranca de la convicción de que el principio de causalidad es aplicable al mundo social. Los "hechos sociales" no se producen arbitrariamente y el objetivo del sociólogo es, precisamente, superar el caos con que a primera vista se muestran tales hechos y descubrir su inteligibilidad subyacente. De esta forma, la posibilidad de la sociología descansa para él sobre la racionalidad de la historia y de la vida social. Es, ciertamente, positivista, pero lo es en el sentido de que afirma que se puede dar razón de los hechos y que es de éstos de donde hay que partir". Cfr. Rodríguez Zúñiga, L., *Para una lectura crítica de Durkheim,* Madrid, Akal, 1978, págs. 16-17.

38 Entiende, por lo demás, que la sociedad es un sistema de fuerzas actuantes, por lo que se hace posible una nueva manera de explicar al hombre en esa realidad supraindividual, pero objeto de la experiencia, que es la sociedad. Cfr. Durkheim, E., *Las formas elementales de la vida religiosa,* Edición, Introducción y Notas de Santiago González Noriega, Alianza, 2003, págs. 667-668. Por otra parte, entiende, que la historia no sólo constituye el marco natural de la vida humana; el hombre es un producto de la historia". Cfr. Durkheim, E., "Introduction à la morale", en *Revue philosophique,* vol. 89 (1920), págs. 89.

39 La idea no es nueva. Antes autores como Fouillé habían hablado de una 'conciencia colectiva', fusión de todas las conciencias individuales en una sola"; del "espíritu inconsciente de las sociedades"; de la "conciencia de las sociedades". Cfr. Fouillé, A., *La ciencia social contemporánea* (1ª edición 1880; 2ª edición 1885), traducción, Prólogo y Notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1894, págs. 208 y sigs. La nueva conciencia colectiva aparecería como una respuesta a la crisis del liberalismo individualista y la fractura social provocada por una sociedad industrial sin límites al dominio de los poderes privados empresariales y sin articulación de protecciones sociales públicas que contribuyeran a impulsar una solidaridad social más auténtica y generalizada. Pero no se trataba sólo de promover la responsabilidad social del Estado, sino que *el remedio del malestar social debería llevar a un fortalecimiento de la sociedad civil* a través, ante todo, de reforzamiento de los grupos profesionales. Ello conduciría a una sociedad civil articulada. En él estaba presente —en la estela de Tocqueville— la idea de sociedad civil como campo central de la integración e inclusión social y de la libertad pública. Para Durkheim los cuerpos y asociaciones corporativas son instrumentos de agregación de intereses y de generación de solidaridad social que deben servir también de formación de una integración y participación pública que serviría también de contrapeso al por otra parte necesario intervencionismo estatal como órgano de pensamiento social y constitución de una sociedad regulada. De ahí su defensa de de estructuras de representación funcional de intereses como estructuras complemen-

por la estructura de la sociedad, señaladamente por su "volumen" —esto es, por el número de miembros del grupo social— y por su "densidad", la cual remite al grado de intensidad de las relaciones sociales. Ambos elementos de apreciación se incrementan a medida que la división del trabajo aumenta, con la consiguiente diferenciación social. Ello configura la morfología de una determinada sociedad histórica. Según Durkheim los hechos sociales deben ser tratados como "cosas", entendiendo por tal todo objeto de conocimiento que no puede ser naturalmente comprendido por la inteligencia, y que, en consecuencia, ha de ser estudiado por vía de observación y de experimentación. En ese análisis la sociología debe abordar los hechos sociales con la misma objetividad con la que se sitúan las demás ciencias con su propio objeto.[40] La vida social está esencialmente hecha de representaciones colectivas, de manera que aquella se caracteriza por una "hiperespiritualidad". La sociedad es un cuerpo organizado donde vive el alma que constituye el conjunto de los ideales colectivos.[41] La sociedad tiene entidad propia (es una realidad *"sui generis"*, posee características propias y peculiares; es un cuerpo organizado en el que cada parte deviene solidaria con el todo[42]) y su acción sobre los hombres conforma un poder aglutinante, de conserva-

---

tarias del sistema de representación política; formas de representación funcional que se instrumentalizarían al perfeccionamiento de la democracia. Véase 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*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016.

40 Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico*, cit., pág. 201. Observa que "nuestro método es objetivo. Está completamente dominado por la idea de que los hechos sociales son cosas y deben ser tratados como tales... había que hacer de él el fundamento de toda una disciplina que tomara al científico en el momento mismo en que aborda el objeto de sus investigaciones y que le acompañase paso a paso en todas sus actividades... Hemos mostrado cómo el sociólogo debía dejar de lado las nociones previas que tenía de los hechos y cómo debía ponerse ante los hechos mismos; como debía alcanzarlos por sus caracteres más objetivos; cómo debía preguntarles a ellos mismos cuál era la manera de clasificarlos en sanos y en mórbidos; y por último, cómo debía inspirarse por el mismo principio en las explicaciones que intentaba y en el modo como probaba esas explicaciones... Si los fenómenos sociológicos no son más que sistemas de ideas objetivados, explicarlos equivale a volver a pensarlos en su orden lógico, y esta explicación es por sí misma su propia prueba... Pero si consideramos a los hechos sociales como cosas es como *cosas sociales...*" (*Ibid.*, págs. 201-202). Para él los hechos sociales deben ser tratados como cosas porque son los *data* inmediatos de la ciencia, mientras que las ideas cuyo desarrollo se considera que son, no son dadas inmediatamente. Los caracteres distintos del hecho social son: 1º. Su exterioridad respecto a las conciencias individuales; y 2º. La acción coercitiva que ejerce o es capaz de ejercer sobre esas mismas conciencias.

41 Véase su obra, Durkheim, E., *El suicidio (1897)*, Madrid, Reus, 1928; Akal, Madrid, 1998.

42 Esa idea en gran medida era recibida de la doctrina alemana (Wagner, Schmoller y Schaeffle), que realzaba que la sociedad es un ser verdadero que, sin duda, no es nada fuera de los individuos que la componen, pero que no por ello deja de tener su naturaleza propia y su personalidad. Véase Durkheim, E., "La ciencia positiva de la moral en Alemania", *RP*, núm.2 4, pág. 38; Lacroix, B., *Durkheim y lo político (1981)*, México D.F., FCE, 1984, pág. 58. También, con Schaeffle afirmaba la primacía de la totalidad sobre las partes y, en consecuencia, de la sociedad sobre el individuo. La tarea de la sociología como disciplina positiva será estudiar los vínculos sociales, que tienen lugar dentro de una sociedad *colectivamente articulada, en la cual los individuos no están aislados, sino que son copartícipes de una vida colectiva en la que existen hechos sociales significativos.* En todo caso, en su último gran libro publicado en vida matizaría que la sociedad no existe sino en la mente de los individuos, consistiendo exclusivamente en ideas y sentimientos. Cfr. Durkheim, E., *Las formas elementales de la vida religiosa (1912)*, Edición, introducción y notas de Santiago González Noriega, Madrid, Alianza Editorial, 2003. Pero destaca, al mismo tiempo, que una sociedad no está compuesta simplemente por la masa de individuos que la componen, ni por el territorio que esos individuos ocupan, ni por las coasas de las que se sirven o los movimientos que realizan, sino principalmente por la idea que tiene de sí misma (*Ibid.*, págs. 635-636). De ahí que apreciara el relevante papel de los movimientos sociales como elemento de agregación y como componente singular de la participación de los ciudadanos en la esfuera pública. Durkheim subrayó también la lógica de la institucionalización de los movimientos sociales, donde destaca su participación en instancias estables de

ción y recreación de un orden normativo (imperativo). En su opinión la sociedad es una unidad, una entidad o ser. La naturaleza de dicha unidad social, de los vínculos sociales y de los modos de la cohesión social que operan en su interior, es compleja. La cuestión enlaza con la idea de solidaridad objetiva, nacida de un tipo de relación entre un todo y sus partes constitutivas; en los distintos modos de cohesión social está esa idea de solidaridad. Para él el hombre moderno no puede existir sino es en relación permanente con los otros, a través de la división del trabajo social; en suma, a *través del trabajo social* (en lo que se refleja cierta influencia del pensamiento de Hegel "filtrado" en su lectura atenta de los "socialistas de cátedra" alemanes). Una sociedad es el más potente haz de fuerzas físicas y morales que podemos contemplar en la naturaleza. La sociedad es una realidad supraindividual, pero objeto de la experiencia. Es, así, afirma, que desde el momento en que se reconoce que más allá del individuo está la sociedad, y que ésta no es un mero nombre ni un ente de razón sino un sistema de fuerzas actuante, se hace posible una nueva manera de explicar al hombre. En esa visión antropológica, ya no es preciso situar al hombre fuera de la experiencia para que conserve sus atributos distintivos.[43] Para él, individuo y sociedad son seres de naturaleza diversa. Pero no existe antagonismo alguno entre ellos; asimismo, tampoco es cierto que el individuo sólo pueda identificase con la sociedad si renuncia total o parcialmente a su propia naturaleza; antes bien es un hecho que el individuo no es realmente él mismo, no puede realizar plenamente su propia naturaleza, si no está integrado en la sociedad.[44] Realza la condición de "ser social" del hombre y el origen social de la naturaleza humana por contraposición a las tendencias que postulan un individualismo excesivo y desvertebrador del todo social. En las sociedades evolucionadas (en el sentido de una solidaridad orgánica correspondiente a una división del trabajo muy desarrollada), el individuo —como persona individual— adquiere un ámbito de autonomía individual destacado (la solidaridad orgánica presupone para él el individualismo moral), donde la sociedad no aparece solamente como una fuerza de presión ("coacción social"), sino que es esencialmente para el individuo un medio de elevación y expansión de la propia personalidad y dignidad humana.[45] La so-

negociación y en instituciones públicas. En la conexión entre Estado y sociedad civil se produce esa interdependencia y canalización, alcanzando a formas de intercambio político propipos de los cauces típicamente corporativos o neocorporativos, en lo cuales la institucionalización conduce a una relativización de la oposición entre sociedad civil y Estado. Respecto el socialismo de cátedra y su figura más emblemática Gustav Schmoller, puede consultarse Schmoller, G., *Política social y economía política,* traducción de Lorenzo Benito, revisión, edición y estudio preliminar, "La 'Escuela Histórica Nueva' en economía y la política de reforma social", a cargo de J.L. Monereo Pérez, en Granada, Ed. Comares, 2007.

43 Durkheim, E., *Las formas elementales de la vida religiosa,* Edición, introducción y nota de Santiago González Noriega, Madrid, Alianza, 2003, págs. 667-668.

44 Durkheim, E., *La educación moral,* Madrid, Trotta, 2002.

45 Véase Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar "Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim" (pp.VII-LI), A cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006; y Durkheim, E., *Sociología y filosofía* (1951), trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de de Durkheim" (pp. VII-LXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006. Dejando a salvo las diferencias de enfoque resulta significativa la "idea de una física...", si se la confronta con la obra de Comte, A., *La física social,* traducción, prólogo y notas de Dalmacio Negro Pavon, Aguilar, 1981. Para Comte la sociología es física social, entendida conforme al modelo epistemológico de la mecánica newtoniana, y sus mismas propuestas de reforma social trata de extraerlas de las construcciones "objetivas" de la ciencia sociológica. Esa idea de "física de las costumbres y del derecho" remite a la fundación de una ciencia positiva totalizadora de la moral y del Derecho y sus condiciones existenciales en la

lidaridad orgánica supone el avance del individualismo moral *y, en el fondo, un cambio de naturaleza respecto de la solidaridad mecánica o por similitud como elemento constitutivo de la sociedad;* y exige una armonización problemática entre el individualismo secular con las exigencias que supone la conservación de la unidad en una sociedad intensamente diferenciada. Percibe la transición entre la solidaridad mecánica y la solidaridad orgánica como fases históricas de desarrollo de la sociedad global. Entiende que ello representa *grados de perfeccionamiento del progreso moral* de la sociedad. Para él la evolución correspondiente a la división del trabajo no es un proceso negativo en si (ni desde el punto de vista económico ni desde la perspectiva estrictamente social), porque constituye un factor de integración social derivada de la intrínseca interdependencia entre los individuos. Piensa que la tendencia disgregadora que origina la división del trabajo puede ser contrarrestadas con éxito a través de la intensificación de los elementos integradores que ella lleva consigo, lo cual entra en contraste con la visión estructuralmente disgregadora con la cual percibe Marx la división capitalista del trabajo,[46] al propiciar,

vida social. Su concepción de la "fisiología social" remite al estudio de la religión, la moral, el Derecho, la economía, el lenguaje y el arte en la sociedad. La fisiología social estudia las instituciones, los símbolos, los valores, y las ideas colectivas, y en los cuales entran la sociología religiosa, moral, jurídica, económica, lingüística, estética, así como la sociología del conocimiento. Véase Durkheim, E., "Sociologie et sciences sociales", en *De la méthode dans les sciences,* París, Alcan, 1909, págs. 259 a 285. En este sentido, como ha destacado Gregorio Robles, para Durkheim el Derecho es la vida social consolidada, formulada en términos muy claros en la letra de los códigos; aparece, en suma, como cristalización de la vida social (la forma más cristalizada de la vida en sociedad). Cfr. Robles, G., *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim),* Madrid, Civitas, 2001, págs. 39 y sigs. De especial interés es el estudio de Marra, R., *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986. Respecto a las relaciones entre Auguste Comte y Durkheim, véase Duprat, G.L., *Auguste Comte et Emile Durkheim,* en *Gründer der Soziologie,* Jena, G. Fischer Verlag, 1932, págs. 109 a 140.

46 Las diferencias de enfoque han sido anotas por Arnaud, J.J. y Fariñas Dulce, Mª.J., *Sociología del derecho,* Madrid, BOE, 1996, pág. 74. Véase MARX, C., *El capital. Crítica de la economía política (1867),* 2 vols., OME 41, trad. de Manuel Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976; también, trad. de J. Aricó, Madrid, Siglo XXI, 1975; y traducción de W. Roces, México, FCE, 1964. Ello permite apreciar el problema de base lo encuentra Marx en la misma división capitalista del trabajo, no en una manifestación anómala o patológica de ella (que es lo que afirma Durkheim, haciéndole acompañar de la noción de "anomia"). Marx encuentra en la división capitalista del trabajo la fuente de la "alienación". De ahí que su crítica se dirija directa y frontalmente contra la división capitalista del trabajo, buscando la implantación de una forma o modelo de división del trabajo que no comporte alienación. Una forma de división del trabajo que conduciría al tiempo a un cambio de modelo de organización económico-social, del capitalismo al socialismo. Por tanto, Marx, tampoco planteó que la solución a los problemas de la alienación sería de índole exclusivamente económica, sino que el nuevo orden económico se enmarcaría en una transformación total del sistema social del capitalismo. Sobre la crítica marxista a la división capitalista del trabajo, puede consultarse, por todas, Marx, K., *Manuscritos de París,* en Marx, K., *Manuscritos de París. Anuarios francoalemanes (1844), OME-5/Obras Completas de Max y Engels,* Barcelona, Crítica. Grupo editorial Grijalbo, 1978, donde pone de manifiesto la deshumanización del trabajo bajo condiciones capitalistas de producción y cómo la situación de propiedad privada encierra latentemente la situación de la propiedad privada como trabajo. Respecto a la posición de Marx en relación a la "reforma social" partiendo de que toda llamada revolución social es propiamente un *acto político* que le es imprescindible, véase "Notas críticas al artículo: "El Rey de Prusia y la reforma social. Por un prusiano" (París, a 31 de julio de 1844), en *Manuscritos de París,* cit., págs. 227 a 245. Para el joven Marx la división del trabajo constituía un ejemplo del hecho de que mientras la actividad no está dividida voluntariamente (siendo por el contrario forzosa o coactiva), la actividad propia del hombre se transforma para él en poder ajeno que se opone a él y la esclaviza, en lugar de que él la domine. Cfr. Marx, K., *La ideología alemana,* Barcelona, Grijalbo, 1974. La génesis del concepto de "alienación" aparece como concepto filosófico central de la "Fenomenología del Espíritu" de Hegel, véase, al respecto, Lukács, G., *El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalistal,* trad. de Manuel Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976, págs. 516 y sigs., del mismo es también de interés, en una perspectiva de conjunto, Lukács, G., *Ontología del ser social. El trabajo,* edición al cuidado de Antonio Infranca y Miguel Vedda, Buenos Aires, Ediciones Herramienta, 2004. Sobre el concepto de alienación es ilustrativo el recorrido histórico y conceptual que llevara a cabo Olea, A., *Alienación. Historia de una palabra,* Madrid, IEP,

según éste, la alienación del trabajador y los conflictos entre el capital y trabajo en cuanto fuerzas productivas de la sociedad; pero que también se contrapone a la percepción "social" de autores como A.Smith que aún siendo favorables en la dimensión económica al proceso en cuestión atendían también a los peligros de una especialización creciente. Por lo demás, cualquier tipo de sociedad ejerce siempre una fuerza conformadora sobre el individuo, porque éste nace de la sociedad. Durkheim asume una visión optimista del proceso histórico, en el sentido de entender que éste avanza en la dirección de las formas *ideal-típicas* de solidaridad orgánica precisamente propiciadas, en su opinión, por la progresión de la división del trabajo social. Sin embargo, *el desarrollo de la división del trabajo social y la consiguiente interdependencia de las funciones por sí misma no es capaz de garantizar la generación de la "solidaridad orgánica"*. Durkheim, con todo, propone un *modelo organicista* para explicar la permanencia del todo social en un proceso evolutivo y fue consciente de, a pesar de su optimismo, de que el desarrollo de la solidaridad orgánica exigía de la predisposición de una serie indispensable de *condiciones institucionales y jurídicas* necesarias para su implantación. Por ello percibe el desarrollo de la división del trabajo como factor de cohesión y de integración del cuerpo social; factor que hace posible que el todo orgánico (la sociedad) asegure su propio funcionamiento con las adaptaciones y correcciones dinámicas oportunas (esto es, las que sea preciso introducir en cada momento histórico). Durkheim apuesta con un lento camino hacia la instauración de una nueva *sociedad solidaria.* Ello exigiría la instauración de una democracia organizada preocupada por garantizar las condiciones de existencia de los individuos y una ciudanía activa en la esfera pública. Una nueva moralidad y solidaridad social como sostén de la comunidad ciudadana. Y esto lo proponía ante la sociedad desarticulada de su tiempo y alumbrando el porvenir social.

La sociología, en su opinión, estaba en condiciones de aportar una doctrina moral, siempre que se despojara de la ilusión metafísica. De ahí la centralidad de los problemas morales en su producción científica.[47] Su objeto es ciertamente totalizador; participa, pues, de una visión del

1968. También en una reflexión crítica Friedmann, G., "La thèse de Durkheim et les formes contemporaines de la división du travail", en *Cahiers internationaux de Sociologie,* XIX (1955), págs. 45 a 58. Para la crítica de la división capitalista de trabajo desde el socialismo de Marx, puede consultarse, De Palma, A., Panzieri, R., Salvati, M., Beccalli, B., Lettieri, A. y Gorz, A., *La división capitalista del trabajo,* Buenos Aires, Ediciones Pasado y Presente,1974, con crítica a las tesis optimistas; Gorz, A. y otros., *Crítica de la división del trabajo,* Barcelona, Editorial Laia, 1977. Para el análisis de la alienación social vinculada a las formas de la división capitalista del trabajo, véase Schaff, A., *La alienación como fenómeno social,* Barcelona, Crítica. Grupo Grijalbo, 1979, con un análisis del pensamiento de Marx sobre la alienación y la relación y diferenciación entre anomia (en el sentido de diferenciado de Durkheim y Merton) y la alienación en el pensamiento socialista, cap. III, págs. 188 y sigs. También analizando el concepto de anomia en Durkheim y su conexión con la idea de alienación, Israel, J., *Teoría de la alienación. Desde Marx hasta la sociología contemporánea. Estudio macrosociológico,* Barcelona, Península, 1977, págs. 187 y sigs.; Horton, J., "La deshumanización de la anomia y la alienación: Un problema en la ideología de la sociología", Rosner, M., "Alienación, fetichismo, anomia", Rieser, V., "El concepto de alienación en sociología", Vida, D., "Un caso de falso concepto", en Castillo, J.J. (Edición), *Para acabar con la alienación,* Madrid, Taller de Sociología, 1978, págs. 39 y sigs., págs. 69 y sigs., págs. 183 y sigs. En una perspectiva general, también Bendeschi, G., *Alienación y fetichismo en el pensamiento de Marx,* Madrid, Alberto Corazón Editor, 1975; Roberts, Craig, P. y Stephenson, M.A., *Marx: cambio, alienación y crisis,* Madrid, Unión Editorial, 1974.

47 Véase *Lecciones de sociología (1912),* "La determinación del hecho moral" (1906), y los cursos (todos ellos publicados póstuamente) sobre "Educación y sociedad" (1922), "La educación moral" (1923), "La evolución pedagógica en Francia" (1938). Véase Durkheim, E., *Historia de la educación y de las doctrinas pedagógicas. La evolución pedagógica en Francia,* Introducción de Maurice Halbwachs, trad. María Luisa Delgado y Féliz Ortega, Ediciones de La Piqueta, 1982; *La educación moral,* Edición y trad. Antonio Bolívar y José Taberner, Madrid, Trotta, 2002.

objeto de la sociología como fenómeno social total, lo que influiría en Marcel Mauss (1873-1950) (su sobrino y discípulo) y en Georges Gurvitch.[48]

Las sociedades basadas en la solidaridad mecánica se caracterizan porque en ellas no tiene una gran relevancia las diferencias individuales, basándose su cohesión interna en la fuerza de la conciencia colectiva; muy marcada por la intensa participación de los individuos en la misma sacralidad.[49] Por otra parte, las sociedades basadas en la solidaridad orgánica se caracterizan por una intensa división del trabajo (ésta es, en el fondo, su condición esencial), donde los hombres se sitúan en individualidades diferenciadas que desempeñan tareas concretas y realizan, al menos potencialmente, una "vocación" profesional. En este tipo de sociedad los individuos están inmersos en un proceso de diferenciación, pero también de alto grado de interdependencia que impone el consenso para su funcionamiento coherente.[50] En las sociedades de diferenciación orgánica existe una fuerte

48 Véase Gurvitch, G., *Vocation actuelle de la sociologie,* París, PUF, 1963. Véase al respecto Monereo Pérez, J.L., Est.prel., "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch", a la obra Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica,* Granada, Ed. Comares, 2001; y *La idea del Derecho Social. Noción y sistema del Derecho social Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX,* Edición, traducción y Est. Prel., "La idea del "Derecho Social" en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005. Un análisis completo de su pensamiento, en Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

49 Véase Mazzarella, J., *Los tipos sociales y el Derecho,* trad. de Carlos González Posada, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1913. Interesa hacer notar que Durkheim veía en la religión un factor de unión entre los hombres, siendo un elemento de cohesión social especialmente incisivo, particularmente en comunidades relativamente homogéneas. No se olvide que para él una sociedad es un sistema de ideas compartidas respecto a las cuestiones del sentido de la vida y de la moral. Véase su obra de madurez, Durkheim, E., *Las formas elementales de la vida religiosa,* Edición, introducción y nota de Santiago González Noriega, Madrid, Alianza, 2003. Por otra parte, obsérvese que según Durkheim la religión es una realidad eminentemente social (hasta el punto de que se pude considerar que es la conclusión general del libro antes citado). Las representaciones religiosas son representaciones colectivas que expresan realidades colectivas; los ritos son maneras de obrar que nacen solamente en el seno de grupos reunidos, y que están destinados a suscitar, mantener o renovar ciertos estados mentales de esos grupos. Pero en ese caso, si las categorías tienen un origen religioso, deben participar de la naturaleza común a todos los hechos religiosos: deben ser, ellas también, realidades sociales, productos del pensamiento colectivo (*Ibid.*, pág.38).

50 Constata que al mismo tiempo que se hace más autónomo depende el individuo más estrechamente de la sociedad, y piensa que lo que resuelve esta aparente antinomia es una transformación de la solidaridad social, debida al desenvolvimiento cada vez más considerable de la división del trabajo. "Prefacio a la primera edición" de *La división del trabajo social,* cit., págs. 45-46. Para él la división del trabajo va más allá del enfoque aportado por la ciencia económica: la división del trabajo no es exclusiva al mundo económico; se puede observar su influencia creciente en las regiones más diferentes de la sociedad. Las funciones políticas, administrativas, judiciales, se especializan cada vez más. Lo mismo ocurre con las funciones artísticas y científicas... (*Ibid.*, pág.48). Entiende, en esta dirección, que "el efecto más notable de la división del trabajo no es que aumente el rendimiento de las funciones dividida, sino que las hace más solidarias... Es posible que la utilidad económica de la división del trabajo influya algo en ese resultado, pero, en todo caso, sobrepasa infinitamente la esfera de intereses puramente económicos, pues consiste en el establecimiento de un orden social y moral *sui generis.* Los individuos están ligados unos a otros, y si no fuera por eso serían independientes; en lugar de desenvolverse separadamente, conciertan sus esfuerzos, son solidarios, y de una solidaridad que no actúa solamente en los cortos instantes en que se cambian los servicios, sino que se extiende más allá". Su conclusión es contundente —con incidiendo en esto con las ideas análogas de Comte y Schaeffle—: la división del trabajo *es la fuente,* si no única, al menos principal de la solidaridad social. La división del trabajo produce solidaridad, contribuye a la integración general de la sociedad, siendo un factor esencial de la cohesión social; asegura su cohesión y determina en gran medida los rasgos esenciales de su constitución. La solidaridad social, las necesidades de orden y armonía es un fenómeno completamente moral. El Derecho es organización de la solidaridad. En él se encuentran reflejadas todas las variedades esenciales de la solidaridad social. El Derecho

cohesión social interna, que es reflejo del carácter complementario de las funciones y de un nuevo tipo de valores humanos que parte del respeto a la autonomía individual.[51] Su tendencia al indivi-

reproduce las formas principales de la solidaridad social. Por ello encuentra que la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado se desvanece. El Derecho asume una función social y los individuos, aunque a título diverso, son funcionarios de la sociedad. Para él hay dos clases de reglas jurídicas: las represivas (derecho penal) y las restitutorias (derecho civil, derecho mercantil, derecho procesal, derecho administrativo y constitucional). Estas últimas no implican necesariamente un sufrimiento del agente, sino que consisten tan sólo en *poner las cosas en su sitio*, en el restablecimiento de relaciones perturbadas bajo su forma normal, bien volviendo por la fuerza el acto incriminado al tipo de que se había desviado, bien anulándolo, es decir, privándolo de todo valor social. Lo que pretende después es buscar a qué clase de solidaridad social corresponde cada una de esas especies de reglas jurídicas (*Ibid.*, págs. 71 y sigs.). *Todo ello pone de relieve la importancia estructural del Derecho en su sistema de pensamiento.* En tal sentido entiende que el lazo de solidaridad social a que corresponde el derecho represivo es aquel cuya ruptura constituye el crimen (*Ibid.*, pág.83). En cuanto a la naturaleza misma de la sanción restitutiva se distingue por no ser expiatoria, el reducirse a un simple volver las cosas a su estado. No se impone a quien ha violado el derecho o a quien lo ha desconocido, un sufrimiento proporcionado al perjuicio; se le condena, simplemente, a someterse. El funcionamiento de ambos tipos de reglas es distinto: mientras el derecho represivo tiende a permanecer difuso en la sociedad, el derecho restitutorio se crea órganos cada vez más especiales (tribunales especiales, consejos de hombres buenos, tribunales administrativos de toda especie...) (*Ibid.*, pág.131 y sigs.). Por su parte, la relación de la división del trabajo con el derecho contractual no está menos acusada, porque el contrato es, por excelencia, la expresión jurídica de la cooperación. Después de abundar en esa idea de expresividad del Derecho respecto de la división del trabajo, alcanza una conclusión esencial para su sistema: "las relaciones que regula el derecho cooperativo (en su conjunto) de sanciones restitutivas y la solidaridad que exteriorizan, resultan de la división del trabajo social" (*Ibid.*., pág.149). Respecto a su posición en favor de un Derecho penal más acorden con el proceso de civilización, véase Durkheim, E., «Dos leyes de la evolución penal» (1899), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F. Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 73 y sigs.

51 Para él la división del trabajo es condición de la solidaridad social. Pero si la división del trabajo produce la solidaridad no es sólo porque haga de cada individuo un factor de permuta, como dicen los economistas (de cuyos análisis más unilaterales se separa), es que crea entre los hombres todo un sistema de derechos y deberes que los liga unos a otros de una manera durable. Cfr. *La división del trabajo social*, cit., pág. 477. Respecto al triunfo político-jurídico del individualismo (la personalidad individual) sobre la clase y sus premisas, véase Lukes, S., *El individualismo (1973)*, Barcelona, Península, 1975, y Sennett, R., *El declive del hombre público (1977)*, Barcelona, Eds. Península, 1978, espec., págs. 278 y sigs. Reflexiones sobre la crítica de la idea de trabajo y la problemática de la división del trabajo, en Díez, F., *Utilidad, deseo y virtud. La formación de la idea moderna del trabajo*, Barcelona, Península, 2001, págs. 215 y sigs. Es significativa la apología de la división del trabajo en el libro de Smith, *La riqueza de las naciones*, aunque ya el propio Smith consideraba necesaria la intervención del Estado para garantizar que la generalidad de los trabajadores, expuestos potencialmente a la alienación de la división del trabajo, puedan desarrollar su personalidad de modo suficiente como para quedar a resguardo de las graves consecuencias que para ellos mismos, para la sociedad y el Estado, tendría la división del trabajo desasistida de una compensación externa. Las amenazas del deterioro de la personalidad individual y social inducidas por la alienación del trabajo se sustancian en el grave deterioro del fuste moral del individuo (alienación del hombre moral de los sentimientos morales) y en el de su condición de ciudadano trabajador, que, si es políticamente pasiva en la idea de Smith, no por eso puede el Estado desentenderse de las graves consecuencias que su embrutecimiento mental puede acarrear a su propia estabilidad. La alienación que induce la división del trabajo limita poderosamente la capacidad del trabajador para realizarse como ser económico, social y moral, siendo así que la educación podría restablecer externamente lo que el trabajo desintegra (por su efecto deshumanizador) por su propio carácter intrínseco y necesario. En el caso de Rousseau, la división del trabajo (la alienación producida por el trabajo dividido) cosifica al hombre entero y le incapacita radicalmente para realizar su personalidad política, aspecto sustancial de su dimensión humana. Según Condorcet la instrucción pública se plantea como paliativo de los efectos corruptores de la división del trabajo (*Ibid.*, págs. 263 y sigs.). Véase Smith, A., *La riqueza de las naciones*, 3 Tomos, Barcelona, Ediciones Folio, 1996 (Revisión y adaptación al castellano moderno de la traducción del Licenciado José Alonso Ortiz, publicada en 1794 por la Redacción de "España Bancaria"); también la edición de Smith, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones (1776)*, México, Ed. de Cannan Edwin, 1984; Rousseau, J.J., *Discurso sobre la Economía Política*, Madrid, 1985; Condorcet (Marie Jean Antoine Nicolás de Caritat): *Informe y proyecto de decreto sobre organización general de la instrucción pública (1792)*, Madrid, 1990. Véase también, Dumont, L., *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1999.

dualismo extremado[52] y a la fragmentación consiguiente del cuerpo social puede ser contrarrestada a través de los grupos profesionales constituidos en instancias de integración del individuo en la sociedad. No se olvide que para Durkheim *la evolución hacia la solidaridad orgánica era al mismo tiempo una tendencia y un ideal moral*. Son complejas causas sociales las que han determinado una transición de ambos tipos de sociedad. Entre ellas se encuentra el incremento de la densidad o volumen de la sociedad, esto es, de la densidad material y de la densidad moral (apreciada por la intensidad de los intercambios y de las comunicaciones).

Estrechamente vinculada a la problemática de la cohesión social se encuentra la noción de *anomia*[53], que hace referencia a una situación social caracterizada por la dificultad o incapacidad de una sociedad determinada para *integrar* a aquellos individuos que se han separado de la dinámica imperante de la sociedad y del considerado comportamiento normal, por el debilitamiento de la conciencia colectiva. Lo cual puede obedecer a la ausencia o a la inadecuada reglamentación y regulación social. Esa conciencia colectiva "es el tipo psíquico de la sociedad" ("*La división del trabajo social*"). Para Durkheim el conjunto de creencias y sentimientos comunes al promedio de los miembros de una misma sociedad forma un determinado sistema que tiene vida propia; se le puede llamar *conciencia colectiva o común*. Sin duda, no tiene por sustrato un órgano único; se encuentra por definición, difusa en toda la extensión de la sociedad, pero no por ello deja de tener caracteres específicos que la convierten en una realidad distinta. En efecto, es independiente de las condiciones particulares en que se encuentran situados los individuos: éstos pasan y ella permanece. En definitiva, es *el tipo psíquico de la sociedad, pues refleja la especificidad y el simbolismo compartido de una determinada sociedad respecto a los individuos que la integran*.[54] Sólo en cierto modo se puede afirmar que la conciencia colectiva pondría de manifiesto que la sociedad en su calidad de ciencia de los estados de conciencia colectiva constituye una ciencia de lo simbólico.[55] En las socie-

Es evidente, con todo, que Durkheim —como el mismo declarara— utilizaba la expresión división del trabajo social en un sentido distinto al empleado por la ciencia económica, aunque la misma ciencia económica evidenciaría los problemas morales que una división del trabajo intensa plantearía sobre el desarrollo humano. Durkheim no parece cuestionar, en términos de principio, las condiciones de moralidad de la división del trabajo social en el marco de una economía libre de mercado. Él encuentra un principio de moralidad intrínseca en la división del trabajo social generadora en términos de normalidad de una solidaridad social nacida de la interdependencia social. De ahí la visión de una dimensión antropológica del trabajo vinculada a las formas de solidaridad orgánica (que mantienen cohesionada e integrada a la sociedad desarrollada) propiciadas por el avance de la división del trabajo social. Durkheim sólo apreciaba los problemas en los supuestos de división anormal o patológica del trabajo.

52 Comte había criticado severamente al individualismo extremo. Véase sus obras, *Catecismo positivista*, trad. de A. Zozoya, Madrid, 1886-1887; 2ª ed., 1898-1899; *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. de J. Marias, Buenos Aires, 1935 (la misma versión con Prólogo de J.Marias, en Ediciones Altaya, 1995); *Física social*, Prólogo, traducción y notas de D. Negro, Madrid, Aguilar, 1981.

53 Esta noción es introducida por Durkheim en el libro III de su obra *La división del trabajo social*, cit., págs. 415 y sigs. El concepto aparece, con nuevos perfiles y matices, en otras obras fundamentales de Durkheim como "*El suicidio*" y "*Las formas elementales de la vida religiosa*". A la formulación de la idea de conciencia colectiva se anticipó Alfred Espinas (1844-1922).

54 Cfr. Durkkheim, E., *La división del trabajo social"*, trad. de Carlos González Posada, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1928.

55 Véase al respecto, Lévi-strauss, C., *Introduction à la sociologie et anthropologie de Marcel Mauss*, París, PUF, 1969. Del propio Mauss, M., *Sociedad y ciencias sociales, Obras*, Tomo III, título original: "Cohésion sociale et divisions de la sociologie", Barcelona, Barral Editores, 1970, Capítulo I ("Los sistemas de cohesión social"), págs. 13 y sigs.

dades de solidaridad orgánica, existe una creciente interdependencia social, pero al mismo tiempo la tendencia hacia la diferenciación derivada de la división del trabajo social tiene el efecto de una cierta disolución progresiva de la conciencia colectiva o común entre los miembros de la sociedad organizada. Ello comporta una transformación del vínculo social, en una sociedad más individualista. 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.[56] En realidad, para él, la sociedad moderna se erige en un "dios" simbólico que es percibido por la opinión pública como culto a la razón, a la libertad y a la patria o nación.[57]

En gran medida la situación o "estado de anomia" constituye una de las por él denominadas "formas anormales" (pero, sin embargo, inquientantemente habituales en las sociedades industriales avanzadas), donde existe una división del trabajo anómico. Durkheim no se interroga directamente sobre si la organización capitalista del trabajo social es moral o no, sino más bien sobre el fundamento de la cohesión social en ella y los presupuestos tecnocientíficos de la división del trabajo social (que diferenció respecto a la "división económica del trabajo", expresión tributaria en los orígenes de Adam Smith)[58] generadora de solidaridad orgánica.[59] La solidaridad identifica un conjunto de relaciones sociales que unían a los individuos entre sí y a la sociedad como un todo, es decir, todos los miembros de la sociedad están unidos por lazos que se extienden más profundo y más allá de los momentos en los que dura el intercambio económico en la sociedad. Este sistema de solidaridad actúa como un elemento aglutinante de los individuos que favorece la cohesión social. En la solidaridad orgánica se produce un aumento en la densidad de la sociedad vinculada al desarrollo de las sociedades industriales avanzadas y a la expansión de la división social del trabajo en todo el tejido de la sociedad; división que no cesa de crecer en complejidad bajo el prisma de una contractualización generales de las relaciones sociales. Así, la solidaridad deja de ser mecánica, y, al mismo tiempo, más interdependiente y más diferenciada e individualizadora. Pero esta transformación no garantiza que se produzca una división del trabajo social que genere disfuncionales como la anomia (que comporta una ruptura en la solidaridad social y el proceso de integración social; división anómica del trabajo que puede tener por resultado una desintegración social), la división del trabajo forzada (remite unas condiciones de sometimiento y control ajeno que anula la libertad en la elección y decisión sobre las cuales el trabajo

56 Véase Durkheim, E., *Sociologie et philosophie,* París, PUF, 1963. Traducción al castellano, Durkheim, E., *Sociología y filosofía,* trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de de Durkheim" (pp.VII-LXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

57 Véase Durkheim, E., *Las formas elementales de la vida religiosa,* Edición, Introducción y Notas de Santiago González Noriega, Madrid, Alianza Editorial, 2003.

58 Smith, A., *La riqueza de las naciones,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2019.

59 Esa idea durkheimiana de que la división del trabajo es generadora de solidaridad social orgánica no deja de ser problemática. Cuestión distinta es la de pensar que bajo determinadas condiciones favorables la interdependencia social puede propiciar esa forma de solidaridad especialmente intensa. Véase Schmoller, G., *Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre,* 2 vols., Leipzig, Duncker & Humblot, 1908, pág.338. Véase Schmoller, G., *Política social y economía política,* traducción de Lorenzo Benito, revisión, edición y estudio preliminar, "La 'Escuela Histórica Nueva' en economía y la política de reforma social" (pp. VII-XXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, en Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

se realiza; lo que puede acontecer en las circunstancias de desigualdad de poder contractual) y una débil coordinación de las funciones en una anómala división del trabajo. La anomia encuentra causas sociales y económicas vinculadas con el crecimiento industrial, el proceso de des-regulación de las relaciones socio-económicas y el déficit de disciplina moral. En el desarrollo del capitalismo se subordinó la sociedad de individuos semejantes a los objetivos económicos e industriales (racionalidad económica instrumental). Con ello se resintió la fuerza reguladora e integradora de la sociedad. Fallan las instituciones y mecanismos reguladores de la sociedad que se muestran inadecuadas para la integración social. Ello es coherente con su concepción de que la realidad externa tiene una incidencia en la conformación de su subjetividad, a la cual condiciona de manera particularmente intensa.

Exponentes de la anomía no son sólo los conflictos existentes en seno de las sociedades industriales (agravados por las crisis industriales), sino también el suicidio ("suicidio anómico") que él hace *transitar de una explicación psicológica a una explicación sociológica*, pues entiende que aparte de las situaciones de depresión o enfermedad mental el individuo se fue influido por fuerzas externas que lo desconectan de la sociedad y deja sin sentido su propia vida o existencia individual. Cuando los suicidios se incrementan (tasa ascendente de suicidios) ello sería una expresión de que dentro de la estructura social de las sociedades industriales se está producido un desgarramiento —una fractura— de los vínculos de cohesión necesarios para una sociedad avanzada.

Plantea la necesidad de una reforma social pero sin realizar transformaciones radicales de tipo estructural al estilo de la propuesta de Marx (socialización de la economía e instauración de un Estado socialista).[60] Propone una reforma del Estado y del Derecho (percibido éste como fenómeno moral, basado en la solidaridad de hecho, esto es, en la sociabilidad[61]) conforme con las tendencias

60 En este sentido, Durkheim no sólo se opone a la visión de Marx, sino también a la dirección del socialismo jurídico representado por Antón Menger, el cual tenía una especial confianza en la intervención estatal para resolver la situación crítica de la época, la cuestión social, y defendió la instauración de un socialismo democrático, lo que denominó el "Estado democrático del trabajo", aparte de postular una reforma en profundidad de las estructuras económicas de la sociedad. En una dirección próxima a la de Durkheim, se había defendido desde la sociología un programa de reforma social. Véase Sales y Ferré, M., *Problemas sociales,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1911. También defiende, más allá de las distancias entre ambos autores, una posición intermedia para resolver la cuestión social. En su estudio sobre la función del socialismo en la transformación actual de las naciones, apunta que este se limita a corregir los extravíos en que a incurrido e incurre aún el individualismo (*Ibid.*, pág. 9 y 301 y sigs). Postua una nueva organización social en que se combinan el individualismo y el socialismo en la proporción que demandan los dos ejes en torno de los cuales han girando siempre las sociedades: la libertad del individuo y la *solidaridad del conjunto* (*Ibid.*, pág.320). Se trata de devolver al hombre su dignidad, evitando que se le despoje de lo que propiamente lo constituye. Es precisaro "hermanar la libertad del indivudo con la solidaridad del socialismo, he aquí el problema de la sociología, y no más que la sociología puede resolver. Porque el problema no es solamente económico; es también familiar, artístico, científico, *social*". Por ello "hay que educar al individuo; hay que reformar la organización social": Bienestar y grandeza moral (*Ibid.,* págs. 323 a 325). El diagnóstico y el "modo de ver" la cuestión social es ciertamente semejante eambos pensadores.

61 No se olvide que para Durkheim el Derecho es la misma organización social en su aspecto más estable y duradero. De ahí la intrínseca conexión existente entre el Derecho y la sociedad. El Derecho es exteriorización formalizada de la solidaridad social, la cual se forja internamente en la sociedad. Cfr. Durkheim, E., *La división del trabajo social,* trad. de Carlos G. Posada, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1928. El Derecho deviene el símbolo de la cohesión y de la solidaridad, y en esta calidad está condenado a representar la totalidad social. Véase, al respecto, MARRA, R., *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, pág. 175

de la evolución social, en un sentido más intervencionista (reforma social) y orgánico (básicamente, la corporativización de la sociedad política, a través de la mediación de las corporaciones profesionales). No obstante, defendió la realización de reformas en vista de una mejora de la justicia social y defendió una conciliación entre los individuos (y sus derechos de ciudadanía) y clases sociales *dentro* de las sociedades capitalistas. Rechazó los métodos revolucionarios. Estimaba insuficiente el intervencionismo estatal[62] y aboga por el aumento del papel de los grupos sociales en el gobierno y autoadministración social.[63] Tiene una gran preocupación por afrontar dinámicamente el problema hobbesiano del orden, interesándose por la naturaleza cambiante del orden[64] y la recreación permanente de las condiciones sociales y político-jurídicas que permiten adaptar el orden predispuesto a las cambiantes exigencias sociales. Para él el problema social y el del tránsito a la modernidad —como proceso inconcuso— necesita ante todo de una crítica moral constructiva de la sociedad moderna y de la implantación subsiguiente de las bases de una nueva moral social solidaria (una nueva moral solidaria deducida de la construcción de una ciencia de la moral). No obstante, el orden y la integración exige poner en práctica medidas activas de solidaridad social.

---

62 Su planteamiento respecto al intervencionismo estatal está fuertemente condicionado por su concepción del Estado. Para él toda la vida del Estado propiamente dicho transcurre no en acciones exteriores, en movimeitnos, sino en deliberaciones, es decir, representaciones. De este modo, su función esencial consiste en pensar (órgano de pensamiento social) y no en ejecutar. Es el Estado (órgano de reflexión) la sede de una conciencia especial, restringida, pero más alta, más nítida, que tiene por sí misma un más vivo sentimiento, situándose lejos de los intereses particulares por lo que no puede tener en cuenta las condiciones especiales, locales, etcétera, en que se encuentran los individuos y grupos de pertenencia. El Estado acaba siendo un instrumento de la conciencia colectiva, manteniendo relaciones comunicativas con las distintas instancias de la sociedad, con el cuerpo social. Se completa *el círculo virtuoso* cuando el nivel de comunicación lo es entre el Estado y el cuerpo social y entre éste y el Estado. Cfr. Durkheim, E., *Lecciones de sociología,* cit., *passim.* Esta idea de relación comunicativa y de circularidad constituye un avance y un punto de conexión con las teorías sistémicas. Ello se refleja implícitamente, aunque también con referencias a Durkheim, en Luhmann, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una Teoría General (1984),* México, Alianza, 1991 (las referencia a Durkheim en págs. 137-138, 168, 228, 265, 324, 330, 338), y explícitamente en Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa,* 2 vols., Madrid, Taurus, 1987, el cual reclama el paradigma durkheimiano como base de una teoría de la integración social con el soporte de relaciones comunicativas. Por cierto, interesa puntualizar que la teoría sistémica (al menos la de Luhmann) no es en absoluto refractaria al problema del poder, basta la lectura atenta de Luhmann, N., *Poder (1975),* Barcelona, Anthropos, 1995, donde predomina, eso sí, una visión del poder como un medio de comunicación. Durkheim parte de la idea de que toda sociedad tiende hacia el despotismo y al autoritarismo si las fuerzas que la dominan no son contenidas por otros poderes legítimos basados en la solidaridad. El poder se despliega en todos los ámbitos de las sociedades complejas, del mismo modo que los mecanismos de integración social no están ubicados exclusivamente en el Estado o en las instituciones públicas, sino que ejercen las distintas formas de dominación también en la esfera de las relaciones privadas donde se manterializa (*Lecciones de sociología; El socialismo*). Los poderes sons los "genios invisibles de la ciudad", como en otro plano discursivo indicaría, Ferrero, G., *El poder. Los genios invisibles de la ciudad,* Madrid, Tencos, 1998.

63 Véase Durkheim, E., "Une revisión de l' idée socialiste (1899)", en Durkheim, E., *Textes. 3. Fonctions sociales et institutions,* Paris, Les editions de Minuit, 1975, págs. 163 a 172.

64 Esa preocupación esencial por la naturaleza cambiante del orden, frente a la visión más estática que negaría su preocupación por el cambio social (aunque en Durkheim no sólo existe una "sociología del orden" sino también una "sociología del cambio" social), ha sido especialmente destacada por Giddens, A., *El capitalismo y la moderna teoría social,* trad. de A. Boix, Barcelona, Ed. Labor, 1977; Giddens, A., *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo,* trad. por C. Salazar Carrasco, Barcelona, Paidós, 1997; Giddens, A., *Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías interpretativas,* trad. S. Merener, Buenos Aires, Amorrortu, 1987.

Ahora bien: su propia idea de democracia y del Estado democrático *no* prescinde completamente de elementos consustanciales a la democracia liberal. En su opinión el Estado democrático remite a una mayor extensión de la conciencia gubernamental, y unas comunicaciones más estrechas entre esta conciencia y la masa de las conciencias individuales. Desde esta perspectiva, la democracia aparece como la forma política mediante la cual la sociedad alcanza la más pura conciencia de si misma. Un pueblo es tanto más democrático cuanto más considerable es el papel de la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en el manejo de los asuntos públicos. Es la sociedad el centro de gravedad la que se dota de un orden propio, el cual se expresa en instituciones políticas y sociales (señaladamente las corporaciones profesionales).[65] Estas organizaciones profesionales podrían proporcionar un carácter más orgánico a la sociedad, impidiendo la disgregación social propia del individualismo liberal. Para él estos grupos secundarios intercalados entre el individuo y el Estado son indispensables para el Estado no oprima al individuo. De este modo el Estado intervencionista (Estado responsable de establecer las reglas de justicia en las relaciones sociales y el órgano por excelencia de la disciplina moral) vería contrarrestada su potencia invasora en la esfera individual a través del dique de contención representado por los grupos profesionales.[66] Pero también son necesarios para que el Estado pueda verse liberado de las presiones de los individuos.[67] Es evidente que el Estado tiene que aportar una estructura institucional apta para favorecer los procesos de socialización. En este sentido adquiere un papel fundamental la educación moral, laica y republicana. Postula la separación entre el Estado y la Iglesia y fundamenta una moral laica ("una moral sin Dios").[68] La educación disciplina al individuo y propicia el desarrollo de su personalidad. La moral laica propicia la solidaridad social. La educación cívica deberá orientarse hacia la formación de la persona y su identidad en cuanto individuo que pertenece a una determinada comunidad y agrupamiento social. La educación es socialización, en que

65 Durkheim, E., *Lecciones de sociología,* cit.

66 Tocqueville ya había formulado su idea de la asociación y del fortalecimiento de la sociedad civil como cauce de resistencia a toda tentación de exceso de la intervención estatal. Trata de impulsar la ciudadanía activa mediante la autonomía asociativa, y el énfasis en la función social llevada a cabo por las asociaciones, tomando en consideración las distintas manifestaciones del fenómeno asociativo que estudió mediante la observación directa de la realidad social de su época. Tocqueville advirtió lúcidamente sobre la fuerte conexión —que necesariamente ha de existir— entre el asociacionismo y la democracia pluralista. Insistió sobre el hecho de que una sociedad civil autoorganizada, pluralista e independiente es una condición esencial para que la democracia sea activa y no se burocratice y derive en prácticas propias del autoritarismo. Esto lo ha puesto de manifiesto, Bobbio, N., *Teoría general de la política,* Madrid, Trotta, 2003, pág.360. Bobbio sitúa el asociacionismo de Tocqueville dentro de la tradición liberal-democrática (*Ibid.*, pág.359). También realza el importante papel del asociacionismo en la tradición socialista (C.H. Saint-Simon, Ch. Fourier, Proudhon, G. Gurvitch, pero Bobbio se olvida de incluir a exponentes tan típicos del asociacionismo democrático-social como los socialistas fabianos y los representantes del socialismo gremial) (*Ibid.*, págs. 356 a 359). Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999. Véase Tocqueville, A., *La democracia en América,* México, FCE, 1978, pág.206. Sobre su concepción de la democracia y de la sociedad civil, puede consultarse Ros, J.M., *Los dilemas de la democracia liberal. Sociedad y democracia en Tocqueville,* Barcelona, Crítica, 2001; Sauca Cano, J.M., *La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social,* Madrid, CEC, 1995; Mayer, J.P., *Tocqueville. Estudio biográfico de ciencia política,* Madrid, Tecnos, 1964; Jardín, A., *Alexis de Tocqueville 1805-1859,* México, FCE, 1997.

67 Durkheim, E., *Lecciones de sociología,* cit.

68 Ese modo de pensar en su trayectoria vital, en Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007, págs. 621 y sigs.

en el marco de orden pluralista no puede conducir a la homogeneidad cultural.[69] Esto explica que la educación haya comenzado a convertirse en un verdadero servicio público, pues, desde el final del siglo XIX, en toda Europa, tiende a colocarse cada vez más directamente bajo el control y dirección del Estado.[70] Para él el sistema de enseñanza debe educar a personas y fortalecer una ciudadanía activa en la democracia.[71] Durkheim apuesta por una educación cívica en el marco de un republicanismo cívico y moral que no ignora la realidad de las estructuras de dominación. Los ciudadanos tienen que adquirir un espíritu nuevo de pertenencia a una sociedad solidaria de semejantes. Se trababa de propiciar el surgimiento en los individuos de un nuevo espíritu colectivo en acción.

En su individualismo moral el individuo no está aislado sino inserto en el entramado social y en la división del trabajo social que influyen decisivamente en su comportamiento. En sociedades pluralistas (también en lo social) el individualismo moral produce inclusión social. Esto es, su individualismo moral nace en contraposición al individualismo liberal tradicional (que se corresponde con una primera modernidad y democracia restringida y excluyente) que había fracasado como ideología y práctica de orden e integración social. Su individualismo moral es, por el contrario, "social", esto es, vinculado al proceso de socialización que conforma las conciencias individuales. Por el contrario, el individualismo liberal tradicional produce una suerte de individualización negativa, que en sí contribuye a generar y perpetuar la exclusión social.[72] En particular, la cuestión social sería un exponente *colectivo* de la falta de cohesión social y la ruptura de los mecanismos de integración que favorecen la solidaridad orgánica. Entre los dos siglos (XIX y XX), la cuestión social reflejaría un *estado o época crítica, contrapuesta a las épocas orgánicas; la solución del problema social debería ir derechamente en esa dirección, esto es, favoreciendo la implantación de una nueva época orgánica*. Plantea una aporía operada en el proceso de socialización de las sociedades modernas. La "anomia"

---

69 Durkheim, E., *Educación como socialización.* Barcelona, Sígueme, 1976. Desarrollos posteriores, más allá de las diferencias específicas en el marco de la teoría constructivista de Bourdieu, P., *Capital cultural, escuela y espacio social.* México D.F., Siglo XXI, 1997; Bourdieu, P. y Passeron, J.C., *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza.* Barcelona, Laia, 1977; Bourdieu, P., *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Barcelona: Fontamarra, 1996.

70 Durkheim, E., *La educación moral,* trad. P. Manzano, Prólogo Féliz Ortega, Madrid, Morata, 2002, pág. 29. La relevancia de la educación moral cívica le condujo a implicarse en las reformas educativas y superar los tradicionales métodos y contenidos de la enseñanza. Véase, entre vida y obra, Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007, págs. 601 y sigs.

71 La confluencia de pensamiento con otros autores de orientación típica del republicanismo social como es el caso de Francisco Giner de los Ríos es notoria más allá de las diferencias específicas entre ambos pensadores. Véase Giner de los Ríos, F., *La persona social. Estudios y fragmentos* (1924), ed., y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008. Al respecto, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., El pensamiento sociopolítica y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II), en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE.* Año 8. Núm. 15-16 (2011). https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm. https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm Donde, entre otras cuestiones, se pone de también de manfiesto la conexión que *desde el republicanismo social* existe entre educación y democracia; que se advierte en la comparación de modos de pensar entre Durkheim y John Dewey. Véase DEWEY, J., *Democracia y educación. Introducción a una filosofía de la educación,* Madrid, Morata, 2004, págs. 46 y sigs., y 77 y sigs.

72 Castel, R., *Las metamorfosis de la cuestión social,* Barcelona, Paídos, 1997; Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996; y Rosanvallon, P., *La nueva cuestión social,* Buenos Aires, Ediciones Manantial, 1995.

evidencia en el sujeto disidente o "desviado" una cierta pérdida de identificación con esa conciencia común. En el plano antropológico refleja un déficit en los mecanismos de socialización, una falta de integración social. La "anomia" (como situación patológica respecto a lo normal, pues para un tipo social determinado, considerado en una fase también determinada de su evolución, un hecho social es normal cuando se produce en la medida de las sociedades de esta especie, consideradas en la fase correspondiente de su evolución;[73] un fenómeno es normal cuando está vinculado a las condiciones generales de la vida colectiva del tipo social considerado) enlaza de modo premonitorio con la noción de "exclusión social", la cual hace referencia a la situación en que se hallan aquéllos individuos que se encuentran en la periferia de la sociedad por falta de integración.[74] De ahí su modernidad. La anomia supone una anomalía en el proceso de "cohesión" social dentro de una sociedad; [75]

---

73 "Como un hecho social sólo puede ser calificado de normal o de anormal en relación con una especie social determinada, lo precedente implica que una rama de la sociología está consagrada a la constitución de las especies y a la clasificación de las mismas". Cfr. Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico,* cit., pág. 132.

74 Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996.

75 En "La división del trabajo social" y en el "Prefacio a la segunda edición" de la misma vincula Durkheim la anomia con la falta de regulación: "el estado de falta de regulación (anomia) jurídica y moral en que se encuentra actualmente la vida económica", indicando que en este orden de funciones, en efecto, la moral profesional no existe verdaderamente sino en estado rudimentario. Cfr. Durkheim, E., *La división del trabajo social,* cit., pág. 2. Hace notar en esta dirección de pensamiento que una reglamentación moral o jurídica expresa, pues, esencialmente, necesidades sociales que sólo la sociedad puede conocer; descansa sobre un estado de opinión y toda opinión es cosa colectiva, producto de una elaboración colectiva. *Para que la anomia termine es preciso, pues, que exista, que se forme un grupo en el cual pueda constituirse el sistema de reglas que por el momento falta.* En tal sentido defiende el poder normativo regulador de los grupos sociales por ser las instancias más adecuadas y próximas a los problemas y exigencias regulativas: Ni la sociedad política en toda su totalidad, ni el Estado pueden, evidentemente, sustraerse a esta función; la vida económica, por ser muy especializada y por especializarse más cada día, escapa a su competencia y a su acción. La actividad de una profesión no puede reglamentarse eficazmente sino por un grupo muy próximo a esta profesión, incluso para conocer bien el funcionamiento, a fin de sentir todas las necesidades y poder seguir todas sus variaciones. *El único que responde a esas condiciones es el que formarían todos los agentes de una misma industria reunidos y organizados en un mismo cuerpo. Tal es lo que se llama la corporación o el grupo profesional.* Los sindicatos y las organizaciones profesionales de empresarios son para él "un comienzo de organización profesional, pero todavía muy informe y rudimentario, pues, en primer lugar, un sindicato es una asociación privada sin autoridad legal, desprovisto, por consiguiente, de todo poder reglamentario. El número es en él teóricamente ilimitado, incluso dentro de una misma categoría industrial; y como cada uno de ellos es independiente de los demás, si no se federan y no se unifican, nada hay en los mismos que exprese la unidad de la profesión en su conjunto. En fin, no sólo los sindicatos de patronos y los sindicatos de empleadores son distintos unos de otros, *lo que es legítimo y necesario,* sino que entre ellos no hay contactos regulares. *No existe organización común que los aproxime sin hacerlos perder su individualidad y en la que puedan elaborar en común una reglamentación que, fijando sus mutuas relaciones, se imponga a los unos y a los otros con la misma autoridad.* Observa que entre las organizaciones profesionales pueden establecerse acuerdos colectivos ("contratos"), pero que estos contratos no expresan más que el estado respectivo de las fuerzas económicas en presencia, como los tratados que concluyen dos beligerantes no hacen más que manifestar el estado respectivo de sus fuerzas militares. Consagran un estado de hecho; no podrán convertirlo en un estado de derecho. Por tanto, entiende que para que una moral y un derecho profesionales puedan ser establecidos en las diferentes profesiones económicas, es preciso, pues, que *la corporación, en lugar de seguir siendo un agregado confuso y sin unidad, se convierta, o más bien vuelva a convertirse, en un grupo definido, organizado, en una palabra, en una institución pública.* Esta virtualidad ordenadora e integradora del grupo profesional la encuentra en el hecho de que "es un poder moral capaz de *contener los egoísmos individuales,* de mantener en el corazón de los trabajadores un sentimiento más vivo de su solidaridad común, de impedir aplicarse tan brutalmente la ley del más fuerte a las relaciones industriales y comerciales. Desea instaurar un régimen corporativo democrático que proteja los intereses de aquellas personas que desem-

comporta una desviación social respecto del considerado normal proceso de integración cristalizado en el Derecho como esfera institucionalizada de realización de la idea de solidaridad social. Como es sabido, la cohesión remite al grado de atracción de un grupo sobre sus propios miembros. Esa cohesión está determinada por aquellas circunstancias que actúan sobre los miembros de un grupo a fin de que permanezcan dentro del ámbito del mismo. La desviación o disidencia se concreta en un cambio de actitudes del individuo respecto a los modos de comportamiento que caracterizan al grupo y sobre el "status" del individuo en el seno de dicho grupo de "pertenencia" o "adscripción".

3. CONCEPCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL

Piensa Durkheim que la democracia tiene una dimensión ética y procedimental. Se diría que comunicativa[76] (democracia comunicativa/deliberativa), toda vez que para él la democracia es deliberación entre los individuos entre sí y con el Estado en su calidad de órgano de reflexión y de pensamiento social en el marco de una sociedad basada en la solidaridad orgánica. De los sansimonianos aceptará la idea de una sociedad armónica y de los socialistas de cátedra alemanes se inspirará en gran medida para construir su teoría de las corporaciones en cuanto instrumento para la gestión de

peñan una determinada profesión. Aunque advierte que "la obra del sociólogo no es la del hombre de Estado, él propone una recuperación y renovación de la experiencia de las corporaciones profesionales. Aboga por una extensión y vertebración en todo el tejido económico-social del régimen corporativo. Su función no es sólo establecer reglas y aplicarlas: Sin duda que, doquier se forma un grupo, formase también una disciplina moral. Pero la institución de esa disciplina sólo es una de las numerosas maneras de manifestarse toda actividad colectiva. Un grupo no es únicamente una autoridad moral que regenta la vida de sus miembros, es también una fuente de vida *sui generis*. Despréndese de él un calor que calienta y reanima los corazones, que les abre a la simpatía, que hunde los egoísmos. La mediación de los grupos profesionales es necesaria por los límites del Estado: La actitud colectiva es siempre muy compleja para que pueda expresarse por el solo y único órgano del Estado; además, el Estado está muy lejos de los individuos, tiene con ellos relaciones muy extensas e intermitentes para que le sea posible penetrar bien, dentro de las concencias individuales y socializarlas interiormente. A la desintegración social y al suicidio encuentra una solución: una fuerte organización corporativa como medio de remediar un mal, del que el progreso del suicidio, unido, por lo demás, a otros muchos síntomas, atestigua la existencia. Pero su propuesta es más compleja, porque, matiza, que no quiere esto, sin embargo, decir que la corporación sea una especie de panacea que pueda servir para todo. La crisis que sufrimos no obedece a una sola y única causa. Para que cese no basta que se establezca una reglamentación cualquiera allí donde es necesaria; es preciso, además, que sea lo que deba ser, es decir, *justa*. Ahora bien, mientras haya ricos y pobres de nacimiento no podrá haber contrato justo, ni una justa distribución de las condiciones sociales. *Mas si la reforma corporativa no nos exime de otras reformas, es siempre la condición primera de su eficacia.* Entiende que un proceso de reformas desde arriba requerirá de una organización corporativa en el seno de la sociedad civil para afrontar las dificultades nuevas que se planteen. Concluye en su "Prefacio" que si, pues, el problema de las corporaciones no es el único que se impone a la atención pública, no hay otro, sin embargo, que requiera más urgencia: no podrán abordarse los demás sino después de resolver éste. Ninguna modificación (vale decir reforma) un poco importante podrá introducirse en el orden jurídico si no se comienza por crear un órgano necesario para el establecimiento del nuevo Derecho (*Ibid.*, págs. 6 a 38). De este modo, la reforma corporativa es la condición necesaria (aunque no suficiente) para realizar una regeneración moral y completa del orden social en un sentido más solidario y justo.

76 Véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa,* 2 vols., Madrid, Taurus, 1987; y, aunque desde una orientación un tanto voluntarista por lo que tiene de encontrar en Durkheim a un defensor acérrimo de la democracia representativa, véase Geneyro, J.C., *La democracia inquieta: E. Durkheim y J. Dewey,* Barcelona, Anthropos, Ediciones del Hombre, 1991.

la vida económica y para la solución de la cuestión social de su tiempo.[77] Realza la relación comunicativa entre gobernantes y gobernados, entre el Estado y la sociedad civil. Durkheim defenderá formas de democracia económica dentro de su visión orgánica de la organización social. En tal sentido propondría la instauración de estructuras representativas paritarias en los consejos de organización y decisión de las actividades económicas, y también la presencia de las organizaciones profesionales en los órganos estatales, confiriéndoles un *status semi-público*, en el sentido de atribución de funciones político-jurídicas y de ordenación económica de relevancia para los intereses generales.

Importa hacer notar que sus reflexiones sobre el Estado y su función en la sociedad no están desconectadas de la crisis que estaba afrontando la Tercera República francesa; crisis que para él concernía a un problema de integración social y de adaptación a una realidad profundamente cambiada. La invención de lo social y de la idea/principio de solidaridad sería objeto de invención en dicho contexto. La cuestión social devenida en cuestión directamente política y de orden permitía la invención de la solidaridad, la cual confería un fundamento a la intervención del Estado, a través del reclamo de la nueva forma del Derecho social que formalizaba dicho intervencionismo público. Ello daría lugar al advenimiento de lo social como base de una nueva organización política y jurídica de la sociedad que resolviese o paliase la fractura del orden social y su déficit de cohesión. En esta invención de la solidaridad tendrían un papel determinante Émile Durkheim, León Duguit,[78] Léon Bourgeois, y en cierta medida Maurice Hauriou. El solidarismo encontraría su expresión más directamente política en el pensamiento de Léon Bourgeois y su defensa del solidarismo social radical. Tras de esta idea de solidaridad no sólo existía una inquietud teórica en el plano de una sociología fundacional, sino también una estrategia de respuesta y de racionalización de la cuestión social derivada de las contradicciones internas en el proceso de modernización del capitalismo. De este modo, la realidad social de los conflictos de clases (subyacentes a la fórmula metafórica de la "cuestión social") quedaba transfigurada para su tratamiento en el plano político y de política del Derecho. La solidaridad orgánica de la sociedad contrarrestaría los límites del contrato de servicios formalmente libre, pero subordinada y limitadora de las libertades del trabajador en el marco de una típica relación de poder. La solidaridad respaldaba y legitimaba de suyo una regulación "protectora" del contratante más débil y un conjunto de protecciones sociales. El solidarismo —ya en la construcción de Léon Bourgeois— se convertiría en una suerte de filosofía oficial del Estado republicano,[79] tratando de

77 Véase Cedronio, M., *La società organica. Política e sociología di Emile Durkheim*, Torino, Bollati Boringhieri editore, 1989, pág. 168.

78 Duguit, L., *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; Duguit, L., *Soberanía y Libertad*. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921), traducción y prólogo de José G. Acuña y revisión, edición y estudio preliminar, "La soberanía en la Modernidad: Leon Duguit y la crisis de la soberanía", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013. Esta edición culmina con un ensayo de Otto Kirchheimer, *En busca de la soberanía*, que apareció bajo el título "In Quest of Sovereignty", en *Journal of Politics*, 6 (1944); Duguit, L., *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, 2007.

79 Bourgeois, L., *Solidarité* (1912, París, A. Colin), Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 1998, espec, capítulos III (Doctrina práctica de la solidaridad social) y IV (De del hombre hacia la sociedad; el cuasi-contrato social), págs. 21 y sigs., y 43 y sigs., respectivamente. La importacia de la "educación social" para la

posibilitar la construcción de una sociedad de individuos, no aislados y desiguales, sino asociados y ligados en un proceso de desarrollo social compartido y pacífico, con vínculos de solidaridad social, y obligaciones de los hombres hacia la sociedad, es decir, un "cuasi-contrato social" del hombre en sociedad. Y ello con el apoyo explícito en la sociología de Durkheim. Pero ya antes Alfred Fouillée y Charles Gide[80] que habían centrado su filosofía (y su idea de economía social en el caso de Gide) sobre la idea de solidaridad como elemento de cohesión y de progreso de la sociedad: se trataba de una fundamentación del lento camino de las reformas sociales reconfiguradoras del orden social perturbado,[81] teniendo en cuenta no sólo el hecho del capitalismo "puro", sino también la persistencia de reminiscencias poderosas del antiguo régimen.[82] Aquí se inicia un proceso de construcción de la idea del Derecho Social, que conciliara el capitalismo con la democracia y la justicia social, lo cual conllevaría la invención de los derechos sociales como derechos de desmercantilización, esto es, posiciones ganadas al mercado a través de la predisposición de intercambios obstruidos por la regulación legal. Ello suponía una racionalización jurídica de las relaciones sociales consistente en la gestión política y jurídica de los conflictos y riesgos sociales. El proceso culminaría la gestación del Estado Social de Derecho. Éste sería el resultado de una evolución del Estado —por utilizar la

nueva imagen del hombre es destacada en varios discursos Bourgeois. Por lo demás Léon Bourgeois, fue Primer Ministro de gobierno republicano radical entre el 1 de noviembre de 1895 y el 23 de abril de 1896, y pudo acometer proyectos de reformas democráticas y sociales (Recogidos en *Ibid.*, págs. 57 y sigs.). Participó de manera destacada en la organización de la Sociedad de las Naciones creada por el Tratado de Versalles de 1919; llegando a presidir en 1920 su primera sesión inaugural. Se le concedido el Premio Nobel de la Paz también en 1920.

Sobre Bourgeois, véase Hamburger, M., *Léon Bourgeois 1851-1925. La politique radicale socialiste. La doctrine de la solidarité. L'arbitrage international et la Société des Nations*, Paris, Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1932; Niess, A. y Maurice Vaïsse, M. (dirs.), *Léon Bourgeois: Du solidarisme à la Société des Nations*, Langres, Dominique Guéniot. 2006; Demko, D., *Léon Bourgeois: Philosophe de la solidarité*. París, Éditions Maçonniques de France. 2002.

80 Gide, C.H., *Économie sociale. Les institutions du progrès social au début du XXe siècle*. París, Larose, 1905; Gide, C.H., *Cours d'economie politique* (1909), París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 5e édition, refondue et augmentée Edición en Línea. Marcelle Bergeron, École polyvalente Dominique-Racine de Chicoutimi, Province de Québec, 1919; Gide, C.H., *Économie sociale. Les institutions du progrès social au début du XXe siècle*. París, Larose, 1905.

81 Fouillée, A., *L' Evolutionisme des idées-forces*, París, Félix Alcan, 1890; Fouillée, A., *Nietzsche et l'immoralisme*, Parías, Félix Alcan, 1920; Fouillée, A., *La Psychologie des idées-forces*, París, Félix Alcan, 1893; Fouillée, A., *La Science sociales contemporaine*, París, Hachette, 1880; Fouillée, A., *La Propiéte sociale et la Démocratie*, París, Hachette, 1884: Fouillée, A., *L' Idèe moderne du droit*, París, Hachette, 1878. Fue traducido en nuestro país: Fouillé, A., *La ciencia social contemporánea* (1ª edición 1880; 2ª edición 1885), traducción, Prólogo y Notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1894. Su pensamiento ejerció una cierta influencia en la formación del Derecho Social en España como puede comprobarse en Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 87 y sigs. Véase Guyau, A., *La philosophie et la sociologie d'Alfred Fouillée*, Paris, F. Alcan, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1913; Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento político-jurídico de durkheim: solidaridad, anomia y democracia (I y II)", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, núm. 9-10, 2008, págs. 299-373 y 387-432, respectivamente. https://docplayer.es/45746337-El-pensamiento-politico-juridico-de-durkheim-solidaridad-anomia-y-democracia-i.html; https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3014022.

82 Un fenómeno bastante generalizado en los procesos de transición en Europa como puede comprobarse en Mayer, A.J., *La persistencia del antiguo régimen. Europa hasta la Gran Guerra*, Madrid, Alianza editorial, 1984, espec., capítulo 3 ("La sociedad política y las clases gobernantes: el eje del Antiguo Régimen"). La tesis de fondo que mantiene Mayer es que la persistencia del antiguo régimen fue, hasta bien entrado el siglo XX, el rasgo decisivo de la historia de Europa. Según esta interpretación, los elementos premodernos de Europa hasta la Gran Guerra de 1914, no eran los restos agonizantes y las frágiles reliquias de un pasado moribundo, sino la esencia misma de las sociedades civiles y políticas. La movilización de las fuerzas de la persistencia y de la inercia contra los avances del capitalismo industrial y de los nuevos valores sería la clave principal de esa "guerra de los treinta años" que ensangrentaría el siglo.

concepción de Durkheim— como instancia encargada de la autoridad soberana y ante todo como órgano del pensamiento social que encarna el devenir de la sociedad. Durkheim ya había señalado que el poder estatal ha de ser una instancia de regulación y control de la vida económica y no convertirse en un simple instrumento y servicio, como venía sucediendo en el siglo diecinueve.[83]

La democracia se debe asentar en una moral cívica y laica (coherente, ésta, con el proceso de secularización institucional[84]). De ahí su atención preferente al problema de la educación moral. Una de las funciones principales de la sociología científica era aportar una base objetiva de la moral capaz de impulsar "programas" de reforma social y política. Esa moralidad "objetiva" estaría llamada a constituir una fuente de solidaridad orgánica. Durkheim constató que en su tiempo la cultura moral y política estaba sumida en un *estado de confusión,* sin valores firmes que garantizasen la cohesión social. La ceguera del individualismo liberal radical contribuía a ese estado crítico.[85] En esa situación los valores se hacen "débiles" correspondientes a una edad moral oscura y difusa (crítica) y, por consiguiente, sin fuerza de convicción y oponibilidad. Durkheim deseaba encontrar una moral objetiva; y esto era en gran medida una misión de la sociología como ciencia moral. Su idea era restablecer una situación en la que los juicios morales recuperasen una objetividad trascendente y generalizable, donde ese carácter tendencialmente universalizante actúa como requisito de su éxito. Esa moral objetiva reflejaría, frente al individualismo asocial e insolidario, que los valores e identidades de todo individuo no pueden existir independientemente de la sociedad y de las comunidades o agrupaciones más amplias a las que pertenecen. Los valores e identidades son intrínsecamente sociales.

En el proceso de secularización del mundo occidental la moral laica sustituirá a la moral basada en la fe religiosa, en el marco de un "desencantamiento" del mundo.[86] Es ahora la misma sociedad la fuente de la moral civil y laica; es en ella donde tiene lugar la formación de las representaciones colectivas y una moral cooperativa. Para él *es moral todo lo que constituye fuente de solidaridad*, todo lo que fuerza al hombre a contar con otro. Entiende que el hombre no es un ser moral sino por vivir en sociedad, puesto que la moralidad consiste en ser solidario a un grupo y varía como esta solidaridad *("La división del trabajo social").* Es así que el ser social determina materialmente la conciencia y la solidaridad necesaria para la existencia de la sociedad y la adap-

83 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología,* Madrid-Buenos Aires, Miño y Dávila, 2006, pág. 364.

84 Sobre ese proceso en la modernidad, véase, por todos, Marramao, G., *Poder y secularización,* traducción de J.R. Capella y Prólogo de S. Giner, Barcelona, Ediciones Península, 1989.

85 Llama poderosamente la atención el hecho de que más allá de las diferencias específicas autores comunitarios como MacIntyre partan de ese estado de confusión moral como rasgos característicos de la sociedad contemporánea. Véase la ya obra clásica, Macintyre, A., *Tras la virtud (1981),* Barcelona, Crítica, 1987. MacIntyre puede afirmar que una filosofía moral "presupone característicamente una sociología. Cada filosofía moral ofrece, explícita o al menos implícitamente, un análisis conceptual parcial de la relación de un agente con sus razones, motivos, intenciones y actos, y al hacerlo, presupone por lo general que esos conceptos están encarnados, o al menos que pueden estarlo, en el mundo social real" (*Ibid.*, pág. 40).

86 Véase Weber, M., *Ética protestante y espíritu del capitalismo,* Barcelona, Eds. Península, 19...; sobre esta problemática es indispensable la consulta de la obra monumental de Blumemberg, H., *Trabajo sobre el Mito,* Barcelona, Paídos, 2003.

tación a las transformaciones en curso. Una sociedad basada en una división del trabajo no coactiva, sino cooperativa y consensuada es generadora de solidaridad orgánica. El Estado, conforme la sociedad se hace más compleja, acentúa su intervención en la sociedad civil. Tiene el deber de promover el bienestar de los individuos, debe garantizar un marco para el desenvolvimiento de la personalidad de manera que los individuos puedan llevar a cabo sus propias elecciones sin interferencias externas "absorbentes", pero al mismo tiempo que garantiza el principio de autonomía, al Estado es exigido que suministre a los individuos pertenecientes a la comunidad política las condiciones (incluidos los bienes materiales esenciales) requeridas para el ejercicio de su autonomía efectiva. En una sociedad orgánica el Estado se configura como un Estado educador y provisor del bienestar. Aunque Durkheim no destaca suficientemente que la democracia descansa en el pueblo, si dejó constancia de la apuesta por una democracia deliberativa, basada en la deliberación y en el consenso político.[87]

Opina Durkheim que los hechos sociales son hechos morales. En ello se refleja la influencia del socialismo de cátedra, que afirmaba el carácter moral de las relaciones económicas (Albert Schaefle —1831/1903—, socialista de cátedra *"sui generis"*; Adolf Wagner —1835/1917— y Gustav Schmoller —1838/1917—).[88] Para él la moral tiene el mismo objeto que el Derecho, es decir, también tiene por función asegurar el orden social, pues acepta la concepción de Ihering, conforme a la cual el Derecho remite al conjunto de las condiciones de existencia de la sociedad.[89] También encuentra una intensa conexión entre el Derecho y la religión: "el derecho es ininteligible si se le separa de la religión, de la que ha recibido sus principales caracteres distintivos y de la que en parte no es sino una derivación". Aunque Durkheim rechaza, en su visión holista, cualquier determinismo de análisis específico sobre la totalidad social, no deja de otorgar un peso especialmente relevante al factor religioso, que encuentra más influyente y determinante que el propio factor económico en la evolución social. Destaca en los socialistas de cátedra su enfoque interdisciplinar y no aislacionista: cuando un especialista llega a percibir los hechos de que trata son indisociables de las restantes manifestaciones colectivas, a fin de determinar en qué consiste esa interrelación se ve obligado a rehacer desde su punto de vista y a integrar en su investigación a todas las ciencias especializadas cuyo concurso le es necesario. Es lo que ha hecho Schmoller (1838-1917) en su *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*. Es toda una sociología vista desde el punto de

87 Una defensa de esta forma de democracia deliberativa en Nino, S.C., *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa editorial, 1997.

88 Durkheim, E., "La science positive de la morale en allemagne", en *Revue Philophique* XXIV (1887), recogido en *Textes,* vol. 1, *Élements d' une théorie sociales,* París, Minuit, 1975. Puede verse al respecto Lukes, S., *Émile Durkheim. Su vida y su obra. Estudio histórico-crítico,* Madrid, CSIC-Siglo veintiuno, 1984.

89 Véase esa concepción en Ihering, R.V., *El fin del Derecho,* Edición y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed.,1999. Para Steven Lukes las influencias son muy heterogéneas, porque el pensamiento de Durkheim se hallaba profundamente enraizado en el pensamiento del siglo XIX, e incluso en ciertas concepciones imperantes en el del XVIII. Cfr. Lukes, S., *Émile Durkheim. Su vida y su obra (1ª edición en inglés de 1973),* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1984, pág. 139, que apunta a una constelación de autores como Saint-Simon, Ihering, los socialistas de cátedra, Wundt, Comte, Spencer, Tönnies, etcétera.

vista económico. Es precisa una cooperación espontánea de todas las ciencias sociales particulares, siendo lo único que puede dar a cada una de ellas una noción un poco exacta de las relaciones que mantiene con las otras.[90]

Entiende Durkheim que "el Estado propiamente dicho es el conjunto de cuerpos sociales que tiene el atributivo exclusivo de hablar y actuar en nombre de la sociedad". No es sólo un instrumento que monopoliza el uso de la violencia legítima (como es la concepción de Max Weber), pues "cuando el Parlamento vota una ley, cuando el gobierno toma una decisión en los consejos que de él dependen, toda la colectividad se ve comprometida por ello". Cuando la sociedad adquiere un cierto grado de complejidad, ésta sólo puede actuar colectivamente a través de la intervención del Estado.[91] Es el centro que asegura la cohesión social, encarna en gran medida la consciencia colectiva. De manera que el Estado se sitúa en el punto central en el que todas las confrontaciones y conflictos desembocan; y el Estado tiene la virtualidad de percatarse mejor que otra instancia de la complejidad de las situaciones y de todos los elementos, toda vez que puede incluso percibir cosas que escapan a todas las partes en situación de conflicto. Es así, que "el Estado es pues, ante que nada, un órgano de reflexión... Es la inteligencia puesta en lugar del instinto oscuro. De ahí deviene la naturaleza de las constituciones que (lo forman). Todas tienes por objeto detener la acción demasiado apresurada, demasiado errónea, de la manera de permitir la deliberación" sin dejar por ello de ser un ente soberano. En una sociedad democrática el Estado es un órgano esencialmente pacífico y moral. El pacifismo de Durkheim le lleva a defender un orden internacional que garantice la paz en las relaciones internacionales basadas en la cooperación y solidaridad entre los Estados.[92] Este también era una los problemas no resueltos por la modernidad del capitalismo basado en sus orígenes por largo tiempo en un sistema de Estado nacionales sin un Derecho Internacional creador de unas estructuras institucionales de carácter supranacional o transnacional. La transición entre una solidaridad mecánica (la construida por el Estado de Derecho Liberal y de cobertura legal a un orden económico de autorregulación de las fuerzas económicas)[93] a una sociedad orgánica basada en un Estado de Derecho

90 Sociología y ciencias sociales (1903)", en Durkheim, E., *Las reglas del método sociológico*, trad. Santiago González Noriega, Madrid, Ediciones Altaya, 1997, págs. 286-287. Insiste igualmente en esa necesaria colaboración interdisciplinar en "La historia y las ciencias sociales" (1903) y en "Debates sobre la explicación en historia y en sociología" (1908), págs. 288 y sigs., y 292 y sigs., respectivamente. Sobre Schmoller, Monereo Pérez, J.L., "Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales*, núm. 193 (2008), págs. 11-76; Monereo Pérez, J.L., "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la Política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políicas y de las instituciones políticas*, n. 11 (octubre de 2017). Puede leerse en: http://www.eumed.net/rev/rehipip/11/jose-monereo.html.

91 Durkheim, E., «El Estado» (¿1900-1905 ?), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, pág. 61.

92 Véase Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917)*, París, Fayard, 2007, págs. 839 y sigs.

93 Sociedad del mercado autorregulado que tuvo siempre un carácter mítico que no se correspondió nunca plenamente con la realidad, confirmando un capitalismo utópico que enmascaraba el papel del Estado en la creación de las condiciones fundamentales para su desarrollo y racionalización de sus contradicciones estructurales. Véase Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la La Piqueta, 1989; Rosanvallon, P., *El capitalismo utópico*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2006.

Liberal-social que fomenta la solidaridad social y la predisposición de reglas de la actuación de las fuerzas dominantes en el mercado y orden de la producción. No se olvide que Durkheim acariciaba una suerte de utopía de la posible instauración de una sociedad mundial basada en la paz, cooperación solidaria, en la justicia y en los valores democráticos. Este nuevo orden permitiría superar la crisis moral de las sociedades industriales avanzadas, que junto con la anomía eran los males del siglo.

Hasta tal punto es así que "a través de él se organiza la vida moral del país"; y en atención a esta función el Estado interviene regulando la vida económica, social, familiar, etcétera.[94] Para mantener la cohesión social y mantener a raya todas las desigualdades, todas las injusticias que existen en la sociedad es necesaria una fuerza soberana por encima de los individuos y grupos que garantice la cohesión y esa fuerza es la del Estado. Se trataba de identificar la instancia a quien corresponde corregir las diferencias a través de la cualidad del vínculo social y la centralidad de la idea de solidaridad. Y esto era importante por el pauperismo (proletariado industrial) era una condición social de miseria de los trabajadores que equivalía a una situación de exclusión social. Esta idea ganando terreno para apostar por la implantación paulatina de un Estado intervencionista distribuido (con denominaciones distintas Estado social, Estado popular del trabajo, Estado providencia, Estado de procura existencial, Estado del Bienestar, etcétera). La respuesta la cuestión social del siglo XIX sería la constitución de una "sociedad aseguradora", con la pionera iniciativa de los seguros obligatorios en la Alemania de Bismarck. Se pansaba que las revoluciones podrían evitarse con una reforma social.[95] Para Durkheim era necesario que la sociedad tomase conciencia de su unidad orgánica, que el individuo sienta esa masa social que lo envuelve y lo penetra, y que ese sentido regula siempre su conducta.[96] Ello supuso en sí una ruptura con las concepciones del liberalismo individualista; el orden jurídico debería de garantía el derecho a la existencia digna, y con ello surgía el proyecto de instaurar una sociedad redistributiva, a través de nuevas formas de regulación que establecería el Estado Social redistribuidor y un "capitalismo organizado". Esto significaba instaurar la distribución política de la riqueza producida superando la lógica del individualismo propietario; significaba, asimismo, poner límites a la mercantilización del trabajo a través de los derechos sociales de desmercantilización garantizados jurídicamente (que introducía un principio distributivo/reparto político-jurídico alternativo al mercado) y el derecho a unas condiciones materiales para una existencia digna. Desde este punto de vista, se trataba de la adopción una fórmula jurídica de regulación pública distinta al derecho formalmente igualitario: una nuevo "derecho desigual", llamado a corregir y equilibrar las desigualdades presentes en la realidad social que condicionaban la lógica abstracta del sujeto jurídico igual del Derecho privado de los orígenes (el formalizado en los códigos

94 Durkheim, E., «El Estado» (¿1900-1905 ?), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, pág. 62-64.

95 Esta era el modo de pensar del "socialista de cátedra" Gustav Schmoller. Cfr. Schmoller, G., *Política social y economía política. Cuestiones fundamentales* (1898), edición y estudio preliminar, "La Escuela histórica Nueva en Econmía y la Política de Reforma Social" (pp.V-XXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho),

96 Durkheim, E., *Cours de science sociales* (1888), en *La Science social et L' Action*, París, PUF, 1970, pág. 97.

civiles). Es una forma jurídica de situada en el horizonte de establecer una sociedad solidaria —un nuevo orden solidario— sin alterar las instituciones fundamentales del orden económico y jurídico del capitalismo. Y ello, a pesar que la efectividad de tales derechos sociales implicaba la transformación y estructuración de la nueva sociales de iguales que se trababa de establecer. Los dilemas que se abrirían aquí son inmensos, implícitos al objetivo de un gobierno político de la sociedad en la dirección de una solidaridad redistributiva de la riqueza que se produce. La política del Derecho del Estado distribuidor deriva del conflicto y establecer un marco y un sistema de límites a las fuerzas que operan en el espacio del mercado. El Estado intervencionista mantiene poder sobre el orden económico en un espacio contradictorio de relaciones y encuentros interdependientes de poderes públicos y privados. Y esto permite una comprensión explicativa de las contradicciones internas de una democracia solidaria en el orden de las sociedades de capitalismo "organizado".

Se comprende, pues, que "a causa de su función central, el Estado es pues más que cualquier otro órgano colectivo capaz de darse cuenta de las necesidades generales de la vida en común e *impedir que no sean subordinadas a intereses particulares*. Éstas son las más reales del importantísimo papel *moral* que ha de desempeñar en la historia. No significa que puede ser suficiente para todo. Él también necesita ser contenido por el conjunto de las fuerzas secundarias [incluidos los grupos secundarios] que le están subordinadas; sin ello, como todo órgano al que nada detiene, se desarrolla sin medida y se vuelve tirano. No por eso deja de ser cierto que, en las sociedades complejas, *es el instrumento necesario por medio del cual se realiza la igualdad y, por consiguiente, la justicia".* Para Durkheim el Estado no puede presentarse como un antagonista del individuo, pues cuando más fuerte y activo se vuelve el Estado democrático, más libre se hace el individuo. Hasta tal punto es así, que se puede afirmar que "es el Estado quien lo libera" ya ha de hacerlo a través del Derecho: "El Estado no debe pues tender a aumentar su gloria a través de la conquista de territorios nuevos, siempre injusta, sino a *hacer imperar más justicia en la sociedad que personifica*".[97] El Estado expresa la constitución moral del país.

Piensa Durkheim que el Estado es un órgano de pensamiento social, de manera que la democracia se basa en una relación comunicativa entre el Estado, como órgano específico, y la sociedad en la complejidad de los elementos que la componente. Según Durkheim las sociedades democráticas son más flexibles y capaces de responder a los desafíos planteados en cada momento, por contraposición a las sociedades inorganizadas de los orígenes, a las pseudodemocracias. Estás últimas están totalmente dominadas por el yugo de la tradición. Por otra parte, y en relación a ello, "cuando más estrecha se vuelve la comunicación entre la sociedad gubernamental y el resto de la sociedad, cuanto más se extiende esta conciencia y abarca más cosas, más democrático es el carácter de la sociedad". Es así, que "la noción de democracia está definida por una extensión al máximo de esta conciencia y, por ello mismo, decide esta comunicación".[98] La democracia es una sociedad política con un Estado

97 Durkheim, E., «El Estado» (¿1900-1905 ?), en Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 66-67.

98 Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Físicas de las costumbres y Derecho,* trad. Estela Canto, revisión, edición y Est.prel., "Cuestión social y reforma moral" (pp. VII-.LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, Séptima Lección ("Moral cívica. Formas de Estado. La democracia"), pág. 108.

que no se pliega sobre sí mismo, sino que establece una continuada relación comunicativa con la sociedad civil, estableciéndose constantes comunicaciones entre éste órgano especial y los otros agrupamientos y asociaciones de la sociedad. La sociedad entera interactúa con el Estado y "participa en la vida pública". Esta relación de comunicativa y de interdependencia más estrecha no debilita al Estado democrático, sino que lo fortalece dotándole de legitimidad y apoyo social. El Estado intensifica sus lazos con la "masa de la nación y, en consecuencia, comunica con ella por absoluta necesidad". Con todo, conforme más complejas son las sociedades, más necesidad de reflexión requieren para conducirse democráticamente y manera organizada. Y la reflexión colectiva es imprescindible, porque sólo ésta permite descubrir las prácticas nuevas que son útiles, porque ella sola puede dar respuesta a las necesidades del presente y anticipar el porvenir. Se puede comprender perfectamente, por qué las asambleas constituyentes se han convertido en una institución cada vez más general y relevante; es que precisamente ellas son el órgano por el cual las sociedades reflexionan sobre sí mismas y, en consecuencia, el instrumento de las transformaciones casi ininterrumpidas que necesitan las condiciones actuales de la existencia colectiva. Para poder responder a las exigencias del momento es preciso que los órganos sociales cambien a tiempo y, para que cambien a tiempo y rápidamente, es necesario que la reflexión social siga atentamente los cambios que se hacen en las circunstancias y que organicen los medios para adaptarse a ellos. Al propio tiempo que los progresos de la democracia son necesarios por el estado del medio social, son igualmente requeridos por nuestras ideas morales más esenciales. La democracia hace posible que la sociedad sea ella misma en la medida en que es una sociedad capaz de acción. Y en esto se percibe la "superioridad moral" de la democracia; pues como es el régimen de la reflexión, permite al ciudadano aceptar las leyes de su país con más inteligencia, y, por lo tanto, con menos pasividad. Como existen comunicaciones permanentes entre los ciudadanos y el Estado ya no es para ellos una fuerza exterior que les imprime un impulso completamente mecánico y coactivo. En virtud de los intercambios continuos entre los individuos y el Estado la vida de éste se vincula a la de ellos, y la de ellos a la del Estado democráticamente organizado. Pero el Estado no es un simple órgano reproductor ("no es un calco" de la sociedad), pues el papel del Estado no es expresar, resumir el pensamiento de la multitud, sino añadir a este pensamiento irreflexivo un pensamiento más meditado y que, como consecuencia no puede ser idéntico. Es y debe ser un centro de representaciones nuevas, originales, que deben poner a la sociedad en estado de conducirse por los sentimientos oscuros o irracionales que actúan sobre ella. Esta interconexión no se produce sólo entre individuos y Estado, sino que requiere también de "intermediarios". Durkheim subraya que el malestar político de la época depende de las mismas causas que nuestros males sociales de la ausencia de cuadros secundarios intercalados entre el individuo y el Estado. Los grupos secundarios son indispensables para que el Estado democrático no oprima al individuo. Estos grupos son de carácter territorial y de naturaleza profesional. Entiende que los grupos durables, esos a los que el individuo aporta toda su vida, a los que está íntima y estrechamente vinculado, son los grupos profesionales. Por ello mismo, parece lógico que estén llamados a convertirse en el porvenir en la base de nuestra representación política y de nuestra organización social.[99]

99 Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Físicas de las costumbres y Derecho*, trad. Estela Canto, revisión, edición y Est.prel., "Cuestión social y reforma moral" (pp. VII-.LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, Octava Leccion ("Moral Cívica. Forma de Estado. Democracia"), págs. 112 y sigs.

De este modo, el Estado democrático era para él un órgano moral garante de la justicia y la dignidad de las personas; un Estado que debería defender esos derechos frente a pretensiones coloniales o imperiales de otros pueblos. Esa apuesta y denuncia del colonialismo y del imperialismo que sometía a otros pueblos era compartida con su amigo Jean Jaurès, el gran dirigente del partido socialista francés. La proximidad de pensamiento de Durkheim con el socialismo francés de la época se vería facilitada por la orientación reformista del mismo postulada desde finales del siglo diecinueve por Jules Guesde y Paul Lafargue, que en el marco de la Segunda Internacional postuban un socialismo democrático-reformista que desde dentro del capitalismo avanzaría hacia la instauración de un régimen socialista a través de un lento camino de reformas mínimas encadenadas que se materializarían en un parlamento pluralista con un creciente peso de las clases populares gracias a la conquista del sufragio universal.[100] Para Durkheim el socialismo era un hecho social que expresa un cambio en la sociedad que se convertiría también en un fenómeno sociológico y cultural. El socialismo expresa en sí mismo la fractura social y el déficit de integración en la sociedad de su tiempo, es decir, el conflicto social entre grupos sociales derivado de situaciones de desigualdad intolerables. Por ello se mostraría favorable a las reformas sociales impulsadas por el republicalismo social y el socialismo reformista;[101] en éste encuentra una cierta manera de concebir y explicar los hechos sociales, su evolución en el pasado y su desarrollo en el futuro,[102] aunque Durkheim describe los fun-

100 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.

101 Según Durkheim el socialismo es una corriente plural de pensamiento y acción, un "género" que tiene diversas manifestaciones en la proyección histórica de las diversas doctrinas socialistas. Aunque para Durkheim la cuestión social sea una cuestión moral más que económica, no deja de constatar "que las transformaciones morales a las que aspira el socialismo dependen de transformaciones en la organización económica", pero las primeras están ligadas a la con las segundas. Destata que como rasgo común de todas las direcciones socialistas que "todas demandan que las funciones económicas estén organizadas", aunque es cierto que la organización, que declaran necesaria, no es la misma en los diferentes doctrnas. Para él son matices. Por ello concluye que. "El socialismo es una tendencia ahacer pasar, bruscamente o progresivamente, las funciones económicas del estado difuso en que se encuentran a un *estado organizado.* Es aun, podríamos añadir, una aspiración a la socialización, más o menos completa, de las fuerzas económicas". Siendo ello así una tal "revolución" no e puede llevar a cabo sin acometer profundas "transformaciones morales": "En efecto, socailizar la vida económica es subordinar los fines individuales y egoístas, que son todavía preponderantes en ella, a fines verdadermanete sociales, por lo tanto, morales. Por consiguiente, *es introducir en ella una moral más elevada.* He aquí por qué ha ha podido decirse, no sin razón, que el socialismo tendía a producir más justicia en las relaciones sociales. Pero si esas consecuencias morales están comprendidas en la definición del socialismo, no pueden servir para definirlo, porque se extendienden más allá de él". El socialismo de su época no constituye una vuelta atra´s, "el socialismo, tal como lo hemos definido, parece ma´s bien implicado en la naturaleza misma de las socieades superiores. En efecto, sabemos que cuanto más avanzamos en la historia, más las funciones sociales, primitivamente difusas, se organizan y se socializan". Constata que en el desarrollo de las sociedades se requieren cambios en la constitución del medio social: "Entonces, si las condiciones fundamentales de las que depende el desarrollo histórico continúan evolucionando en el mismo sentido, podemos prever que esa socialización se volverá cada vez más completa y se extenderá poco a poco a las funciones que todavía no ha alcanzado". Con todo, "no se ve por consecuencia de qué privilegio las funciones económicas serían las únicas capaces de resistir victoriosamente a este movimiento". Cfr. Durkheim, E., «Sobre la finalidad del socialismo» (1893), en Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F. Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 111-120.

102 Durkheim, E., «Socialismo y ciencia social» (1897), en Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F. Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 120 y sigs., en particular pág. 120. Entiende que,

damentos del materialismo histórico no deja de apreciar la ideología del socialismo como expresión de una realidad subyacente de malestar y conflicto social.[103] Estas reformas —que estimaba posibles en su realización gradual— permitirían restablecer sobre nuevas bases las situaciones de anomía y desagregación social. Así el nuevo orden político y social que surgiría de dichas reformas podría conseguir una mayor igualación y con ella una nueva fuente de legitimación y hegemonía de élites dirigentes del Estado republicano. En su opinión el socialismo conduciría a un Estado organizado e intervencionista, como centro directivo y consciente de la sociedad orgánicamente constituida. Por ello mismo podía aceptar la utilidad del socialismo reformista para resolver los problemas de falta de solidaridad orgánica que había detectado en obras como *La división del trabajo social* y en sus ensayos sobre la función del Estado en una sociedad moderna integrada y regulada, no sólo en el Estado, sino también a través de asociaciones intermedias mediadoras dinámicas en las relaciones interdependientes entre la sociedad política y la sociedad civil. Lo que sí rechazaba de plano es aquella versión el socialismo revolucionario que, en su opinión, podría destruir toda posibilidad de integración *general*, al ser excluyente de grupos o clases sociales que formarían parte de un capitalismo organizado y más incluyente. Él expresó su simpatía con el reformismo socialista que rehúsa tanto de la revolución como del determinismo económico, otorgando más relevancia a los factores culturales y al sistema de creencias que constituyen otros aspectos centrales de en el haz de vínculos sociales. También rechazaría la posición extremista de George Sorel orientada hacia la defensa del "sindicalismo revolucionario". Durkheim defendía más bien un sindicalismo reformista orientado hacia la integración como expresión de una solidaridad orgánica que contribuía a materializar nuevas formas de cohesión y la moral social. Pero Durkheim no era ingenuo y pensaba que esa aspiración hacia una cohesión y moral social a través del sindicalismo y las corporaciones no podría implantarse inmediatamente ante el hecho social —que también era para él el movimiento

en términos precisos, el « socialismo no puede ser científico ». Pero « si no es una teoría científica de los hechos sociales, es no obstante un hecho social de la mayor importancia que los sociólogos deben procurar comprender». El socialismo « es antes que nada la manera en que ciertas capas de la sociedad particularmente castigadas por los sufrimientos colectivos se los representan. Pero, al menos, demuestra la existencia de un malestar social y, sino hay una expresión más adecuada, puede ayudar a comprenderlo, porque deriva de él ». Importa, pues, esta realidad subyacente (*Ibid.*, págs. 127-128). Esta idea está también presente en la obra de Posada, A., *Socialismo y reforma social,* Madrid, Librería de Fernando Fé, 1904. Aunque Posada expresa una mayor simpatía por el socialismo jurídico de autores como Anton Menger, del cual había realizado una importante traducción acompañada de un estudio preliminar harto significativo de lo que un republicanismo de cátedra o liberalismo social podría tener de proximidad con esta corriente de pensamiento del iussocialismo. Así, se refleja en págs. 90 y sigs. (« Socialistas y juristas »). Sin embargo, cuando Adolfo Posada entra en el tratamiento específico de la « reforma social », se posición se encuntra más próxima con el liberalismo social y con el «solidarismo jurídico» postulado en la Francia de la III República (*Ibid.*, págs. 111 y sigs.) : reclama la «noción de deber social», el «contrato de trabajo» intervenido, el «contrato colectivo de trabajo», destacando la función de los sindicatos profesionales (incluida la huelga regulada), los procedimientos de conciliación y arbitraje en los conflictos obreros y, en general, el conjunto de la legislación laboral en las materias que tratan de dignificar la condición del trabajador (jornada de ocho horas, salarios, etcétera).

103 Durkheim, E., «La concepción materialista de la historia» (1897), en Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 131 y sigs. No obstante, indica que es « fecunda la idea de que la vida social debe explicarse, no por la concepción que de ella se hacen quienes participan en ella, sino por causas profundas que escapan a la consciencia : también pensamos que esas causas deben ser buscadas principalmente en la manera en que están agrupados los individuos asociados » (*Ibid.*, pág. 135). Ahora bien, el proceso histórico no esta determinado tan sólo por el estado de la técnica industrial y por el desenvolvimiento de la economía, como también está probado que sea la causa fundamental del malestar que pueden sufrir las sociedades europeas (*Ibid.*, pág.159).

socialista— de las desigualdades sociales y conflictos sociales que contrataban con ese objetivo ideal de integración social, el cual no se podía producir espontáneamente.[104] Esos conflictos caracterizaban su época y están estrechamente vinculados a las relaciones capitalistas de producción; y se acrecentaban por el déficit de "solidaridad orgánica". Nuestro pensador era consciente que estaba inmerso en una crisis de época y de transición entre dos mundos y que él percibía como la *metáfora* de la distinción entre "solidaridad mecánica" y "solidaridad orgánica", pero no creía que esa transición fuese espontánea, sino que exigía una forma de Estado más activa y comprometida con la solidaridad social y con la solución de los conflictos de clases que enfrentaban a la sociedad moderna. Por ello mismo encontraba puntos de proximidad con aquellas tendencias reformadoras que contribuían a esa transición como eran las corrientes ideológico-políticas del socialismo democrático-reformista y del "solidarismo social", el cual se inspiraba directamente en su pensamiento construido desde su gran obra sobre la división del trabajo social y que fue reelaborando —con gran coherencia interna— en sucesivas obras y pronunciamientos sobre la política de su tiempo. Durkheim, sin embargo, no era socialista más allá de su proximidad y simpatía hacia un movimiento de ideas que pretendía cambiar la sociedad buscando mecanismo de integración e inclusión social. Su pensamiento encaja más bien con la corriente plural del liberalismo social de base organicista y corporativista democrático.[105] Entre nosotros Adolfo Posada encajaba con un republicanismo social que entroncaba, por simpatía, con la ideología del "solidarismo social" francés (ya había traducido a Fouillée...[106]) y expresaba una crítica radical al individualismo posesivo a través de la asunción de la filosofía social del krausismo que recibió por mediación de Francisco Giner de los Ríos y Gumersindo de Azcárate.[107] Para el republicanismo liberal reformista la cuestión social iba mucho más allá de una

---

104 Durkheim, E., «Internacionalismo y lucha de clases » (1906), en Durkheim, E., *Escritos políticos,* trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 141 y sigs., donde expresa su simpatía con un cierto socialismo reformista moderado, rechazando de plano el socialismo y el sindicalismo revolucionario, el cual vendría unido a una « revolución destructiva ». Piensa que el desarrollo del capitalismo generador de antagonismo entre las clases sociales podría ordenarse a través de instituciones morales y jurídicas en un sentido de mayor solidaridad en la vida económica. Es importante el factor de la conciencia : « Es precisamente bajo la influencia de la Revolución Francesa que se han formado las nuevas aspiraciones; el comienzo del socialismo está en la Revolución Francesa ». Ha de tomarse en consideración « las ideas morales de las cuales ella ha sido la resultante y la expresión », y, según Durkheim, esto no se percibe a través de « la fórmula materialista marxista » (*Ibid.*, pág. 148). Y apuesta por la lógica de la reforma moral (que es la estaría detrás de la reforma social) : «Se trata de saber si el socialismo es milagroso como él mismo pretende, si es contrario a la naturaleza de nuestras sociedades, o bien si sigue la pendiente de su evolución natural, de suerte *que no tiene que cambiarlas de arriba a abajo para establecer. Es esta última concepción la que me parece que la historia muestra*» (*Ibid.*, págs. 150-151).

105 Para el el encuadramiento del liberalismo social, Hobhouse, L.T., *Liberalismo,* edición y Est.prel., a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J.L., "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: L.T. Hobhouse", en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, octubre-Diciembre, 2007; Posada, A., *Woodrow Wilson y su obra el Estado,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921; Posada, A., *La sociedad de las naciones y el derecho político. Superliberalismo,* Madrid, Caro Raggio, 1924: Posada, A., *Tratado de Derecho político,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003; Posada, A., *La crisis del Estado y el Derecho político,* Madrid, C. Bermejo, Impresor, 1934. Una exposición completa sobre la crisis del liberalismo y el advenimiento de la corriente del liberalismo social, en Monereo Pérez, J.L., *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356 y sigs.

106 Fouillée, A., *La ciencia social contemporánea,* trad., Prólogo y Notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1894.

107 Monereo Pérez, J.L., *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 174 y sigs. ("Los presupuestos de la reforma desde el liberalismo político-social avanzado"), y 356 y sigs. ("Teoría e ideología del liberalismo social reformista"; se reflexiona sobre

cuestión estrictamente económica —que también concurría como factor determinante— siendo un problema social, una cuestión eminentemente moral. De ahí que, aparte de reorganizar el orden económico-social y las desigualdades entre las clases, era preciso construir una nueva moral necesaria para impulsar solidaridades orgánicas en una sociedad fragmentada como es la propia del capitalismo y establecer nuevas bases de legitimación de las instancias política de la sociedad. De esa construcción nace también su compromiso como científico e intelectual que atiende a las realidades conflictivas de su tiempo (cuestión social, su posicionamiento contrario a la primera guerra mundial,[108] su posición crítica respecto al caso Dreyfus, sus reflexiones sobre el papel del sindicalismo y del intervencionismo estatal, su crítica individualismo posesivo insolidario, su simpatía por los movimientos reformistas de diversa índole ideológica, etcétera). Corrientes ideológicas como el solidarismo social y el socialismo reformista (como el socialismo utópico, el socialismo jurídico, las corrientes revisiones del marxismo como la creada a partir de la crítica de Bernstein) habían tenido la virtualidad —que él destacaba— de poner de relieve los problemas de su tiempo y de tratar de buscar soluciones constructivas para resolverlos; es decir, había sido herramientas analíticas para la percepción de los fenómenos y hechos sociales, con diagnóstico que estaban siendo útiles a diferencia de la parálisis conservacionista que mostraban las ideologías tradicionales dominantes. Eras estás ideologías integradoras y constructivas frente a la deriva destructiva y disolvente de las ideologías revolucionarias de su tiempo, como el socialismo revolucionario (cuyo exponente máximo era para él el marxismo; con el marxismo "vulgar" de Jules Guesde, dominante por otra parte en la Segunda Internacional de la Socialdemocracia), el sindicalismo revolucionario y el anarquismo. Estaba próximo a los socialistas de cátedra como Schmoller, Schäffle,[109] y, en parte, Sombart, etcétera).[110] Para

el solidarismo y la teoría de Durkheim en págs. 364 y sigs.) y 477 y sigs. ("La crítica de la concepción limitada de la ciudadanía liberal en la crisis del Estado liberal de Derecho. Los límites de la concepción liberal individualista de los derechos") y 506 y sigs. ("La función de las organizaciones profesionales y su posición institucional"). La obra de Francisco Giner enriqueció la cultura política y jurídica en nuestro País, siendo paradigmática su obra Giner de los Ríos, F., *La persona social. Estudios y fragmentos* (1924), ed., y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

108 Que se hace acompañar con una crítica sistemática al Estado totalitario, situado "por encima de la moral"; donde "fin justifica los medios"; un Estado situado "por encima de la sociedad civil" dominada. Véase Durkheim, E., «Alemania por encima de todo. La mentalidad alemana y la guerra» (1915), y el « Informe sobre la situación de los rusos del Departamento del Sena» (1916), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, págs. 155 y sigs., y 201 y sigs., respectivamente. Durkheim vivió el drama de la vocación imperial de Alemania, de cuyos pensadores había tenido una gran influencia. Veáse, al respecto, Robles Morchón, G., *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim,* Pamplona, Thompson/Aranzadi, 2005.

109 Schäffle, *La quintaesencia del socialismo*, trad., y "Prólogo" y "Notas" de A. Buylla y A. Posada, Madrid, Librería N.E., 1895.

110 Para esa simpatía con el socialismo de cátedra (que, en realidad, en partidarios del "socialismo de Estado") de republicanos y liberales sociales como Durkheim, Giner de los Ríos, Azcárate, Adolfo Posada, véase Monereo Pérez, J.L, *La reforma social en España: Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2003; Monereo Pérez, J.L., El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II), en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE.* Año 8. Núm. 15-16 (2011). https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm. https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm

MONEREO PÉREZ, J.L., "El reformismo socio-liberal de Giner de los Rios. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 142 (2009), págs. 279-338; Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos y su generación", en Gregorio Cámara

Durkheim el socialismo tiene múltiples expresiones, muchas de ellas anteriores al socialismo marxista cristalizado y estereotipado en la Segunda Internacional como pretendida ciencia en sentido estricto,[111] como el socialismo "utópico" o "romántico",[112] y las posteriores expresiones del socialismo democrático reformista. Estaba más próximo, sin duda, a los socialistas románticos o utópicos, que postulaban un socialismo sin revolución política disruptiva radical, y que ni imaginaban una sociedad integrada sin desigualdades sociales intolerables. Su concepción del núcleo ideal del socialismo como definidor de un fenómeno social que reclamaba la intervención de los poderes públicos — como centros directivos conscientes de la sociedad— en las relaciones económicas y sociales refleja, en realidad, qué es lo que realmente le interesaba de él a los fines del restablecimiento de los vínculos sociales de cohesión y solidaridad orgánica de la sociedad de su tiempo. Se trata de hacer realidad los grandes valores de la Revolución Francesa, libertad, igualdad y fraternidad, entendida ésta, de manera laica, ante todo como solidaridad social. Y precisamente la idea de solidaridad social conduce a garantizar los derechos sociales de las clases desposeídas, a la vez que fomenta la integración y la cooperación, constituyendo un instrumento de legitimación política y moral (una moral que es fuente creadora de solidaridad) de una sociedad regulada. Lo entendía como el único medio de adecuación moral y orgánica de comunidad para resolver la cuestión social de su tiempo derivada del pauperismo industrial y la consiguiente fractura social. En este sentido el papel del Estado —como órgano de pensamiento social— no puede sino estar vinculado a la sociedad civil y comprometido con el reforzamiento de los lazos de socialización de los individuos y grupos que la integran: sociedad política y sociedad civil integran un conjunto de elementos interdependientes en el pensamiento de Durkheim. De tal manera que la cuestión social es un problema de integración que puede ser resuelta a través de una política de reformas sociales conducidas por un ideal moral.[113] Y efectivamente Durkheim tendrá una importancia decisiva en la reformulación de la cuestión social:

Villar (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Universidad de Granada, Granada, 2000, págs. 85-136; Monereo Pérez, J.L., "Álvarez Buylla y González Alegre, A. (1850-1927): "La reforma jurídico-social y el aseguramiento público en España desde el republicanismo social y el "socialismo de cátedra"", en *Revista de derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 24 (2020), págs. 295-330.

111 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. Autores como el propio Marx, Berstein y Sorel habían negado que el socialismo marxista fuese una ciencia en sentido estricto. La elevación a ciencia tendría efectos manipuladores durante la dictadura estalinista y el llamado "marxismo soviético", un marxismo vulgar y acrítico, precisamente nada dialéctico. Véase el paradigma de ese marxismo en las publicaciones propias de Stalin. Al respecto, Monereo Pérez, J.L., *La tradición del marxismo crítico*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011.

112 Sobre el socialismo utópico y el romanticismo social, véase DESANTI, D., *Los socialistas utópicos* (1970), Barcelona, Anagrama, 1973; Alexandrian, S., *El socialismo romántico* (1979), Barcelona, Laia, 1983; Petitfils, J-C.H., *Los socialistas utópicos* (1977), Madrid, Magisterio Español, 1979; Picard, R., *El romanticismo social* (1944), México D.F., FCE, 2ª ed., 1987. De interés es la selección de textos de los clásicos del socialismo utópico, BABEAUF, G., SAint-Simon, H. de, Blanqui, A., Fourier, CH. y Considerant, V., *El socialismo anterior a Marx*, Barcelona, Grijalbo, 1975. Sobre todos estos pensadores existen abundantes traducciones al castellano.

113 Véase Durkheim, E., *El socialismo*. Edición de R. Ramos, Madrid, Alianza, 1982 (que significativamente se centraba más en los socialistas utópicos o románticos "premarxistas", que lugar de referirse al socialismo de Karl Marx); Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Físicas de las costumbres y Derecho*, trad. Estela Canto, y Est.prel., "Cuestión social y reforma moral" (pp. VII-.LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

él comprendió que la sociedad industrial inauguraba un modo de relación específicamente nuevo entre los sujetos sociales, que ya no podía fundarse en las protecciones cercanas de la sociedad primaria (él de la "solidaridad mecánica"). Por lo tanto, había que retomar en un nuevo esfuerzo la cuestión del vínculo social en la sociedad moderna amenazada por una desafiliación de masas. La solidaridad "orgánica" inauguraba el nuevo régimen de existencia que debía prevalecer en la sociedad industrial. Puesto que la división del trabajo implicaba una complementariedad de tareas cada vez más específicas, esta idea de que la sociedad moderna estaba constituida por un conjunto de condiciones sociales desiguales e interdependientes tenía un fundamento objetivo.[114] Su punto de mira era contrario al liberalismo contractual, que ignoraba la intrínseca dimensión colectiva del vínculo social existente en las relaciones de trabajo dependiente o subordinado. Pero la solidaridad debería ser objeto de construcción para buscar elementos que reforzaran la solidaridad y los vínculos sociales comunes en la pluralidad de las subjetividades. Aquí, como se indicó, el Estado tenía una función esencial para regular y organizar la solidaridad como sistema de protecciones sociales. Y ello en coherencia con la configuración del Estado como "órgano del pensamiento social".[115] Esta dirección sería desarrollada por los solidaristas de la III República encabezados por Léon Bourgeois[116] que materializó el papel del Estado intervencionista: un Estado de reforma legislativa encaminada a alcanzar la justicia social. En su tecnificación jurídica el papel central lo tendría, sin embargo, el genial Léon Duguit con su concepción institucionalista de la solidaridad social y la encarnación del "Estado administrativo" de servicio público.[117] De ahí surgiría el embrión del Estado de provisión social (que en la Francia de la época se denominaría —en expresión poco afortunada— durante largo tiempo "Estado providencia"). Y al tiempo, y con otros discursos iussocialistas, "socialismo de cátedra", liberalismo social, democracia cristiana, conduciría hacia las políticas de solidaridad social que sentaría las bases de los Estados Sociales europeos.[118] La anomía derivada de la fractura social en las socieda-

---

114 Castel, R., *La metamorfosis de la cuestión social,* Barcelona, Paidós, 1997, págs. 278-279, con referencia a Durkheim, E., *De la división du travail social,* París, 1ª ed., 1895; y Durkheim, E., *Leçons de sociologie,* París, PUF, 1950.

115 Durkheim, E., *Leçons de sociologie,* París, PUF, 1950, pág. 95. Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Físicas de las costumbres y Derecho,* trad. Estela Canto, y Est.prel., "Cuestión social y reforma moral" (pp. VII-.LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

116 Bourgeois, L., *Deux Discours de M. Léon Bourgeois,* París, Féderation nationale de la mutualité française, 1903.

117 Duguit, L., *Manual de Derecho Constitucional,* edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005: Duguit, L., *Soberanía y Libertad.* Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921), traducción y prólogo de José G. Acuña y revisión, edición y estudio preliminar, "La soberanía en la Modernidad: León Duguit y la "crisis" de la Soberanía", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013. Esta edición culmina con un ensayo de Otto Kirchheimer, *En busca de la soberanía,* que apareció bajo el título "In Quest of Sovereignty", en *Journal of Politics,* 6 (1944); Duguit, L., *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, 2007.

118 La solidaridad aparece como una "idea-fuerza" que subyace a la construcción de todo el Derecho Social contemporáneo y que acabó siendo un principio constitucional que impregna a a todos los derechos económico, sociales y culturales. Véase Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; Monereo Pérez, J.L., *Los orígenes de la Seguridad Social en España,* Granada, Comares, 2007; BALDWIN, P., *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, poniendo, por cierto, de relieve las ambigüedades de la solidaridad en la construcción de los Estados del Bienestar europeos. El padre de la

des encontraría una solución más adecuada a través de un nuevo orden articulado con protecciones sociales y una sociedad civil pluralista más activa que facilitaría la agregación social; pero una sociedad civil estructurada que no es absorbida por el Estado como instancia que impulsa los procesos de integración política y social, en el marco de un interdependencia funcional y dinámica. Durkheim no creía en un orden espóntaneo para resolver la cuestión social planteada relaciones de trabajo que sometían a los trabajadores a poder privados que ejercían un dominio sobre la persona desde presupuestos de un individualismo egoísta. De ahí que sin esa necesaria intervención no podría producirse una transición completa de la solidaridad mecánica por la solidaridad orgánica. Si el Estado, las asociaciones y las corporaciones de la sociedad civil adoptaran comportamientos solidarios[119] podrían crearse las condiciones del progreso de la sociedad hacia un orden más integrado que abordarse los problemas estructurales no resueltos por la modernidad, o, incluso, por ella creados, como la "anomía", la desafiliación social y el "suicidio" motivado por causas sociales; situaciones de patología social que el propio Durkheim había estudiado como hechos sociales.

En sus obras fundamentales persiste en su concepción del método sociológico. Para el método sociológico reposa por entero sobre un principio fundamental consiste en que los hechos sociales deben ser estudiados como cosas, es decir, como realidades exteriores al individuo; no hay precepto que haya sido más comprobado. Para que la existencia de la Sociología sea posible, es necesario que tenga un objeto que a ella sola pertenezca y al que conozca como una realidad propia y no obtenida de otras ciencias; cuando no existe nada de real fuera de las conciencias particulares, se desvanece falta de materia propia. Por otra parte, la sociología tiene sentido porque existen sociedades, y no existen sociedades si no hay más que individuos. Finalmente, el estudio sociológico poner de manifiesto que el individuo está dominado por una realidad moral que lo supera, es decir, la realidad colectiva.[120] Por ello, afronta el "suicidio como fenómeno social".[121] Durkheim no se limita a analizar las causas de los suicidios, sino que plantea también la necesidad de investigar sobre qué actitud deben adoptar las sociedades actuales respecto a este fenómeno social.[122] Entiende que hay que afrontar las causas realidades y que la educación no es suficiente (sería atribuir a la educación un poder que no tiene). Es en gran medida un déficit de integración suficiente en la sociedad. Es preci-

---

Seguridad Social francesa, había reclamado la idea de solidaridad en la redacción de sus planes de seguridad social, en la condición de Director general de la Seguridad Social. Así, Loroque, P., *Recueil d'écrits,* París, Association pour l' étude de la Sécurité sociale", 2005, pág. 129. En la perspectiva de la filosofía del Derecho, véase DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad,* México D.F., Distribuciones Fontamara, 1993.

119 Y no se olvide que para Durkheim la nueva moralidad solidaria e integradora exige una "educación moral" que se oriente a formar un hombre nuevo. Cfr. Durkheim, E., *La educación moral* (2002), Madrid, Morata, 2002.

120 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, Prólogo, págs. VIII-X.

121 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, Libro Tercero ("El suicidio como fenómeno social en general"), págs. 323 y sigs.

122 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, capitulo II ("Consecuencias prácticas") del Título III, págs. 403 y sigs.

so que el individuo se sienta más solidario de un ser colectivo que le ha precedido en el tiempo, que le sobrevive y que le supera en todas partes. Es necesario crear una sociedad solidaridad con grupos y corporaciones: Pero no sólo sería combatido así el "suicidio egoísta", también el "suicidio anómico". La anomía procede de que, en ciertos puntos de la sociedad hay falta de fuerzas colectivas, es decir, de grupos constituidos para reglamentar la vida social. Resulta, en parte, de ese mismo estado de disgregación de donde proviene también la corriente egoísta. Sólo que esta misma causa produce diferentes efectos, según que su punto de incidencia actúe sobre las funciones activas y prácticas o sobre o sobre las funciones representativas. El remedio es el mismo en ambos casos. Se puede verificar que el principal cometido de las *corporaciones* sería, tanto en el porvernir como en el pasado, reformular las funciones sociales y, más específicamente, las funciones económicas, sacarlas, por consiguiente, del estado de desorganización en que están ahora. Se debería establecer una disciplina moral de un género nuevo, sin la cual todos los descubrimientos de la ciencia y todos los progresos del bienestar social no podrían engendrar nunca más que descontentos. No se ve en qué otro medio podría elaborarse esta ley de justicia distributiva, tan urgente, ni por qué otro órgano podría ser aplicada. Sin duda que sólo una potencia moral puede dar la ley al hombre; pero es preciso, además, que esté bastante mezclada con las cosas de este mundo para que pueda estimularlas en su verdadero valor. *El grupo social ofrece ese doble carácter. No deja de ser cierto, por otra parte, que el Estado tiene también importantes funciones que cumplir. Pero su acción, observa, no puede ejercerse últimamente más que cuando existe todo un sistema de órganos secundarios que la diversifiquen*. Así, pues, ante todo hay que producirlos.[123] Una división del trabajo más perfeccionada y la cooperación más completa que la acompaña, al multiplicar y al varias hasta el infinito los empleos en que el hombre puede hacerse útil a los demás, multiplican los medios de existencia y las ponen al alcance de una mayor variedad de sujetos. En realidad, el malestar que se sufre en su tiempo no procede del hecho de que las causas objetivas de los sufrimientos hayan aumentado en número o en intensidad; *atestigua, no sólo una miseria económica crecida, sino una alarmante miseria moral*. La alteración del temperamento moral que se nos revela así, *atestigua una profunda deformación de nuestra estructura social. Para curar a la una es necesario reformar la otra.* Desde el gran cambio ocasionado por la Revolución Francesa, sólo una fuerza colectiva sobrevivió a la tormenta: el Estado el cual se ve sobrecargo y el individualismo insolidario divide, fragmenta, y desmoraliza[124]. La única descentralización verdaderamente útil, sería la que produjera al mismo tiempo una mayor

123 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, capitulo II ("Consecuencias prácticas") del Título III, págs. 416 y sigs. Ahora bien, observa que que existe, sin embargo, un suicidio que no podría determinarse por este procedimiento: el que resulta de la anomia conyugal. Parece que allí nos hallamos en presencia de una antinomia insoluble (*Ibid.*, pág. 431).

124 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, págs. 337-438. Hace motar que "El hombre no puede ligarse a fines que le sean superiores y someterse a una regla, si no percibe por cienima de él ninguna cosa que le sea solidaria. Librarlo de toda presión social, es abondonarlo a sí mismo. Tales son, en efecto, las dos características de nuestra situación moral. Mientras el Estado se abulta y se hipertrofia para llega a encerrar fuertemente a los individuos, sin conseguirlo; éstos, sin lazos entre sí, ruedan unos sobre otros como otras tantas moléculas líquidas, sin encontrar ningún centro de fuerzas que los retenga, los fije y los organice" (*Ibid.*, pág. 438).

concentración de fuerzas sociales. Es preciso crear poderes morales, que tenga sobre la multitud de los individuos una acción que el Estado no puede ejercer.[125] En este sentido la única descentralización que, sin romper la unidad nacional, permitiría multiplicar los centros de la vida común, es la que se podría llamar *la descentralización profesional.* Ello es así porque, como cada uno de estos centros sólo sería el fondo de una de una actividad especial y restringida, resultarían inseparables unos de otros, y el individuo podría, por consiguiente, ligarse a ellos sin hacerse menos solidario con el todo. La vida social no puede dividirse y continuar siendo única, sino cuando cada una de esas divisiones representan una función. Esto lo han comprendido escritores y estadistas, cada vez más numerosos, que querrían *hacer del grupo profesional la base de nuestra organización política, es decir, dividir el colegio electoral, no por circunscripciones territoriales, sino por corporaciones*, pero a condición de que tengan una personalidad colectiva, con sus costumbres y tradiciones, sus derechos y sus deberes, su unidad. Las cuestiones que se suscitan —también en los suicidios— son solidarias de los más graves problemas prácticos que se plantean actualmente. Los progresos anormales del suicidio, y el malestar general de que están atacadas las sociedades contemporáneas se derivan de las mismas causas estructurales. Lo que prueba el número excepcionalmente elevado de las muertes voluntarias, es el estado de perturbación profunda que sufren las comunidades civilizadas y atestigua su gravedad. No se puedes contener esa corriente de tristeza colectiva, más que atenuando la enfermedad general de que es el resultado y el signo. Se necesita una organización profesional. Y sólo a continuación de un estudio especial sobre el régimen corporativo y las leyes de su evolución, es cuando sería posible precisar más las conclusiones que preceden. Y no hay que exagerar el interés de esos propósitos demasiados definidos, en los que generalmente se complacen los filósofos de la política. Son juegos, de imaginación demasiado alejados de la complejidad de los hechos para poder servir en la práctica; la realidad social no es tan sencilla y es aún proco conocida para poder anticiparla en detalle. Sólo el contacto directo con las cosas puede dar —hechos— puede dar a las enseñanzas de la ciencia la determinación que les falta. Hace una llamada a la acción de todas las fuerzas colectivas: Una vez que se ha precisado la existencia del mal, ¿en qué consiste y de qué depende? Cuando se saben, por consiguiente, los caracteres generales del remedio y el punto en que debe aplicarse, lo esencial no es determinar por adelantado un plan que lo prevea todo, es ponerse a la tarea resueltamente.[126]

Confiaba en las fuerzas de las instituciones sociales para alcanzar ese objetivo, removiendo todos los obstáculos para materializar su ideal de reforma moral y la construcción de una sociedad regulada basada la expansión de las formas de solidaridad orgánica. Esta sociedad más que suprimir los

125 No se olvide que el contexto de la épca viene marcado por la movilización de las masas en la esfera política. Esto lo percibieron autores de diversas ideologías, Le Bon, G., *Psicología de las multitudes,* edición y estudio preliminar, "La Era de las masas: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; Ortega y Gasset, J., *La rebelión de las masas* (1929), Barcelona, Espasa Libros, 2012; Heller, H., *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929-1930), trad. de F.J. Conde, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

126 Durkheim, E., *El suicidio. Estudio de sociología (1897),* trad. y estudio preliminar sobre "Etiologia del suicidio en España", por Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia, Madrid, Reus, 1928, págs. 439-440.

conflictos inherentes a la vida humana estaría en las mejores condiciones neutralizar muchas de sus causas y encauzar los que se puedan producir en cada momento. Se este modo si para Durkheim la solidaridad es un fenómeno social, también puede ser un principio de acción y de regulación social. Derecho y moral son las dos fuentes de la solidaridad. Pero la educación en la solidaridad puede permitir una socialización de la persona.[127] La solidaridad puede contribuir a generar cohesión social, aunque no toda forma de cohesión se basa en la solidaridad.

Y para Durkheim la función del Estado se acrecienta y multiplica conforme lo hace la complejidad de la sociedad, los procesos de diferenciación social y división del trabajo social. El Estado es el garante de la justicia social. Para Durkheim la condición del progreso social reside en una robusta sociedad civil y en un Estado capaz de dirigir la sociedad conforme a criterio de nueva moralidad que permitirían responder a los dilemas planteados por un cambio social siempre constante. Él era consciente de que espontáneamente ese progreso social no tendría lugar por la interferencia de fuerzas contradictorias individualistas que tenderían a disolver los vínculos de solidaridad social. El Estado democrático ha de proteger al individuo y sus derechos precisamente para garantizar su autonomía y autorrealización personal. Para Durkheim "el mundo no está hecho únicamente para los grandes hombres. El resto de la humanidad no es simplemente el martillo sobre el que crecen sus flores raras y exquisitas. Todos los individuos, por humildes que sean, tiene el derecho de aspirar a una vida superior".[128] Esta reflexión de Durkheim no puede sino conducir a una reafirmación del principio democrático y a una visión humanista —y en cierto sentido ilustrada— la concepción del hombre en la historia. Para él "los futuros ciudadanos de nuestra democracia", deben tener un sentimiento muy intenso de su dignidad y no deben abdicar jamás en las élites su propia libertad.[129]

El Estado ha de garantizar las condiciones de existencia moral del individuo en sociedad organizada democráticamente para ampliar sus espacios de libertad en la esfera pública donde todos se comunican e interrelacionan en una sociedad de iguales. Ello supone enfrentarse a una cultura que hunde sus raíces en el individualismo posesivo y propietario, que se mantiene también en la sociedad de consumo, en cuanto persisten las sociedades jerarquizadas. Durkheim había observado que en las sociedades industrializadas se producía un avance creciente hacia una mayor densidad de las redes y vínculos sociales; unas sociedades regidas por una solidaridad orgánica, no mecánica, sin que ello necesariamente tienda a diluir la subjetividad del individuo en el conjunto de las rela-

127 En este sentido de socializar a los hombres a través de la educación, buscando un punto medio entre el individualismo egoísta y el socialismo colectivista, Bourgeois, L., *L' Éducation de la démocratie française*, París, E. Comély, 1897, pág. 1. Más nitidamente, para Célestin Bouglé, el problema social deviene en último término un problema de educación. Bouglé, C., *Le Solidarisme*, París, Giard et Briére, 1907, pág. 177.

128 Durkheim, E., «El rol de los grandes hombres en la historia » (1883), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, pág. 51.

129 Durkheim, E., «El rol de los grandes hombres en la historia » (1883), en Durkheim, E., *Escritos políticos*, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011, pág. 56.

ciones sociales de interdependencia.[130] Ello abrió también un amplio espacio a lo sociología crítica posterior. Durkheim se esfuerzo en analizar las fuerzas de toda índole que mantienen y reproducen un orden social insolidario basado en un régimen de desigualdad sistemática.[131]

El Estado es en su estructura burocrático-administrativa un grupo de funcionarios *"sui generis"*, en el seno del cual se elaboran representaciones y voliciones que comprometen a la colectividad.[132] No encarna la más amplia conciencia colectiva, sino que es tan sólo la sede más que de una conciencia especial, restringida, pero más alta, más clara, que tiene de sí misma un sentimiento muy

130 Véase su obra más acabada al respecto, Durkheim, E., *Lecciones de sociología*, cit. Th. Ziegler había anticipado la idea de que la cuestión social era una cuestión moral. Véase Ziegler, T.H., *La cuestión social es una cuestión moral*, 2 Tomos, versión española de la última edición alemana por Rafael Montestruc, 1904, superando el individualismo egoísta y haciendo primar el sentimiento de solidaridad podría alcanzarse la "paz social" (Tomo I, págs. 83 y sigs.). Un autor (catedrático de Filosofía de la Universidad de Estrasburgo) que mostraba sus simpatías al solicialismo de cátedra de Gustav Schmoller. Ziegler se interrogó en los términos siguientes: "¿Es posible hacer penetrar el espíritu social en la humanidad, y formarle en la práctica de ese espíritu, en una palabra, volverla moral? Invistamos a todos los hombres de buena voluntad a esa obra. Cada cual puede colaborar y contribuir a conducirla a buen fin. No hay sino comenzar obrando cada cual sobre sí mismo y sobre los suyos. Todos debemos dar algo de la personalidad propia, ya que el éxito depende de todos y de cada uno en particular. He aquí lo que es el espíritu social. De él es la tierra y a él pertenece la victoria. Y con el triunfará quien se acoja a su bandera" (*Ibid.*, Tomo II, pág. 138).

131 Puede consultarse, Bourdieu, P. y Passeron, J.C., *La reproducción*, Barcelona, Laia, 1977; Bourdieu, P., *El campo político*, La Paz (Bolivia), 2001, págs. 59 y sigs.

132 Significativamente, un social-liberal como Franz Oppenheimer responde al interrogante de qué es el Estado entendido como un concepto sociológico, indicando que "enteramente en su génesis, esencialmente y casi completamente desde su existencia, es una institución social conformada por un grupo de hombres victoriosos sobre un grupo de hombres derrotados con el único fin de regular el domino del grupo victorioso sobre los vencidos y salvaguardase de las revueltasinternas y los ataques externos. Teleológicamente, dicho dominio no tuvo ningún otro propósito que la explotación económica de los vencidos por parte de los vencedores. Ningún Estado primitivo conocido hasta nuestros días se ha originado de otra forma". Pero en Oppenheimer advertía que en el "Estado constitucional moderno" la burocracia adquiere un papel central. Pero entiende que la burocracia no funciona de hecho como una fuerza moderadora y reguladora que no participara en el conflicto de los intereses de clase y que podría conducir al Estado hacia su nuevo objetivo de integración y ordenación social. Y ello sería así porque los funcionarios son hombres reales, no se convierten en meros entes sin conciencia de clase. Esto puede parecer bastante alejado del hecho de que, al menos en Europa, toda participación de cualquier forma bien definida de organización continúa entendiéndose como un medio favorable por el que servir al Estado. A consecuecia de esto, muchos funcionarios —especialmente los más influyentes— del continente europeo, están sujetos a presión de los feroces intereses económicos, de tal forma que en ocasiones, de manera inconsciente, e incluso contra su voluntad, son arrastrados hacia los conflictos de clase. No hay duda de que también los funcionarios realizan políticas de clase, prescristas para ellos por la constelación de fuerzas que operan en el Estado. Incluso en un Estado constituconal, la forma externa de gobierno no resulta ser el factor decisivo, pues los conflictos de clase siguen manteniéndose. Alumbraba para un futuro utópico que la forma política de la sociedad será la de la libre ciudadanía en la transición del Estado organizador de la fuerza hasta una libre ciudadanía de individuos. Cfr. Oppenheimer, F., *El Estado. Su historia y evolución desde el punto de vista sociológico*, trad. J.M. Baquero Vázquez, Prólogo de P. de la Nuez, Madrid, Unión Editorial, 2021, págs. 34-35 y 176 y sigs. Sobre la burocracia y el pensamiento burocrático, véase Weber, M., *Sociología del Derecho*, esta edición, que incluye también la "Sociología del Poder y del Estado, y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; Weber, M., *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, trad. C. Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (pp. IX-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013; Nieto, A., *El pensamiento burocrático*, Prólgo de Alejandro Nieto, edición y estudio preliminar, "La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un "tema" de Weber" (pp. XVIII-CXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002; 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 burocratiación: El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber"), págs. 333 y sigs.

vivo *("Lecciones de sociología"*). En el Estado se elaboran representaciones colectivas que afectan a la totalidad de la sociedad. Para él, la democracia consiste en la forma política mediante la cual la sociedad llega a la más pura conciencia de sí misma. Nótese que para él la sociedad tiene por sustrato el conjunto de los individuos asociados. El sistema que forman uniéndose, y que varía según su distribución territorial, la naturaleza y el número de las vías de comunicación, constituye la base sobre la que se eleva la vida social. Las representaciones, que son la trama de aquélla, surgen de las relaciones que se establecen entre los individuos así asociados o entre los grupos sociales que se interponen entre el individuo y la sociedad global.[133] De manera que un pueblo es tanto más democrático cuanto mayor sea el papel que la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico desempeñan en la gestión de los asuntos públicos *("Lecciones de sociología").* Es así que para Durkheim la teoría del Estado es *dependiente de su teoría orgánica de la sociedad*, donde existe una estrecha comunicación con la sociedad civil. Precisamente la democracia es la forma política por la cual la sociedad llega a la conciencia más pura de sí misma *("Lecciones de sociología").* A su realización más efectiva contribuye la formación de grupos intermedios (grupos profesionales y grupos territoriales), al servir de cauce de comunicación entre el Estado y los individuos socializados. Para él son los grupos o corporaciones profesionales las que están llamadas a ejercer esa función de intermediación social, atendiendo a su creciente importancia en la vida económica y a su capacidad para favorecer mecanismos de moralidad positiva en el cuadro de una solidaridad orgánica. Para él las corporaciones constituyen organizaciones profesionales que agrupan a empresarios y trabajadores; aunque no se opone a las agrupaciones de clase (sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales) entiende preferibles y más favorecedoras de la cohesión social a estas corporaciones o agrupaciones mixtas. En este sentido su concepción es más "corporativista" que "sindicalista".

Como ha sido advertido, existe una nítida diferenciación entre Durkheim y su contemporáneo Max Weber respecto al rasgo distintivo de la sociedad moderna, de la modernidad: "Si para Max Weber, su contemporáneo, el rasgo característico de la sociedad moderna es el proceso de racionalización, lo que Durkheim retiene como básico es el proceso de diferenciación social. Es la creación de nuevos órganos y nuevas funciones sociales, el paralelo desarrollo de la autonomía personal y el establecimiento de una solidaridad social basada en la interdependencia de individuos, órganos y funciones diferenciadas lo que, en efecto, coloca Durkheim en primer término".[134] El Estado es un órgano resultado del proceso de división del trabajo; un proceso de diferenciación social que genera una instancia política integrada en la sociedad global. En esa "sociedad política" (entendida por él como una sociedad formada por la reunión de un número más o menos considerable de grupos sociales secundarios, sometidos a una misma autoridad, que no depende de ninguna autoridad superior regularmente constituida) se produce una diferenciación funcional entre gobernantes y gobernados y se compone de una pluralidad de familias y de grupos profesionales. Entiende Durkheim que la sociedad política en su conjunto está integrada por el pueblo gobernado y sus gobernantes *("Lecciones*

133 Véase *Sociologie et Philosophie*, ed. por C. Bouglé, París, 1973, pág. 34.

134 Rodríguez Zúñiga, L., *Para una lectura crítica de Durkheim*, Madrid, Akal Editor, 1978, pág. 101.

de sociología"). Para él, como se ha dicho, el Estado es un grupo de funcionarios *"sui generis"* en cuyo seno se elaboran representaciones y aspiraciones que comprometen a la colectividad, aun cuando no son obra de la colectividad. No encarna a la conciencia colectiva como un todo, sino tan sólo a una "conciencia especial", restringida, pero más alta y más nítida, que tiene de sí misma una representación más precisa. En este sentido es un "órgano de pensamiento social" (*Lecciones de sociología*). En su visión esencialmente *funcionalista* el Estado representa de modo diferenciado al poder social y en calidad de tal ejerce una función directiva sobre los individuos y los grupos particulares. Estos grupos secundarios deben ejercer una función mediadora, pero respetando la autonomía y los derechos de los individuos que forman parte de los mismos. Es así que el Estado es un órgano social vinculado a la sociedad, siendo su poder político una expresión de la relación de fuerzas que existen en la misma sociedad. Al propio tempo la democracia es la forma de organización política que mejor se corresponde con una sociedad basada en una solidaridad orgánica. Su progresión constituye una necesidad del medio social y de la evolución de las ideas morales esenciales *("Lecciones de sociología").* En su concepción evolucionista la instauración de una sociedad orgánica y de la democracia es el resultado de un proceso evolutivo, de expansión de la división del trabajo social y del desarrollo de la moral social y de la conciencia colectiva de pertenencia e interdependencia social.

La *democracia* es pensada atendiendo a esa concepción orgánica del Estado y la Sociedad. Ha de existir una estrecha comunicación entre el Estado y los individuos en relaciones intensas de comunicación, donde tiene un papel fundamental las corporaciones o grupos profesionales. Encuentra en el Estado en sociedades orgánicas una garantía de los derechos y no tanto un órgano caracterizado por la coerción social (con lo que se opone tanto a los enfoques de Spencer —1820/1903— como a los de Max Weber). En una sociedad orgánicamente constituida "lo político" y "lo social" son ámbitos estrechamente encadenados. No se olvide que la Durkheim la democracia conforma una forma de Estado propio de las sociedades orgánicas. En tal sentido la democracia es aquella forma política mediante la cual la sociedad llega a la más pura conciencia de sí propia, siendo un pueblo tanto más democrático cuanto mayor sea el papel que la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico desempeñan en la gestión de los asuntos públicos. En tal sentido se enlaza la democracia y sociedad orgánica *("Lecciones de Sociología").* De ahí que la reforma social no sea pensada en un sentido unidireccional sino bilateral, esto es, obedece a necesidades sentidas en la sociedad y a la respuesta reflexiva del poder establecido en ella. La cuestión social sería afrontada desde el prisma reordenación y moralización impulsada desde el Estado como órgano de pensamiento social y por los propios actores sociales a través de los grupos o corporaciones profesionales. No reclama la lucha por el poder y las relaciones de dominación, sino la integración y cohesión social. El problema que afronta la reforma social es el problema la disgregación o ruptura de la cohesión social. Para el la "solución corporativa" no autoritaria y pacifista es la solución ideal preferible: El Estado se inserta en un modelo de sociedad basada en la cooperación e interdependencia con la mediación de los grupos profesionales. Estos grupos o corporaciones están llamados a ser el centro de gravedad de una sociedad donde desaparecen las clases sociales y la autoridad que se ejerce es de carácter moral, esto es, no basada en la dominación ni en el ejercicio de la fuerza. La solución a la cuestión social y a la crisis de la modernidad liberal es, pues, la solución corporativa no autoritaria, la cual reflejaría una evolución moralizadora; una fuerza moralizadora de la sociedad que es la resultante de una conciencia de sí

misma. Era el sueño de la opción corporativa y pacifista que la dura realidad de la primera mitad del siglo veinte se encargaría de desmentir en los hechos.

El problema de la integración tiene una tal centralidad en el pensamiento de Durkheim, que autores como Habermas han construido su propio discurso sobre integración social e integración sistemática *partiendo*, precisamente, de la teoría de la división del trabajo de Durkheim.[135] A través de la su teoría, hemos comprobado, que él estudia la división del trabajo en el sentido de una diferenciación estructural de los sistemas sociales. En las sociedades funcionalmente diferenciadas se produce una solidaridad orgánica. Ello es coherente con su idea de que la división del trabajo es un fenómeno vinculado a la biología general, suponiendo la solidaridad orgánica un cambio en las bases de integración de la sociedad. En las sociedades evolucionadas la integración social se realiza mediante la conexión sistémica y comunicativa de ámbitos de acción funcionalmente especificados. El proceso de diferenciación social puede tener efectos disgregadores en la integración y cohesión social, produciéndose, en tal caso, un estado de anomia (uno de cuyos exponentes sería el conflicto entre trabajo y capital en el mundo industrial).

Sin embargo, subraya Habermas, su análisis pone de relieve el *círculo vicioso en que se ve atrapado*. Por una parte, se atiene a la tesis de que las reglas morales que hacen posible la solidaridad orgánica, en el estado normal, dimanan por sí solas de la división del trabajo. Pero, por otra, explica el carácter disfuncional de determinas formas de división del trabajo por la ausencia de tales regulaciones normativas: lo que echa en falta es la sujeción de los ámbitos de acción funcionalmente especificados a normas moralmente vinculantes: En todos estos casos —afirma Durkheim—, si la división del trabajo no produce la solidaridad es que las relaciones entre los órganos no están regladas, es que se encuentran en un estado de *anomia*. Durkheim no pudo resolver esta paradoja. Opta por huir hacia delante y, como demuestra el prólogo a la segunda edición y las posteriores lecciones sobre ética profesional, plantea la *exigencia* de que la estructuración del moderno sistema de ocupaciones por profesionales *debería* constituirse en punto de partida de unas regulaciones normativas justificadas en términos universalistas[136]. El recurso argumentativo de Durkheim se centra en la distinción entre división "normal" del trabajo social y división "patológica" del trabajo. Pero cuando "lo patológico" se generaliza como fue el caso harto significativo y relevante de la "cuestión social obrera" no puede reconducirse simplemente al "campo de lo excepcional y de lo irregular o anormal" un hecho social disfuncional que se convirtió, sin duda, en estructural y caracterizador de la división capitalista del trabajo social en una determina fase de su desarrollo. Es aquí como se aprecian los límites intrínsecos de una visión naturalista de la división del trabajo, la cual exige formas institucionales de organización y corrección del proceso de modernización. Esto es, un "capitalismo organizado" mediante *intervenciones aparentemente "externas"* a su dinámica funcionamiento, y que está en la base de la formación de la forma política del "Estado social" y de la democracia de ma-

135 Véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. II. Crítica de la razón funcionalista (1981),* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, págs. 161 y sigs.

136 Véase Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa. II.,* cit., págs. 166-167.

sas. Todo ello sin perjuicio de la utilidad de las dimensiones pluralistas de la teoría de Durkheim, el cual estaba conforme con la domesticación del sistema económico a través de las políticas públicas y del Derecho del Estado Social, pero no veía la solución en las regulaciones desde arriba de carácter paternalista (Durkheim no expreso simpatía alguna con cualquiera de las fórmulas de "parternalismo"). Unido a esa desconfianza defendería como se vió antes formas de Derecho social profesional, que en no poco se aproximarían a ciertas propuestas del Derecho social,[137] e incluso del Derecho reflexivo legal, como forma de Derecho que impulse los procesos de autorregulación social.[138] La potenciación de las corporaciones o grupos profesionales tiene en él la pretensión de buscar un equilibrio entre las fuentes heterónomas y las autónomas, con la finalidad de favorecer la creación de las condiciones efectivas de la integración y la cohesión social.

4. BIBLIOGRAFÍA SOBRE EMILE DURKHEIM Y SU ÉPOCA

DEL AUTOR Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO (SELECCIÓN)

La división del trabajo social", trad. de Carlos G. Posada, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1928; Reeditada por Akal, Madrid, 1982 (Aquí se cita siempre por esta edición originaria de 1928, salvo que se indique otra cosa en el texto); y Schapire, Buenos Aires, 1967.

Las reglas del método sociológico, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Orbis, Barcelona, 1982; y Akal, Madrid, 1985; Morata, Madrid, 1974; La Pléyade, Buenos Aires, 1970, Schapire, Buenos Aires, 1971.

El suicidio, Madrid, Reus, 1928; Akal, Madrid, 1998; y UNAM, México, 1983.

Las formas elementales de la vida religiosa, Edición Ramón Ramos, Madrid, Akal, 1992; Alianza Editorial, Madrid, 2003; y Schapire, Buenos Aires, 1968.

Educación como socialización, Salamanca, Sígueme, 1976 (sobre la base de una versión italiana).

Educación moral, Buenos Aires, Schapire, 1972; y Editorial Trotta, Madrid, 2002.

"Alemania por encima de todo", presentación de L. Rodríguez Zúñiga, trad. de P.Salinas, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm.45 (1989), págs. 193 a 228.

Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho, trad. Estela Canto, revisión, edición y estudio preliminar "Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim" (pp.VII-LI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

(Asimismo, Buenos Aires, Schapire, 1966; Buenos Aires, La Pleyade, 1974; y Miño y Dávila, Buenos Aires, 2001).

137 Véase Gurvitch, G., *La idea del derecho social,* traducción y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Editorial Comares, 2005; Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica,* edición y Estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 2001.

138 Véase Teubner, G., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Modern Law Review,* núm. 17 (1983), págs. 239 y sigs.; Teubner, G., *Le droit, un système autopoïetique (1989),* Paris, Puf., 1993.

Educación y sociología, trad. J. Muls de Liarás, Barcelona, Ed. Península, 1989 (Existe otra edición de Editorial Schapire, Buenos Aires).

Sociología de la educación (Lecturas básicas y textos de apoyo), Barcelona, Ariel, 1999.

Sociología y filosofía, trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de de Durkheim" (pp.VII-LXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

(Asimismo, Madrid-Buenos Aires, Miño y Dávila, 2000 (*Sociologie et philosophie,* París, PUF, 1963).

El socialismo, edición y estudio preliminar, "Sociología del 'socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022. (Asimismo, Edición de R. Ramos, Madrid, Editora Nacional, 1982; Akal, Madrid, 1987/2010).

Las formas elementales de la vida religiosa, Edición, Introducción y Notas de Santiago González Noriega, Madrid, Alianza Editorial, 2003; *Las formas elementales de la vida religiosa: el sistema totémico en Australia,* Madrid, Akal, 1992.

Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología, Estudio preliminar de Helena Béjar, Madrid, Tecnos, 2000.

Montesquieu y Rousseau. Precursores de la sociología, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2001.

Pragmatismo y sociología, Buenos Aires, Schapire, s/f. (1970-1976?).

Educación como socialización, Salamanca, Sígueme, 1976.

Historia de la educación y de las doctrinas pedagógicas. La evolución pedagógica en Francia, Introducción de Maurice Halbwachs, trad. María Luisa Delgado y Féliz Ortega, Ediciones de La Piqueta, 1982.

La educación moral, Edición y trad. Antonio Bolívar y José Taberner, Madrid, Trotta, 2002.

La science sociale et l'action, "Introduction" de J.C.Filloux, París, PUF, 1970.

"Les principes de 1789 et la sociologie", en *Revue Internacionale de l' Enseignement,* núm. XIX (1890), págs. 450 a 456, recogidos en *La sciencie sociale et l' action,* París, Presses Universitaires de France, 1970, págs. 215 a 225.

Las reglas del método sociológico, traducción española de Antonio Ferrer Robert, Madrid, Daniel Jorrro Editor, 1912 ; *Las reglas del método sociológico,* trad. L.E.Echevarría Rivera, Edicines Morata, 1982 (reedición en Ediciones Orbis, Barcelona, 1985) ; Durkheim, E., *Las reglas del método sociólogico,* Madrid, Alianza, 1988 (Redictado por Ediciones Altaya, Barcelona, 1997); *Las reglas del método sociológico,* Madrid, Akal, 1978 ; *Las reglas del método sociológico,* Estudio preliminar de Gregorio Robles, y trad. de Virginia Martínez Bretones, Madrid, Ed.Biblioteca Nueva, 2005.

El suicidio, Madrid, Akal, 1976.

Textes, 3 vols., París, Minuit, 1975 (Esta selección es extremadamente importante y útil porque recoge una obra muy dispersa y de modo muy bien organizado y selectivo).

"Recensión de la obra de Albert Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers,* primer volumen, 2ª ed., Tübingen, 1881, *Revue philosophique,* núm.19 (1885), recogida en Durkheim, E., *Textes. 1. élements d' une théorie sociale,* présentation de victor karady, Éditions de Minuit, 1975, págs. 355 a 377.

"Le programme économique de Schäflle", en *Revue d'économie politique,* núm.11 (1888), recogida en Durkheim, E., *Textes,* cit., págs. 377 a 383.

Escritos políticos, trad. F.Lorenc Valcarse, M. Escayola Lara y P. Salinas, Prefacio de R. Ramos Torre, Posfacio de Ricardo Sidicaro, compilación a cargo de E. Vernik, Barcelona, Gedisa, 2011.

Escritos Selectos, «Introducción» y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología política de Durkheim: integración social, sociedad civil y democracia" (pp. XI-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021 (Asimismo, Buenos Aires, Nueva Visión, 1993).

BIBLIOGRAFÍA SOBRE EMILE DURKHEIM Y SU ÉPOCA (SELECCIÓN)

Alpert, H., *Durkheim,* 2ª ed., traducción de José Medina Echavarría, México, FCE, 1986.

Aron, R., *Las etapas del pensamiento sociológico,* Madrid, Tecnos, 2004.

Ansart, P., *Las sociologías contemporáneas,* Buenos Aires, Amorrortu editores, 1990.

Auclair, M., *Jaurés,* Barcelona, Ediciones Grijalbo, 1974.

Berger, P.L.y Luckmann, T., *La construcción social de la realidad,* 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

Besnard, P., "L`anomie dans la biographie intellectuelle de Durkheim", en "Sociologie et sociétés", núm. 14-2 (1982), págs. 45 a 53.

Besnard, P., *L' Anomia, ses usages et ses fonctions dans la discipline sociologique depuse Durkheim,* París, PUF, 1987.

Besnard, P., "Anomia y fatalismo en la teoría de Durkheim de la regulación", en *REIS,* núm.81 (1998), págs. 41 a 62.

Cedronio, M., *La società organica: política e sociología di Emile Durkheim,* Torino, Bollati Boringhieri, 1989.

Cherkaoui, M., *Naissance d' une science sociale. La sociologie selon Durkheim,* Genève, Droz, 1998.

Cladis, S.C., *A Communitarian defense of liberalism: Emile Durkheim and contemporaray social theory,* Stanford, Stanford University Press, 1992.

Coser, L.A., "El conservadursismo de Durkheim y sus implicaciones para la teoría sociológica", en *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social,* Buenos Aires, Amorrortu, 1970.

Filloux, J.C., *Durkheim et le socialisme,* Gèneve, Droz, 1977.

Filloux, J.C., *Durkheim y la educación,* Buenos Aires, Miño y Dávila, 1994.

Fournier, M., *Émile Durkheim (1858-1917),* París, Fayard, 2007.

Geynero, J.C., *La democracia inquieta: E. Durkheim y J. Dewey,* Barcelona, Anthropos Editorial del Hombre, 1991.

Giddens, A., *El capitalismo y la moderna teoría social,* Barcelona, Editorial Labor, 1977.

Giddens, A., *Durkheim,* London, Fontana, 1978.

Giddens, A., *Política, sociología y teoría social. Reflexiones sobre el pensamiento social clásico y contemporáneo,* trad. por C. Salazar Carrasco, Barcelona, Paidós, 1997.

Giddens, A., *Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías interpretativas,* trad. S. Merener, Buenos Aires, Amorrortu, 1987.

Giddens, A., *La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración,* Buenos Aires, Amorrortu, 1995.

Gurvitch, G., "La science des faits moraux et la morale théorique chez Émile Durkheim", en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociología Juridique,* 7/1-2 (1937), págs. 18 a 44; recogido en Gurvitch, G., *La vocation actuelle de la sociologie,* París, PUF, 1950.

Hall, R.T., *Émile Durkheim: Ethics and the Sociology of Morals,* Londres, Greenwood Press, 1988.

Habermas, J., *Teoria de la acción comunicativa,* vol. II, Madrid, Taurus, 1987.

Jones, R.A.., *The development of Durkheim' s social realism,* Cambridge University Press, 1999.

Lacroix, B., *Durkheim y lo político,* México, FCE, 1984.

Lukes, S., *Émile Durkheim. Su vida y su obra (1ª edición en inglés de 1973),* Madrid, CIS, 1984.

Lukes, S., "Alienation and anomia", en Hamilton, P.(Ed.): *Emile Durkheim, critical assesment o leading sociologists,* 8 vols., London, Routledge, 1995, vol.II., págs. 77 a 97.

Lukes, S., *El individualismo (1973),* Barcelona, Eds.Península, 1975.

Hirschhorn, M.y Coenen-Huther, J. (Dir.)., *Durkheim et Weber. Vers la fin des malentendus,* París, L' Harmattan, 1994.

Isambert, F.A., "Durkheim et la sociologie des normes", en Schazel, F.y Commaille, J.(Dirs.). : *Normes juridiques et régulation sociale,* París, LGDJ, 1991.

Loeffel, L., *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIè République (1871-1914),* París, 2000.

Lukes, S., *Emile Durkheim. Su vida y su obra. Estudio histórico-crítico,* Madrid, CIS, 1984.

Marcel, J.C., *Le durkheimisme dans l' entre-deux-guerres,* París, PUF, 2001.

Marra, R., *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986.

Merton, R.K., "Estructura social y anomia", en *Teoría y Estructura Social,* México, FCE, 1980, págs. 209 a 274.

Monereo Pérez, J.L., "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 131 (2006), págs. 587-648.

Monereo Pérez, J.L., *Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de de Durkheim*, estudio preliminar a DURKHEIM, E., *Sociología y filosofía,* trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs.VII-LXVI.

Monereo Pérez, J.L., *Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho,* trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LI.

Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos (I y II)", en *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo. ReDCE*. Año 8. Núm. 15-16 (2011). https://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/13GinerRios.htm. https://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/10JLMonereo.htm.

Monereo Pérez, J.L., "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426.

Monereo Pérez, J.L., *La sociología política de Durkheim*, Estudio preliminar a DURKHEIM, E., *Escritos selectos,* Introducción y Selección de A. Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

Monereo Pérez, J.L., *Sociología del 'socialismo funcional" en el pensamiento de Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *El socialismo,* edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.

Morrison, K., *Marx, Durkheim, Weber-Formations of Modern Social Thought,* London (Sage Publ.), 1995.

Nisbet, R.A. (ed.): *Emile Durkheim,* Prentice-Hall, HJ, 1965.

Nisbet, R.A.(ed.): *La formación del pensamiento sociológico,* Buenos Aires, Amorrortu, 1969.

Negro Pavón, D., *Comte: Positivismo y revolución,* Madrid, Editorial Cincel, 1992 y bibliografía allí citada.

Orrù, M., "L' anomia come concetto morale: Jean Marie Guyau ed Emile Durkheim", en *Rassegna Italiana di Sociología,* XXIV-3 (1983), págs. 429 a 451.

Paoli Bolio, F.J., *Historia, método y sociedad en Emile Durkheim,* México, Trillas, 1990.

Parsons, T., *La estructura de la acción social,* 2 vols., Madrid, Guadarra, 1968.

Prades, J.A., *Lo sagrado: del mundo arcaico a la modernidad,* Barcelona, Península, 1988.

Prades, J.A., *Durkheim,* París, PUF, 1990.

Ramos, R., *La sociología de Emile Durkheim,* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999.

Robles Morchón, G., *La influencia del pensamiento alemán en la sociología de Émile Durkheim,* Cizur Menor (Navarra), 2005, Tromson-Aranzadi, 2005.

Bouglé, C., *Solidarismo et liberalisme. Reflexions sur le mouvement politique et l´éducation morale,* París, 1905; autor que, significativamente, fue discípulo de Durkheim.

Donzelot, J., *L' invention du social. Essai su le déclin des passion politiques,* París, Fayard, 1984.

Duprat, G.L., *La solidaridad social (1906),* Prefacio de Gastón Richard, trad. de F. Peyró Carrio, Madrid, Daniel Jorro, Editor, Biblioteca de Sociología,1913. Dumont, L., *L' ideólogie allemande (Homo aequalis, II),* Paris, Gallimard, 1991.

Parsons, T., *La estructura de la acción social (1961),* 2 vols., Madrid, Eds. Guadarrama, 1968.

Robles, G., *Crimen y Castigo (ensayo sobre Durkheim),* Madrid, Civitas, 2001; ID., "Émile Durkheim (1858-1917), en Domingo, R.(Coord.): *Juristas Universales,* Madrid, Marcial Pons, 2004.

Ramos Torre, R., *La sociología de Émile Durkheim,* Madrid, CIS, 1999.

Strenski, I., *Durkheim and the Jews of France,* London, University of Chicago Press, 1997.

Tiryakian, E.E., "A problem in the sociology of knowledge: the mutual unawareness of Emile Durkheim and Max Weber", en *European Journal of Sociology,* 7.2. (1960).

Turner, S.P. (ed.): *Emile Durkheim Sociologist and moralist,* London, Routledge, 1993.

Renard, G., *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones,* traducción aumentada con un Prólogo, un Apéndice y un Índice bibliográfico sobre "EL movimiento obrero español", por Manuel Núñez de Arenas; Estudio preliminar, "El sindicalismo y el orden democrático", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2014.

Rodríguez Zuñiga, L, *Para una lectura crítica de Durkheim,* Madrid, Akal, 1978; ID., "Estudio preliminar", a Durkheim, E., *La División del Trabajo Social,* Madrid, Akal, 1982.

Steiner, L., *La sociologie de Durkheim,* París, La Découverte, 1994 (traducción castellan, por Paula Mahler, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003). Turner, S.(ed.): *Emile Durkheim. Sociologist and moralist,* London, Routledge, 1993.

Schütz, A., *La construcción significativa del mundo social: introducción a la sociología comprensiva,* Barcelona, Paidós, 1993.

Simmel, G., *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización,* 2ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1977.

Simmel, G., *Filosofía del dinero,* traducción y Est.prel., de R. García Cotarelo, 2001.

Steiner, PH., *Sociología de Durkheim,* Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2003.

Turner, S., *Émile Durkheim-Sociologist and Moralist,* London-New York, Routledge, 1993.

Walford, G. y Pickering, W. (eds.), *Durkheim and modern education,* London, Routledge, 1998.

Watts Miller, W., *Durkheim, Morals and Modernity,* Montreal, McGill-Queen`s University Press, 1996.



EL CONCEPTO DE LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL EN ESPAÑA

THE CONCEPT OF INDIVIDUAL FREEDOM OF ASSOCIATION IN SPAIN

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona
jordi.garcia@ub.edu ORCID ID 0000-0001-9827-8200

Recepción de trabajo: 04-01-2022 - Aceptación: 04-03-2022
Páginas: 74-104

■ 1. CONCEPTOS GENERALES. ■ 2. TITULARIDAD. ■ 3. REQUISITOS PARA LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO. ■ 4. SUJETOS EXCLUIDOS DE ESTE DERECHO. 4.1. Fuerzas armades. 4.2. Miembros de la Guardia Civil. 4.3. Jueces y Magistrados. 4.4. Ministerio Fiscal. ■ 5. LIMITACIONES AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. 5.1. Penados en instituciones penitenciarias. 5.2. Personal civil de establecimientos militares. 5.3. Policía. ■ 6. CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL. 6.1. Libertad de fundación de sindicatos. 6.2. Libertad de afiliación. 6.3. Libertad de afiliación positiva. 6.4. Libertad de afiliación negativa. 6.5. Derecho a la actividad sindical. 6.6. Libertad de reunión. 6.7. Libertad de información sindical. 6.8. Libertad de representación. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La libertad sindical es un concepto regulado en la Constitución de 1978 y que ha sido ampliamente interpretado por los tribunales, especialmente por el Tribunal Constitucional. En cuanto a su régimen jurídico y sus múltiples clasificaciones, tradicionalmente se ha dividido entre derechos incluidos en este concepto de tipo individual o colectivo, según se refiera a los trabajadores individualmente considerados o a los sindicatos. Respecto a la denominada libertad sindical individual se han de tener en cuenta aspectos relativos a sujetos que presentan total libertad para su ejercicio, colectivos totalmente excluidos, así como personas con ciertas limitaciones en su ejercicio. Finalmente, es necesario analizar el contenido de este derecho a la libertad sindical individual y sus diferentes manifestaciones.

PALABRAS CLAVE: Libertad sindical, Constitución, sindicatos.

ABSTRACT

Freedom of association is a concept regulated in the Spanish constitution and which has been widely interpreted by the courts, especially by the constitutional court. Regarding its legal regime and its multiple classifications, it has traditionally been divided between rights included in this concept of individual or collective type, depending on whether it refers to the employees individually considered or to the unions. Concerning the so-called individual freedom of association, aspects related to subjects who have total freedom to exercise it, groups totally excluded, as well as people with certain limitations in their exercise must be considered. Finally, it is necessary to analyze the content of this right and its different manifestations.

KEYWORDS: Freedom of association, Constitution, Trade Unions.

1. CONCEPTOS GENERALES

El reconocimiento del derecho a la libertad sindical por parte de los poderes públicos surgió como resultado de la superación de unos períodos aparentemente contradictorios, ya que se pasa de un momento de represión a una posterior situación de tolerancia de las asociaciones de trabajadores[1].

En la actualidad, el derecho de libertad sindical se regula en la Constitución de 1978 (CE), concretamente en los siguientes artículos:

> *Art. 7. "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".*
>
> *Art. 28.1. "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".*

Es evidente que el concepto de libertad sindical no se termina en estos preceptos[2]; es más, se ha llegado a afirmar que se trata de "una fórmula lingüística abreviada de la que nadie podía sospechar su exuberancia semántica".[3]

Por esta razón, de acuerdo con una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, este derecho queda constituido por un contenido esencial, el que, en definitiva, se deriva del propio precepto, y de un contenido adicional a ese derecho esencial, que debe respetar aquél y que queda definido en atención a lo dispuesto en normativa de carácter infraconstitucional.[4]

---

1 Sobre esta cuestión véase Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 92 ss.

2 Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 25 de marzo de 1983, STC 3 de abril de 1989, STS 25 de julio de 1995 o STC 11 de noviembre de 2002. En este sentido, García Fernández, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990. pág. 125.

3 Romagnoli, U., "La libertad sindical, hoy", *Revista de Derecho Social*, número 14, 2001, pág. 18.

4 STC 23/1983, de 25 de mayo y STC 94/1995, de 19 de junio.

De acuerdo con esta regulación, dentro de lo que se puede denominar contenido esencial del derecho de libertad sindical, se pueden diferenciar dos maneras de exteriorizar esta figura jurídica, que se ven traducidas en una parte de los derechos que reconoce la propia Constitución:[5]

- Vertiente organizativa o manifestación estática del derecho de libertad sindical.
- Vertiente dinámica o mecanismos de acción para la defensa de los derechos otorgados por la Constitución a los sujetos titulares del derecho de libertad sindical.

Hay que tener en cuenta que sólo la vertiente organizativa se encuentra regulada en el art. 28.1 CE. Sin embargo, si se lleva a cabo una interpretación conjunta de este precepto con el art. 7 del mismo texto, se reconoce el derecho a la obtención de los medios para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, medios que se concretan en otros derechos que se regulan igualmente en la Constitución Española, aunque en preceptos de diferente rango: el derecho de negociación colectiva, el derecho de huelga y la posibilidad de promover conflictos colectivos.

Ahora bien, a pesar de estas anteriores afirmaciones, se ha de matizar que es el propio Tribunal Constitucional el que lleva a cabo una concepción de tipo subjetivo del modelo protector de la libertad sindical que se regula en la Constitución, ya que determina un mecanismo de protección al que otorga mayores o menores garantías en función de quién sea el titular del derecho que se ejercita.

Esta consideración aún permite una precisión mayor. Los sujetos que se pretenden especialmente proteger son los sindicatos; el resto, son titulares de unos derechos no tan privilegiados. De esta manera, se puede establecer la siguiente distinción:[6]

- Si las violaciones de estos derechos afectan a una organización sindical, constituyen lesiones del derecho de libertad sindical y su protección se ejercita en atención a la consideración de que se trata de un derecho fundamental.
- Si el sujeto a quien se lesiona no es un sindicato, la protección se otorga en atención a la naturaleza dada al derecho que ha sido transgredido, según sea el derecho de huelga, el derecho de negociación colectiva o el derecho de adopción de conflictos colectivos.

Por esto, resulta de vital importancia la delimitación de los sujetos titulares del derecho de libertad sindical, ya que permite determinar la atribución de mayores o menores garantías en el momento de la protección del derecho, según el tipo de sujeto.

De acuerdo con este criterio, la extensión del concepto de sujeto titular del derecho de libertad sindical supone la delimitación de la extensión del campo de aplicación subjetivo que se lleva a cabo

5 Entre otras, STC 18 de mayo de 1993, STC 17 de enero de 1994 o STC 7 de noviembre de 1995.

6 Véase, entre otras, STC 18 de mayo de 1993, STC 18 de diciembre de 1995 y STS 9 de mayo de 2008.

en el Derecho colectivo, que se amplía, como suele suceder en el Ordenamiento Jurídico laboral, hacia sujetos que quedarían excluidos, en un principio, del campo del Derecho individual del Trabajo.

En conclusión, se debe distinguir entre sujetos individuales y sujetos colectivos de la libertad sindical, al tiempo que se les reconocen a unos y otros las facultades o los medios de acción para ejercitar dicho derecho. Esta separación permite llevar a cabo la siguiente clasificación:

- Libertad sindical individual: comprende el conjunto de derechos de que son titulares los trabajadores individualmente considerados.
- Libertad sindical colectiva: comprende la pluralidad de derechos que corresponden a los sindicatos constituidos.

Las fuentes normativas que regulan el derecho a la libertad sindical en el Ordenamiento Jurídico en España, sin perjuicio de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo, de las normas en el ámbito de la Unión Europea[7] o de la interpretación que llevan a cabo los diferentes tribunales,[8] son las siguientes:

- La Constitución de 1978. Otorga el carácter de derecho fundamental a la libertad sindical, ya que lo incluye, como ya se ha visto, en el art. 28.1 de este texto, que se encuadra en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, entre los derechos fundamentales y libertades públicas, que se encuentran sometidos a una especial protección.
- La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que, tras unos relevantes avatares, finalmente vio la luz tras la cuestión de inconstitucionalidad planteada en la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio, en la que se impugnaron determinados artículos de esta norma. Concretamente, en cuanto a la regulación concreta de la libertad sindical, esta materia se halla regulada en el Título Primero (De la libertad sindical) y el Título II (Del régimen jurídico sindical), que abarcan los artículos 1 a 5, ambos inclusive.
- Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical.
- Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo.
- Estatuto de los Trabajadores (ET).
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Además, las Comunidades Autónomas, en virtud de la aplicación del art. 149.1.7 CE, en el que reserva las facultades legislativas en materia laboral al Estado, sólo presentan funciones de ejecución

7 Burgos Aduriz, A., "La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea ¿cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos?: Contradicciones con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", *Revista de estudios europeos*, número 71, 2018, págs. 259 ss.

8 Valdés Dal-Ré, F., "La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", *Derecho de las relaciones laborales*, número 6, 2016, págs. 529 ss.

de dichas normas. De esta manera, pueden observarse la creación de organismos autonómicos con funciones restringidas a la propia Comunidad Autónoma, la participación institucional de los sindicatos y organizaciones patronales en organismos autonómicos o competencias en extensión de convenios, registros o sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

2. TITULARIDAD

El art. 28.1 CE regula una afirmación contundente al establecer que "*Todos tienen derecho a sindicarse libremente*". Como se puede apreciar, este derecho se reconoce, en principio, con total amplitud, es decir, sin ningún tipo de límite. Esta dilatada extensión se reitera en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en el que se puede hallar una regulación que contiene términos similares:

> *Art. 1. "Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales".*

Sin embargo, el propio artículo 28.1 CE, a partir de la segunda frase, permite deducir que este reconocimiento universal no es del todo cierto ya que queda limitado o exceptuado para ciertos colectivos, como, por ejemplo, las fuerzas armadas, los institutos armados o los demás cuerpos sometidos a disciplina militar, y, al tiempo, el ejercicio del derecho puede presentar ciertas peculiaridades para los funcionarios públicos.[9]

De esta manera, cabe encontrar, en este propio precepto, dos cuestiones fundamentales para este tema, ya que reconoce la posibilidad de que la normativa que desarrolle este precepto constitucional pueda establecer limitaciones o exclusiones en la concesión de este derecho a ciertos colectivos y abre el campo de aplicación del Derecho colectivo del trabajo que comprende no solamente a los trabajadores denominados ordinarios (asalariados), por su adscripción al art. 1.1 ET, sino también a los funcionarios públicos.

Estas posibilidades han sido recogidas en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, especialmente en su artículo primero, a partir del cual se pueden diferenciar las inclusiones, exclusiones y limitaciones al desarrollo del derecho de libertad sindical.[10]

9 Véase Convenio número 151 OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

10 Camps Ruiz, L., "La titularidad de la libertad sindical: inclusiones y exclusiones", *Sindicalismo y democracia: el "Derecho sindical español" del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, 2017, págs. 213 ss.

3. REQUISITOS PARA LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO

De acuerdo con la regulación contenida, tanto en el art. 28.1 CE como en el art. 1.1 LOLS, tienen la titularidad del derecho de libertad sindical todos los trabajadores. El número segundo del art. 1.1 de esta Ley Orgánica matiza esta cuestión al regular que se consideran trabajadores los que sean "*sujetos de una relación laboral*".

Por tanto, para poder establecer este criterio, hay que desplazarse hasta la norma que regula el contrato de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores o las normas que lo desarrollan, por ejemplo, respecto a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado[11] o en el caso de determinadas especialidades en relaciones laborales de carácter especial, como la alta dirección[12] o los deportistas profesionales.[13]

Quizás uno de los aspectos más controvertidos se ha presenciado respecto a la discusión si las personas que desarrollan trabajos sexuales tienen derecho a la libre sindicación a raíz de la resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo de 4 de agosto de 2018 de publicación de los estatutos del denominado Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS). En este tema, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 19 de noviembre de 2018, declaró la nulidad de los estatutos y del acta de constitución y, en consecuencia, ordenó "*la disolución de la organización sindical ordenándose la baja de la misma en el registro correspondiente*". Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de junio de 2021, ha considerado que sus estatutos sí se ajustan a derecho, con lo que concede este derecho incluido en el concepto de libertad sindical individual a estas personas.[14]

La lectura del art. 7 ET, que regula la capacidad para contratar, permite deducir que existen dos categorías que requieren una cierta matización:

1. Edad. Es necesario que se cumpla el requisito de edad laboral, que es de 16 años, por lo que no es imprescindible que el trabajador tenga la edad de 18 años, de acuerdo con el Convenio número 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

---

11 La STS 8 de mayo de 2019 declara el derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. Sobre esta sentencia véase García Jiménez, M., "Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019", *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, número 36, 2020, págs. 423-443.

12 Conforme el art. 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, este colectivo "*no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores*".

13 Sobre este colectivo véase López Cumbre, L., "La libertad sindical en el fútbol profesional. STS-SOC núm. 6/2020, de 8 de enero", *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, 2021, págs. 277 ss. Igualmente, Riva López, A., "Los futbolistas profesionales y algunos aspectos de la libertad sindical", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, número 221, 2006, págs. 179 ss.

14 Sobre este tema véase, García Murcia, J., "Libertad sindical y "trabajo sexual", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, número 6, 2021. Igualmente, Aragó i Gassiot, M., "Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato "Otras": La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, número 195, 2018, págs. 9 ss. Olivas Díaz, A., Una reflexión sobre el trabajo sexual, Jurisdicción social: *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, número 193, 2018, págs. 17 ss.

2. Nacionalidad. Los extranjeros tienen derecho a afiliación sindical en las mismas condiciones que los españoles, aunque no tengan autorización de estancia o residencia en España. Este derecho se halla regulado tanto en los convenios número 87 y 97 de la OIT, el art. 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Reglamento (UE) número 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

En España se regula por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social[15], con la interpretación realizada por diversas sentencias del Tribunal Constitucional.[16]

Hay que tener en cuenta que el art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su versión inicial, sólo reconocía el derecho de los extranjeros que se hallaran en España a sindicarse libremente, a afiliarse a una organización profesional, así como a ejercer el derecho de huelga, pero no se regulaba el derecho a constituir sindicatos. A raíz de la reforma por medio de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se introdujo un importante matiz y la regulación actual determina que:

> "*Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles*".

Dentro del concepto de inclusiones, han de ser destacados toda una serie de colectivos que presentan algunas cuestiones.

De acuerdo con el art. 1.2 LOLS, se permite que la libertad de sindicación se reconozca no sólo a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, sino también a los funcionarios; es decir, se reconoce en principio a todo aquel que desarrolle una prestación de servicios retribuidos.[17]

Este proceso de acercamiento por lo que afecta a los derechos colectivos en la función pública, está desarrollado por el Estatuto Básico del Empleado Público, regulado por Real Decreto Legislativo

---

15 Sobre este tema véase, García Ninet, J.I., "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados, así como de los "sin papeles", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, número 205, 2008, págs. 5-12; Escudero Rodríguez, R., "Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000", *Revista de Derecho Social*, número 13, 2001, pág. 229; Kahale Carrillo, D.T., "Notas a la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, número 243, 2003, págs. 83 ss.

16 Entre estas véase las STCs 236/2007, 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007. Alonso-Olea García, B., "Libertad sindical y trabajadores extranjeros: sentencia TC 236/2007, de 7 de noviembre", *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de trabajadores y empresarios*, 2014, págs. 171 ss.

17 Rayón Suárez, E., "Alcance del principio de libertad sindical", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 2, 1980, págs. 249 ss; Monereo Pérez, J.L., "Derecho a la libertad sindical de los empleados públicos", *Los derechos fundamentales en el empleo público: Sistemas jurídicos italiano y español: Cuestiones actuales y puntos críticos*, Comares, Granada, 2021, págs. 245 ss; Gómez-Millán Herencia, M.J., "Derecho de reunión y libertad sindical de los empleados públicos", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Volumen 4, número 4, 2011, págs. 181 ss. Val Tena, A., "Ejercicio del derecho de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública", *Cívitas. Revista española de derecho del trabajo*, número 107, 2001, págs. 791-811.

5/2015, de 30 de octubre, quién recoge en su art. 15 el derecho a la libertad sindical. Lo mismo sucede con el personal sanitario de los servicios de salud, que en el art. 18 del Estatuto Marco, regulado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Pero más allá, es la propia Constitución la que consentía y animaba este tránsito hacia lo laboral, o si se prefiere, la convergencia de los dos sistemas.[18]

Ahora bien, no sólo hay que acudir al ya reiterado art. 28.1 CE, sino que existe otro precepto que también participa de esta idea, concretamente el art. 103.3 al determinar que "*La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*".

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la equiparación entre los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores funcionarios no es plena a estos efectos.[19]

Así, por ejemplo, se puede destacar que, en materia de tutela de la libertad sindical, el art. 3.1.c) LRJS remite al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las demandas que versen sobre libertad sindical y derecho de huelga de los funcionarios públicos, así como del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.[20] Además, se permite que la ley regule para determinados cuerpos y colectivos excepciones o limitaciones.

En cuanto a los empresarios y a los trabajadores autónomos, en un principio, debido a los términos tan amplios con que se regula la titularidad individual del derecho de libertad sindical en el art. 28.1 CE, podría entenderse que también pueden ser incluidos. No es ésta la solución que presenta el Ordenamiento Jurídico, que varía según se trate de un colectivo o de otro.

Respecto a los empresarios, la Disposición derogatoria LOLS mantiene la vigencia de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical, por lo que se excluye la aplicación de la propia Ley Orgánica. De la misma manera, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece su carácter supletorio.

Esta diferencia ha llevado a plantear la inconstitucionalidad de tal regulación, que ha sido resuelta negativamente por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones.[21]

---

18 Palomeque López, C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2020. pág. 323.

19 Sobre esta cuestión véase STC 18/2003, de 30 de enero. Sobre el derecho de presentación de candidaturas en proceso electoral para la elección de órganos de representación de funcionarios públicos, véase STC 96/2009, de 20 de abril. Igualmente, hay que tener en cuenta la limitación del art. 3.2 LOLS.

20 Se debe recordar que la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3 de octubre de 1997 declaró la invalidez de esta regulación en lo que se refiere al derecho de huelga del personal estatutario. Gómez Caballero, P., "Competencia jurisdiccional y tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 22 de octubre de 1992, y Sala 3ª, de 8 de febrero de 1994)", Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, número 1, 1995, págs. 587-601.

21 Entre las que cabe destacar la STC 75/1992, de 14 de mayo y STC 92/1994, de 21 de marzo.

En cuando a los trabajadores autónomos, en virtud de la redacción del art. 3.1 LOLS, así como del art. 19 de la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta norma, aunque sólo se les permite el derecho a sindicarse al sindicato de su elección, pero no la constitución de sindicatos que tengan por objeto la defensa de sus intereses particulares, ya sean autónomos o autónomos económicamente dependientes.

De la misma manera les permite defender de manera colectiva sus derechos por medio de su pertenencia a asociaciones empresariales o asociaciones específicas de trabajadores autónomos. Esta inclusión podía generar problemas ya que los autónomos pueden llegar a ser empresarios. Por esta razón, el precepto obliga a estas personas, para poder pertenecer a un sindicato, a que sean exclusivamente trabajadores; o sea, que no tengan trabajadores a su servicio.

En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional no ha considerado que sea inconstitucional la colegiación obligatoria como requisito obligatorio para la pertenencia a una corporación o asociación profesional.[22]

En cuanto a los desempleados y los pensionistas por incapacidad o jubilación, se les venía negando el derecho a constituir sindicatos, ya que la finalidad primordial de estas organizaciones debe ser el de defender los intereses profesionales y, por tanto, el principio de profesionalidad debe informar toda la actividad de fundación de sindicatos.

De esta manera, aunque los intereses, fundamentalmente los relativos a la protección social, tanto de los parados como de los pensionistas, también afectan a los trabajadores en activo, quizá el impedimento más importante para conceder a estos sujetos el derecho a constituir libremente sindicatos radicaba en el hecho de que los sindicatos integrados por estos colectivos para la defensa de sus singulares reivindicaciones podrían plantear perseguir unos fines muy relacionados con objetivos políticos y poner, de esa forma, en un aprieto a la actuación en materia de protección social de los poderes públicos.

Desde la promulgación de la LOLS, el art. 3.1 de esta norma les permite la afiliación a sindicatos ya existentes, pero, al tiempo, niega, lo mismo que a los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores a su servicio, el derecho de este colectivo a fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la defensa de sus intereses singulares. Sin embargo, al amparo del art. 22 CE, relativo al reconocimiento del derecho de asociación y su desarrollo en la LO 1/2002, de 22 de marzo, se les otorga capacidad para constituir asociaciones para la defensa de sus derechos.

22 En otras véase la STC 51/1984, de 25 de abril, STC 98/1985, de 29 de julio, STC 101/1987, de 15 de junio, STC 89/1989, de 11 de mayo, STC 131/1989, de 19 de julio, STC 113/1994, de 14 de abril y STC 179/1994, de 16 de junio. Torollo González, F.J., "Derechos de asociación y colegios profesionales: sentencia TC 51/1984, de 25 de abril", *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de trabajadores y empresarios*, 2014, págs. 61-101.

4. SUJETOS EXCLUIDOS DE ESTE DERECHO

4.1. Fuerzas armadas

El art. 28.1 CE prevé que el ejercicio del derecho a la libertad sindical puede limitarse o exceptuarse. Esta restricción se dirige, según este precepto, a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a la disciplina militar. En desarrollo de esta autorización, el art. 1.3 LOLS exceptúa del ejercicio de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de los institutos armados de carácter militar[23]. En este tema, el legislador ha optado, dentro de las alternativas constitucionalmente posibles, por la más restrictiva de todas.[24]

El art. 8.34 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, en la actualidad derogada, tipificaba como falta grave, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes. La actual regulación, la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas, no contiene esta infracción.

Además, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de carrera militar, establece la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en lo que no contradiga la legislación específica militar. Concretamente, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su art. 14 regula este con la siguiente redacción:[25]

> "*1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.*
>
> *2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I.*
>
> *3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos*".

23 Según la STS 22 de junio de 2016 y STS CA 13 de febrero de 2018, la regulación española no es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a la reserva en la ratificación.

24 Palomeque López, C y Álvarez de la Rosa, M, *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2020. págs. 318-319. Herbón Costas, J.J., "Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los cuerpos de seguridad", *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, España, 2010. Sobre este tema véase la sentencia del TEDH 2 de octubre de 2014.

25 Véase, también, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Estas asociaciones carecen del derecho de huelga, de negociación colectiva, de conflicto colectivo y deben obedecer al principio de neutralidad política y sindical (art. 33).[26]

Sin embargo, estos funcionarios tienen reconocidos los derechos de asociación,[27] reunión y de manifestación, siempre y cuando no tengan carácter político o sindical.[28] Tienen también limitaciones en casos de manifestación y reunión en lugares públicos vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar[29]. Cuando las reuniones se celebren en las unidades, deben contar con previa autorización y cuentan con un órgano específico de participación, denominado Consejo de personal de las fuerzas armadas, según los artículos 46 a 51 de la Ley Orgánica y la Orden DEF/3217/2011, de 18 de noviembre, por la que se regula el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas.[30]

4.2. Miembros de la Guardia Civil

Los miembros de la Guardia Civil no pueden pertenecer a ningún sindicato, ni desarrollar actividades sindicales[31], de huelga, de reunión o manifestación,[32] en cuyo caso, estas conductas son consideradas como faltas muy graves, conforme la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, pero sí del derecho de asociación,[33] según el art. 11 de la Ley Orgánica 11/2007,

26 La STC 272/2006, de 25 de septiembre, determina cómo ha de articularse la libertad de expresión en la actuación de los representantes de estos colectivos. Sobre este tema en Argentina, véase Omar García, H., "Subordinación, disciplina y libertad de asociación sindical en las Fuerzas Armadas y de seguridad (A propósito del fallo "Ministerio de Trabajo c. Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba", CNAT, Sala II, 18/12/2013)", *Revista Derecho del Trabajo*, número 3, 2014, págs. 545-562 y Rubén Afarian, J., "Constitucionalidad de la sindicación de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales en Argentina: a propósito de la sentencia "SIPOBA c/. Ministerio de Trabajo", *Derecho y ciencias sociales*, número 19, 2018, págs. 113-132.

27 Herbón Costas, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional militar ¿Hacia una libertad sindical?", *Revista española de derecho militar*, número 97, 2011, págs. 19-104. Sobre la diferencia entre el derecho de asociación con fines de mejora profesional, permitida, frente a fines reivindicativos, prohibida, véase STC 219/1993, de 30 de junio y STC 219/2001, de 31 de octubre.

28 La STS 22 de junio de 2016 confirma la denegación del depósito de los estatutos del denominado sindicato unificado de Guardias Civiles. Sobre este tema, véase Climent Gallart, J.A., "El derecho de libertad sindical en la guardia civil a la luz de la jurisprudencia del TEDH (Casos Matelly y Sdefdromil) y de la STS (Sala de lo Social) de 22 de junio de 2016", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Volumen 7, número 1, 2017, págs. 174-207. Igualmente, Almendros González, M.A., "Derecho de asociación y derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil (Comentario a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 2 de octubre de 2014, caso Matelly y caso Adefdromil)", Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), número 382, 2015, págs. 240 ss.

29 *A sensu contrario*, se les reconoce, libertad de opinión personal sobre actuaciones de los militares, siempre que no contenga expresiones irrespetuosas, especialmente si se trata de militares vinculados a alguna de las asociaciones permitidas, en este caso, a la AUME. STC 38/2017, de 24 de abril.

30 https://www.defensa.gob.es/rapfas/

31 STS 1 de febrero de 1993 y STS 15 de marzo de 1996.

32 Ley Orgánica 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

33 Véase la STC 291/1993, de 18 de octubre, sobre la Unión Democrática de Guardias Civiles. Sobre el derecho de asociación, STS CA 13 de febrero de 2018. Pascua Mateo, F., "Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas y de la Guardia Civil", Revista de Administración Pública, número 160, 2003, págs. 361 ss.

de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, siempre que sean asociaciones de ámbito estatal y se sometan a los principios de transparencia y publicidad. Además, cuentan con un órgano representativo denominado Consejo de la Guardia Civil.[34]

Esta exclusión también se aplica a los funcionarios del Centro Nacional de Inteligencia, ya que según el art. 8.1.f) de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, el régimen de derechos y deberes del personal que preste servicios "*conjugará el de la función pública y el del personal sujeto a disciplina militar*", desarrollándose esta cuestión en el Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, que regula el Estatuto de este personal.

La nota característica que determina la exclusión del derecho de libertad sindical a estos colectivos radica en su condición militar[35]. Esta afirmación es aún más patente cuando la propia LOLS, concretamente el art. 1.5 concede el derecho de sindicación de los miembros de cuerpos y fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar. Ahora bien, de acuerdo con este precepto, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos institutos, el desarrollo de este derecho queda fuera del ámbito de la propia Ley Orgánica y para su regulación hay que acudir a su normativa específica; concretamente, en el art. 15.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

4.3. Jueces y Magistrados

Los jueces y magistrados, mientras se hallen en activo, de acuerdo con el art. 127.1 CE, no pueden pertenecer a sindicatos. De esta manera, mientras se encuentren en esta situación, se les impide el derecho de sindicación, aunque se remite a la Ley el establecimiento del sistema y modalidades de la asociación profesional de estos colectivos.[36]

Con esta finalidad, el art. 401 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), reconoce el libre derecho de asociación profesional a estos colectivos atendiendo al cumplimiento de una serie de reglas.[37]

Estas asociaciones tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines; podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general; no

34 https://www.guardiacivil.es/es/institucional/Consejo_de_la_Guardia_Civil/index.html.

35 García Murcia, J., "Sobre el desarrollo de la actividad sindical en los establecimientos militares y otros aspectos de la libertad sindical", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 53, págs. 433 ss., 1992. Velasco Portero, M T, "La Guardia Civil y el derecho de libertad sindical", *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, 2001, págs. 229-247.

36 https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Estructura-judicial-y-recursos-humanos--en-la-administracion-de-justicia/Asociaciones-Profesionales-Judiciales/.

37 Este procedimiento se encuentra desarrollado por el Acuerdo 1/2011, de asociaciones judiciales y profesional aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de febrero de 2011.

podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos[38] y deberán tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, esta libertad de asociación queda matizada porque sólo podrán formar parte de estas quienes ostenten la condición de Jueces y Magistrados en servicio activo y ningún Juez o Magistrado podrá estar afiliado a más de una asociación profesional.

Las asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro que será llevado al efecto por el Consejo General del Poder Judicial. La inscripción se practicará a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados. Sólo podrá denegarse la inscripción cuando la asociación o sus Estatutos no se ajustaren a los requisitos legalmente exigidos.

Los Estatutos deberán expresar, como mínimo, las siguientes menciones:

- Nombre de la asociación.
- Fines específicos.
- Organización y representación de la asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.
- Régimen de afiliación.
- Medios económicos y régimen de cuotas.
- Formas de elegirse los cargos directivos de la asociación.

En cuanto al derecho de huelga, la LOPJ no les reconoce este derecho, mientras que sí lo hace expresamente respecto al resto del personal de la Administración de Justicia, por lo que hay que entender que no lo pueden ejercitar.[39]

4.4. Ministerio Fiscal

El derecho de asociación profesional de las personas que integran el Ministerio Fiscal se regula en el art. 54 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, sobre Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.[40]

38 Sobre la legitimación activa de estas asociaciones profesionales para impugnar acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, véase la STS (CA) de 24 de enero de 1997.

39 Sobre este tema, véase Ojeda Avilés, A., "El derecho de huelga de los magistrados", *Themis. Revista de Derecho*, número 25, 1993; Sempere Navarro, A., "¿Huelga judicial?", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 20, 2008; Munín Sánchez, L., "Naturaleza parasindical de las asociaciones judiciales", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 10, /2013 y Ordóñez Solís, D, "¿Tendrían los jueces españoles que hacer la revolución?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 779, /2009.

40 Boto Álvarez, A., "La continuidad de los servicios jurídicos en la Administración ante una huelga de fiscales y abogados del estado: la experiencia de Quebec", *Revista de Administración Pública*, número 192, 2013, págs. 401 ss.

Las asociaciones de fiscales tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines; podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminado al servicio de la justicia en general y sólo podrán formar parte de estas quienes ostenten la condición de Fiscales, sin que puedan integrarse en ellas miembros de otros cuerpos o carreras.

Además, quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro, que será llevado al efecto por el Ministerio de Justicia. La inscripción se practicará a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

Cuando las Asociaciones profesionales incurrieren en actividades contrarias a la ley o que excedieren del marco de los Estatutos, el fiscal general del Estado podrá instar, por los trámites de juicio declarativo ordinario, la disolución de la Asociación. La competencia para acordarla corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, con carácter cautelar, podrá acordar la suspensión de esta.

5. LIMITACIONES AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

5.1. Penados en instituciones penitenciarias

Conforme al art. 5.1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, los internos trabajadores tienen, entre sus derechos, la participación en la organización y planificación del trabajo en la forma y con las condiciones establecidas en la legislación penitenciaria. De esta manera se excluye la acción colectiva en defensa de sus intereses, por lo que sus derechos a la libertad sindical se encuentran claramente limitados.[41]

5.2. Personal civil de establecimientos militares

El personal civil de establecimientos militares tiene reconocidos los derechos de libre sindicación y huelga, pero se les prohíbe la actividad sindical dentro de los recintos militares (DA tercera LOLS).[42] Concretamente, conforme a la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, deben tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos.[43]

41 Sobre este tema, véase, Esteban Legarreta, R., "Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres penitenciarios", Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, número 148, 2019, págs. 67-104.

42 Sobre este tema véase STC 101/1991, de 13 de mayo y STS 11 de junio de 1997. Albiol Montesinos, I, "Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 10, 1982, pág. 169 ss.

43 Sobre este personal cuando son asalariados, véase Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio. En diferencia por no tener carácter militar, véase García Valverde, M.D., "La amplitud del derecho de libertad sindical del personal al servicio del Ministerio de Defensa. Una Materia que necesita una apropiada y actualizada interpretación: STSJ Castilla y León 4 julio 2000 (AS 2000, 4310)", *Aranzadi social*, número 4, 2000, págs. 3084-3089.

5.3. Policía

El derecho de libertad sindical de las personas que forman parte del cuerpo de policía nacional debe ser regulado por una normativa específica al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, según el art. 1.5 LOLS, siendo esta normativa específica la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, del Régimen de personal de la policía nacional.[44]

Los miembros del cuerpo nacional de Policía tienen derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, así como el de afiliarse a las mismas y a participar activamente en ellas; ahora bien, sólo podrán afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio cuerpo.[45] Dichas organizaciones no pueden federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros del referido cuerpo, pero pueden formar parte de organizaciones internacionales de su mismo carácter.

El ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros de Cuerpo Nacional de Policía tiene como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional.[46]

Para constituir una organización sindical es preciso depositar sus estatutos, acompañados del acta fundacional, en el Registro Especial de la Dirección General de Policía. Los Estatutos deben contener, al menos, las siguientes menciones:

- Denominación de la asociación.
- Fines específicos de la misma.
- Domicilio.
- Órganos de representación, gobierno y administración y normas para su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de cargos, que han de ajustarse a principios democráticos.

---

44 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la exclusión de este colectivo de la libertad sindical, aunque no referido a España, por ejemplo, en la sentencia 27 de octubre de 1975, sentencia 25 de septiembre de 2012 y sentencia 21 de abril de 2015. Respecto a este colectivo en El Salvador, véase Coca Muñoz, C.A., "Los derechos laborales de los servidores públicos de la Policía Nacional Civil: Una aproximación socio-jurídica", *Policía y seguridad pública*, Volumen 1, número 7, 2017, págs. 99-171. En cuanto a Uruguay, Zapirain, H., "La libertad sindical y los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía", Derecho laboral: *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, número 269, 2018, págs. 43-62 e Iglesias Merrone, L., "Libertad sindical de policías: reseña sobre un fallo extranjero", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013, págs. 151-159.

45 STS 31 de octubre de 2012.

46 De acuerdo con la STC 41/1985, de 22 de octubre, la condición de representante sindical del cuerpo superior de Policía no puede eximir de la responsabilidad derivada de la violación de los derechos funcionariales porque está obligado también al cumplimiento de esos deberes, lo que no atenta ni impide el reconocimiento del derecho de libertad sindical. En sentido similar, STC 127/1995, de 25 de julio.

- Requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de sus Estatutos y disolución de la asociación sindical.
- Régimen económico de la organización, que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

Bajo la presidencia del Ministro del Interior o persona en quien delegue, se crea el Consejo de Policía, con representación paritaria de la Administración y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía,[47] cuyas funciones son:

- La mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos.
- La participación en el establecimiento y las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios.
- La formulación de mociones y la evaluación de consultas en materias relativas al Estatuto profesional.
- La emisión de informes en los expedientes disciplinarios que se instruyan por faltas muy graves contra miembros del cuerpo nacional de Policía y en todos aquellos que se instruyan a los representantes de los Sindicatos.

La representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo se estructura por Escalas, sobre la base de un representante por cada 6.000 funcionarios o fracción, de cada una de las cuatro Escalas que constituyen el Cuerpo.

Se celebran elecciones en el seno del Cuerpo Nacional de Policía, a efectos de designar los representantes de sus miembros en el Consejo de Policía y determinar la condición de representativos de los sindicatos, conforme a lo regulado en el Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía.[48]

En cuanto a las policías autonómicas, en aplicación de la posibilidad de creación de este tipo de cuerpos por parte de los respectivos estatutos de autonomía en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica, según el art. 149.1.29 CE, la regulación se halla en la LO 2/1986, de 13 de marzo, aplicándose estas normas, sin perjuicio de las particularidades que regulan sus respectivas normativas.

47 https://www.spp.es/consejo-de-policia/.

48 http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/10482641.

Así, por ejemplo, en varias normas que regulan policías autonómicas se reglamenta el derecho a sindicación a sindicatos que no sean exclusivamente de policía, como sucede en Navarra,[49] Cataluña,[50] el País Vasco[51] o Canarias.[52]

Respecto a las policías locales, en aplicación de la LO 2/1986, de 13 de marzo, tienen los derechos sindicales,[53] pero con las limitaciones propias relativas a las especificidades de sus funciones.[54]

Finalmente, todos los miembros de las diferentes policías tienen prohibido el ejercicio del derecho de huelga o acciones sustitutivas del mismo que tengan por fin alterar el normal funcionamiento de los servicios.[55]

6. CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

El contenido de la libertad sindical puede presentarse en un doble plano, según quién sea el sujeto titular de cada derecho: la libertad sindical individual y la libertad sindical colectiva.

En cuanto a la vertiente individual, está integrada por los derechos de que es titular el trabajador individualmente considerado; entre los que cabe destacar, los siguientes.

6.1. Libertad de fundación de sindicatos

Los trabajadores individualmente considerados, según se desprende de la lectura del art. 28.1 CE, art. 2.1.a) LOLS y art. 2 del Convenio número 87 de la OIT,[56] tienen derecho a fundar sindicatos sin nece-

49 Véase art. 53.d) Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las policías de Navarra.

50 Artículos 50 y ss. de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, que fueron modificados por la Ley 26/2002, de 28 de noviembre. Véase la STC 170/2008, de 15 de diciembre, sobre el reconocimiento del derecho de reunión y manifestación del sindicato colectivo autónomo de trabajadores-*mosos* de escuadra.

51 Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco.

52 Ley 2/2008, 28 mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria.

53 Sobre la actividad sindical de los policías locales, véase la STC 273/1994, de 17 de octubre.

54 Sobre la regulación de las policías locales en estas Comunidades Autónomas véase, entre otras, la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, en Cataluña, Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales, el Decreto 210/2021, de 15 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento Marco de Organización de las Policías Locales de la Comunidad de Madrid o en Andalucía, la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales.

55 STS 26 de septiembre de 1996. Respecto a la Ertzaina, véase auto TC 99/2009, de 23 de marzo.

56 Sobre este tema véase García Ninet, J.I. y Yanini Baeza, J., "Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 2, 1997, pág. 50.

sidad de autorización previa, así como también el derecho a suspenderlos o extinguirlos a través de procedimientos democráticos.

De acuerdo con esta cuestión, anteriormente bastaba una sola persona para poder fundar un sindicato, aunque normalmente es evidente que los sindicatos se crean por la asunción de un conjunto de voluntades.[57]

En la actualidad, el procedimiento está regulado en el Real Decreto 416/2015, de 28 de mayo, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.[58]

6.2. Libertad de afiliación

La libertad de afiliación está incluida, ya que es el elemento más importante de esta vertiente individual, dentro del contenido esencial de la libertad sindical. Se encuentra enunciada en el art. 28.1 CE y se desarrolla en el art. 2.1.b) LOLS al definirla como:

> "*El derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección, con la sola condición de observar los estatutos de este o a separarse del que estuviere afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato*".

De esta redacción se deprenden dos tipos de esta libertad de afiliación:

- Positiva. Comprende el derecho a que el trabajador se afilie al sindicato de su elección, con la sola obligación de observar los estatutos de dicho sindicato y, en su caso, de separarse del sindicato al que se encontrara afiliado.
- Negativa. Entendida como el derecho del trabajador a no ser obligado a afiliarse a un sindicato.

6.3. Libertad de afiliación positiva

El derecho a que el trabajador se afilie al sindicato de su elección puede tener dos obstáculos, según cual sea el sujeto que trata de limitar esta libertad de afiliación positiva.

En primer lugar, se debe conectar esta libertad del trabajador con la facultad otorgada a las organizaciones sindicales para determinar en sus estatutos los requisitos y los procedimientos para adquirir la condición de afiliado al sindicato, según se desprende del art. 4.2.d) LOLS. De esta manera, los conflictos pueden originarse respecto a si son lícitas las cláusulas estatutarias que restrinjan, de cualquier manera, la admisión de miembros.

Ahora bien, es compatible con esta libertad la exigencia a la persona que aspire a adquirir la condición de afiliado a que reúna unas determinadas condiciones, como, por ejemplo, la pertenencia a

57 STC 29 de noviembre de 1990. Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. pág. 44.

58 https://expinterweb.mitramiss.gob.es/deose/login.

un determinado sector o lugar de residencia, en correspondencia con el ámbito funcional y geográfico de actuación del sindicato o no estar afiliado a otro sindicato.

Igualmente, se ha incluir el derecho a la elección en los cargos del sindicato,[59] la protección frente a cualquier acto de discriminación, así como la activación de la garantía derivada del principio de indemnidad.[60]

Este tema se encuentra muy ligado a la posible adscripción política de los sindicatos, así como si los afiliados comulgan con los fines del sindicato o pueden ser elementos que afecten al funcionamiento de este. De esta manera, como criterio general, deben ser consideradas como ilícitas las cláusulas que establezcan discriminaciones en cuanto a la afiliación que atenten al principio de igualdad.[61]

De la misma manera, se considera totalmente válida la imposición de un canon de negociación a los trabajadores no afiliados al sindicato negociador a la firma del convenio colectivo[62] o que un convenio colectivo extraestatutario no se aplique de manera automática a los no afiliados y se precise de su adhesión.[63]

En todo caso, el control judicial de las actuaciones de los sindicatos frente a sus afiliados, conforme al art. 2.k LRJS, es competencia de los órganos jurisdiccionales sociales,[64] siendo el procedimiento que se debe utilizar la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.[65]

En segundo lugar, la conducta del empresario puede suponer un atentado contra la libertad de afiliación del trabajador. Este comportamiento se puede observar en los dos momentos siguientes:

En el momento de la admisión al empleo de los trabajadores, siendo el supuesto más común, la decisión de contratar solamente a trabajadores no afiliados a sindicatos, conducta del empresario que obliga a que el trabajador deje de pertenecer al sindicato al que está afiliado. Este comportamiento significa un atentado a la libertad sindical, al tiempo que origina una lesión al principio de igualdad, ya que se produce una discriminación de las personas que van a ser contratados en atención a su vinculación sindical.

---

59 Sobre la posibilidad de compaginar el ejercicio de una responsabilidad en el seno del sindicato y el mantenimiento con el mismo de una relación laboral, véase STS 7 de octubre de 2005.

60 STC 183/2007, de 10 de septiembre. Sobre la indemnidad retributiva en el caso de los liberados sindicales, véase STS 10 de noviembre de 2005, STS 2 de octubre de 2007 y STS 25 de febrero de 2008.

61 STEDH 27 de febrero de 2007, ATC 214/2004, de 2 de junio y STS 21 de julio de 1998.

62 Art. 11.1 LOLS. STC 98/1985, de 29 de julio.

63 En este tema, entre otras, véase STS 8 de junio de 1999 y STS 11 de julio de 2012.

64 STC 21 de mayo de 2001 y STS 6 de julio de 2000.

65 STS 21 de julio de 1998, STS 2 de noviembre de 1999 y STS 24 de octubre de 2000.

Esta situación está expresamente prohibida en el art. 12 LOLS al regular que serán nulos y sin efecto los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato.

Durante el desarrollo de la actividad laboral, la discriminación puede producirse, también, a lo largo de la relación de trabajo mediante la utilización por parte del empresario de sus poderes organizativos o de dirección.[66]

Esta conducta ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, entre las que van a ser destacadas las siguientes.

El poder de dirección regulado en el art. 20.1 ET avala la potestad empresarial de dar instrucciones y órdenes dentro de los términos propios del contrato de trabajo, pero, por muy generosa que sea su lectura, o por mucho que se desee extender su ámbito, resulta claro que el mismo no se puede extender a orientar o dirigir la actividad representativa de los representantes electivos del personal o representantes sindicales.[67]

En los actos preparatorios y previos de una acción propiamente sindical se pueden encontrar situaciones en las que se coartan y sufren represalias los participantes en los mismos que hace difícil la acción propiamente sindical.[68]

Situaciones que no deben permanecer de manera necesaria y en todos los casos extramuros de la protección y de las garantías del derecho fundamental de libertad sindical, ya que se trata de una etapa previa del pleno ejercicio de los derechos sindicales en los que la exposición al riesgo y a eventuales represalias es superior que cuando existe ya afiliación a sindicatos, cuando éstos han convocado y participado en las elecciones a órganos de representación electiva de los trabajadores, y ejercitan su acción libremente en la empresa.

Resulta claro que, si no existen iniciativas adoptadas por los propios sindicatos, ni tampoco representantes electos, la decisión de fundar un sindicato, afiliarse a uno existente, e incluso instar de los sindicatos más representativos la promoción de elecciones a órganos de representación unitaria, son cuestiones que los trabajadores deben poder adoptar libremente sin sufrir sanciones ni medidas capaces de provocar la extinción de su contrato de trabajo.[69]

66 Sobre esta cuestión en general, véase STC 92/2005, de 18 de abril.

67 En este sentido, las SSTC 200/2007 de 24 septiembre y 90/2008 de 21 julio, aprecian vulneración de la libertad sindical del liberado sindical cuando se le deniega un complemento de especial dedicación o no se computa como tiempo de servicios efectivos el permanecido en tal puesto.

68 STC 11/1981, de 8 de abril, STC 70/1982, de 29 de noviembre y STC 18/1984, de 7 de febrero.

69 STC 197/1990, de 29 de noviembre.

6.4. Libertad de afiliación negativa

La libertad de afiliación negativa consiste en el reconocimiento del derecho a que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato. Este principio implica que ningún sujeto, ya sea el Estado, el empresario o los propios sindicatos pueden forzar la afiliación de un trabajador. El reconocimiento de este derecho se halla regulado, tanto en el art. 28.1 *in fine* CE, como en el art. 2.1.b) *in fine* LOLS.[70]

Se prohíben todas aquellas cláusulas conocidas genéricamente como cláusulas de seguridad sindical, que pretenden la mayor implantación de los sindicatos en la empresa a través de la exigencia a los trabajadores de determinadas conductas.[71]

El Tribunal Constitucional ha centrado esta cuestión al afirmar que "*el derecho de libre sindicación comprende la libertad sindical negativa, que se define expresamente con la gráfica fórmula de que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato y es cierto que hay que interpretar esta última regla de un modo extensivo, de manera que se comprendan en ella tanto las obligaciones directas como las indirectas y tanto las genuinas obligaciones de sindicación como las medidas de presión que al disfrute de la libertad se puedan oponer. Sin embargo, de ello no se puede extraer la consecuencia de que el derecho reconocido por el artículo 28 de la Constitución impida que el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen, pues en tal caso no se está haciendo la sindicación obligatoria y la diferencia de régimen jurídico será legítima si lo es dentro del campo del artículo 14 de la Constitución, siempre que no entrañe presión o coacción*".[72]

Entre estas cabe citar las siguientes conductas:

- Cláusula closed shop o taller cerrado. El empresario se obliga a contratar solamente a trabajadores afiliados al sindicato negociador.[73]
- Cláusula de empleo preferencial. El empresario se compromete a contratar preferentemente a los trabajadores afiliados.[74]

---

70 Palomeque López, C y Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2020. pág. 322. Goerlich Peset, J. M., "Libertad sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: Un panorama jurisprudencial", *Derecho de las relaciones laborales*, número 7, 2015, págs. 731-742.

71 Sobre este tema en Estados Unidos, véase Nogueira Guastavino, M., "La libertad sindical negativa en Estados Unidos: Replanteamiento del canon de negociación colectiva en España", *Derecho de las relaciones laborales*, número 4, 2016, págs. 374-399. En Brasil, véase Mallet, E., "Dimensiones de la libertad de no afiliación sindical: comentario sobre una decisión judicial", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013, págs. 91-105 y en Chile, Gamonal Contreras, S., "La libertad sindical negativa", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013, págs. 106-113.

72 STC 68/1982, de 22 de noviembre.

73 Galiana Moreno, J., "El '*closed shop*' ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Trabajo*, número 67/68, 1982, págs. 39 ss.

74 Sobre una cuestión muy concreta, véase Palomar Liceras, C., "La tutela de la libertad sindical. La posible vulneración de la libertad sindical al condicionar el disfrute de un beneficio a la afiliación a un sindicato concreto. Comentario a la Sentencia del 8 de enero de 2020 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social", *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, número 68, 2020.

- Cláusula de taller sindicado. El empresario puede contratar libremente, pero se compromete después a lograr la afiliación de los trabajadores al sindicato negociador.
- Cláusula de mantenimiento de la afiliación. Se pretende que ningún trabajador abandone el sindicato.
- Cláusula de ventajas reservadas. El convenio colectivo sólo se aplica a los trabajadores afiliados al sindicato que toma parte en la negociación.[75]
- Cláusula de agency shop o cuota de solidaridad. Todos los trabajadores, afiliados o no, deben contribuir con una cuota sindical al sostenimiento del sindicato.
- Cláusula de taller gestor. El empresario descuenta a los trabajadores una cuota sindical de forma periódica.

Ahora bien, la libertad de afiliación negativa no puede impedir las medidas de fomento de la sindicación en general o de afiliación en particular que pueda llevar a cabo el legislador. De esta manera, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha declarado que son adecuados los preceptos legales que atribuyan determinados derechos a los trabajadores afiliados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindiquen.[76]

Es evidente, según opinión de este Tribunal, que "*el legislador puede adoptar medidas de fomento de la sindicación, si las juzga procedentes, con tal que no empañen aquella libertad constitucionalmente consagrada, y tampoco impide la libertad sindical del artículo 28, el papel relevante que a los sindicatos reconoce el artículo 7 del texto constitucional, como instrumentos para la defensa y protección de los intereses económicos y sociales que le son propios, por lo que no atenta contra la libertad sindical el reconocimiento a los sindicatos libremente creados, libremente organizados y en el seno de los cuales la actividad es asimismo libre, de los derechos de los que deben estar asistidos para el cumplimiento de sus funciones*".[77]

De la misma manera, la libertad de afiliación negativa incluye también el derecho del trabajador a separarse del sindicato al que estaba afiliado, según se desprende de la lectura del art. 2.1.b) LOLS. Esta posibilidad puede observarse claramente en dos tipos de comportamiento.[78]

En cuanto a los sindicatos, esta cuestión debe conectarse con el contenido mínimo que debe fijarse en sus estatutos, donde se exige, según el art. 4.2.d) LOLS, que figuren los requisitos y los procedimientos para la pérdida de la condición de afiliados. Por esta razón, no se puede permitir que se introduzcan

75 Ferradans Caramés, C., "Cláusulas de seguridad sindical en la Negociación Colectiva: ¿viabilidad de ventajas que fomenten la afiliación sindical?", *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, 2015, págs. 141-162.

76 STC 68/1982, de 22 de noviembre.

77 STC 12/1983, de 22 de febrero.

78 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11 de enero de 2006, asunto Sorensen and Rasmunssen v. Denmark números 52562/99 y 526200/99.

impedimentos a la libre voluntad de los trabajadores.[79] La regulación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical debe interpretarse, exclusivamente, en el sentido de que se pueden establecer determinados requisitos y mecanismos de sanción respecto de ciertos trabajadores que, cuando lleven a cabo conductas tipificadas y que hayan sido consideradas suficientemente graves, puedan llegar a implicar la pérdida de la condición de afiliado,[80] pero siempre respetando el procedimiento y/o las causas reguladas en los correspondientes estatutos.[81]

En cuanto a la empresa, su establecimiento implica que no pueden admitirse cláusulas de seguridad sindical que obliguen a mantener la afiliación de los trabajadores a un sindicato a costa de perder el empleo. Es evidente que esta conducta supondría la realización de actos discriminatorios y, por tanto, nulos y sin efecto, según el art. 12 LOLS. En este caso, la pérdida de la condición de afiliado sólo puede producirse por una actuación voluntaria por parte del trabajador afectado, ni tan siquiera sería legal la intervención del sindicato, obligando al trabajador a mantener la afiliación.

6.5. Derecho a la actividad sindical

El art. 2.1.d) LOLS regula el derecho a la actividad sindical y, en virtud de este derecho, el trabajador puede ejercer acciones sindicales, o adherirse y participar en actividades convocadas por los sindicatos, dentro y fuera de la empresa sindical.

Entre las actividades que pueden desarrollar, cabe citar las siguientes:

- Integrarse en candidaturas sindicales y poder ser designado como delegado sindical (artículos 8 a 10 LOLS).
- Distribuir y recibir información de interés sindical.
- Disponer de los medios necesarios para realizar sus funciones.[82]
- Disfrutar del derecho a excedencia y permisos necesarios, así como el acceso a centros de trabajo.
- Derecho a participar en conflictos colectivos, a convocar huelgas y a participar en piquetes informativos.

En el otro sentido, entre los deberes del afiliado, cabe citar:

- Pago de las cuotas sindicales.[83]
- Acatamiento de las normas internas, así como de la estrategia sindical

79 STS 19 de mayo de 1995.

80 STS 18 de septiembre de 2001.

81 STC 116/2001, de 21 de mayo.

82 STS 23 de julio de 2008, STS 14 de julio de 2016 y STS 24 de julio de 2017.

83 STC 18 de octubre de 1993, STS 15 de abril de 1996 y STS 30 de junio de 2008. Este tema está adquiriendo cada día mayor protagonismo por su vinculación con la protección de datos y el valor del consentimiento del trabajador. Sobre este tema véase Informe 0434/2010 e informe 0033/2010, en ambos casos de la Agencia Española de Protección de Datos.

Este derecho a la actividad sindical requiere la observancia de las siguientes dos cautelas.

En primer lugar, de acuerdo con las palabras del Tribunal Constitucional, este derecho no ha de ser entendido en modo tal que se excluya en todo caso de la titularidad del derecho de actividad sindical a los trabajadores no afiliados a un sindicato.[84]

En la medida en que el sindicato tiene entre sus principales tareas y medios la de implicar en la acción sindical no sólo a los que ya son miembros del sindicato, sino al mayor número de trabajadores afectados e implicados en el mismo interés protegido en cada caso por el sindicato, no resulta admisible que ante una misma actividad organizada o promovida por un sindicato los afiliados al mismo que la siguieran estuviesen cubiertos por la garantía del art. 28.1 CE y, en cambio, los trabajadores que no estuvieran afiliados, siguiendo la misma actividad y realizando los mismos actos, carecieran de esta cobertura. Cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma.

En realidad, de no entenderse, no sólo se dejaría desprotegidos a los trabajadores, sino que, indirectamente, se afectaría de forma grave a los propios sindicatos y a las funciones que la Constitución les reconoce, puesto que las actividades no declaradas ilícitas dirigidas a todos los trabajadores, que son, sin duda, las de mayor relieve, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios esta garantía constitucional.[85]

En segundo lugar, desde la óptica de la organización sindical, este derecho a la actividad sindical del trabajador afiliado no puede significar, bajo ningún concepto, el otorgamiento de plena potestad para que éste pueda decidir si obedece o no las órdenes emanadas del sindicato, sobre todo si su origen es perfectamente legítimo.

6.6. Libertad de reunión

El art. 8.1.b) LOLS regula el derecho de reunión de los trabajadores afiliados a un sindicato en el ámbito de la empresa o centro de trabajo.[86] Ahora bien, para el ejercicio de esta potestad, este mismo precepto establece la concurrencia necesaria de los siguientes tres requisitos:

- Previa notificación del empresario.
- Fuera de las horas de trabajo.
- Sin perturbar la actividad normal de la empresa.

84 STC 94/1995, de 19 de junio.

85 Entre otras véase la STC 38/1981, de 23 de noviembre, STC 197/1990, de 29 de noviembre, STC 134/1994, de 9 de mayo y STC 95/1996, de 29 de mayo.

86 Palomeque López, C., "La titularidad del derecho de reunión sindical y la legitimación para convocar asambleas informativas de afiliados a un sindicato", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 87, 1998, págs. 150 ss.

Este derecho a celebrar asambleas no se reconoce exclusivamente a favor de los trabajadores afiliados, sino que los trabajadores no afiliados a un sindicato también pueden ejercerlo, ya que se encuentra regulado para todos los trabajadores en el art. 77 ET.[87]

La asamblea puede ser convocada por los delegados de personal, el comité de empresa o centro de trabajo, o por un número de trabajadores no inferior al 33 % de la plantilla, no así por secciones o delegados sindicales.[88]

Será presidida por el comité de empresa o por los delegados de personal mancomunadamente, que serán responsables del normal desarrollo de esta, así como de la presencia de personas no pertenecientes a la empresa[89] y sólo podrá tratarse en ella de asuntos que figuren previamente incluidos en el orden del día.

La presidencia comunicará al empresario la convocatoria con expresión del orden del día propuesto con 48 horas de antelación, como mínimo, debiendo éste acusar recibo, así como los nombres de las personas no pertenecientes a la empresa que vayan a asistir a la asamblea y acordará con éste las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa.[90]

El lugar de reunión será el centro de trabajo, si las condiciones de este lo permiten, y la misma tendrá lugar fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo con el empresario. El empresario deberá facilitar el centro de trabajo para la celebración de la asamblea, salvo en los siguientes casos:

- Si no se cumplen las disposiciones legales.
- Si hubiesen transcurrido menos de dos meses desde la última reunión celebrada.
- Si aún no se hubiese resarcido o afianzado el resarcimiento por los daños producidos en alteraciones ocurridas en alguna reunión anterior.
- Cierre legal de la empresa.

Cuando se someta a la asamblea la adopción de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores, se requerirá para su validez el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo.[91]

6.7. Libertad de información sindical

El derecho a la información sindical puede ser analizado desde un doble punto de vista.

87 Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "El derecho de reunión de los trabajadores en el marco de la libertad sindical", *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, 2003, págs. 249-268.

88 STS 10 de diciembre de 1999 y STS 11 de marzo de 2003.

89 STS 19 de enero de 2004.

90 Sobre esta cuestión véase la STS 23 de diciembre de 1998.

91 Sobre los acuerdos que requieren el cumplimiento de estos requisitos y la no invasión de competencias de los representantes de los trabajadores, véase STS 30 de octubre de 2007.

El art. 8.1.b) LOLS regula el derecho a los afiliados a un sindicato a distribuir información sindical, con los mismos límites que el derecho de reunión, es decir, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa.[92]

El Tribunal Constitucional ha analizado el contenido de esta información. Concretamente ha afirmado que el hecho de que el legislador obligue al empresario a facilitar a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos o con implantación en la empresa de ciertos medios materiales, instrumentales para el mejor desenvolvimiento de la actividad sindical (un tablón de anuncios y un local adecuado en aquellas empresas o centros de trabajo con más de doscientos cincuenta trabajadores), en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores; por el contrario, siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental.[93]

El art. 8.1.c) LOLS regula el derecho a que los afiliados a un sindicato puedan recibir información sindical en la empresa. Este derecho de información comprende la obligación de la empresa de entregar la correspondencia que remita el sindicato al trabajador afiliado a quien vaya dirigida en el centro de trabajo.[94]

Esta materia se ha visto complicada en cuanto a su gestión por parte de los sindicatos por la presencia de la digitalización en las empresas, ya se por la utilización de los sistemas de comunicación o por la necesaria protección de datos de los afiliados.[95]

6.8. Libertad de representación

El art. 2.1.c) LOLS regula que la libertad sindical comprende el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato. Este derecho tiene una limitación contenida en el art. 4.2.c) de la propia norma al regular que el régimen de provisión electiva de los cargos de los sindicatos habrá de "*ajustarse a principios democráticos*".

Este precepto que matiza la absoluta libertad de los afiliados a los sindicatos no hace nada más que reiterar la exigencia de democracia sindical regulada en el art. 7 CE cuando establece que la creación y ejercicio de la actividad de los sindicatos "*son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley*".

92 García Romero, B., "Prohibición a los representantes de las personas trabajadoras de repartir información en papel para garantizar el derecho a la intimidad de los clientes de la empresa: ponderación del derecho a la protección de datos y del derecho de libertad sindical, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, número 2, 2021.

93 STC 94/1995, de 19 de junio. En este mismo sentido, STC 281/2005, de 7 de noviembre.

94 García Murcia, J., "Tres sentencias recientes del TS sobre derechos de información de los trabajadores y sus representantes en el ámbito de la empresa", *Derecho de los Negocios*, número 260, 2021.

95 Moraru, G., *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores: nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 159-160.

7. BIBLIOGRAFÍA

Albiol Montesinos, I., "Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 10, 1982.

Almendros González, M.Á., "Derecho de asociación y derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil (Comentario a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 2 de octubre de 2014, caso Matelly y caso Adefdromil)", Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), número 382, 2015.

Alonso-Olea García, B., "Libertad sindical y trabajadores extranjeros: sentencia TC 236/2007, de 7 de noviembre", *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de trabajadores y empresarios*, 2014.

Aragó i Gassiot, M., "Más a propósito de la sentencia sobre el sindicato "Otras": La libertad sexual de las mujeres o el derecho al propio cuerpo, no debe ser disponible en el marco de un contrato laboral", *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, número 195, 2018.

Boto Álvarez, A., "La continuidad de los servicios jurídicos en la Administración ante una huelga de fiscales y abogados del estado: la experiencia de Quebec", *Revista de Administración Pública*, número 192, 2013.

Burgos Aduriz, A., "La protección del contenido esencial de la libertad sindical en la Unión Europea ¿cómo afectaría esta situación a la futura adhesión de la Unión Europea al convenio europeo de derechos humanos?: Contradicciones con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos", *Revista de estudios europeos*, número 71, 2018.

Camps Ruiz, L., "La titularidad de la libertad sindical: inclusiones y exclusiones", *Sindicalismo y democracia: el "Derecho sindical español" del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, 2017.

Climent Gallart, J.A., "El derecho de libertad sindical en la guardia civil a la luz de la jurisprudencia del TEDH (Casos Matelly y Sdefdromil) y de la STS (Sala de lo Social) de 22 de junio de 2016", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Volumen 7, número 1, 2017.

Coca Muñoz, C.A., "Los derechos laborales de los servidores públicos de la Policía Nacional Civil: Una aproximación socio-jurídica", *Policía y seguridad pública*, Volumen 1, número 7, 2017.

De Val Tena, A.L., "Ejercicio del derecho de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública", *Cívitas. Revista española de derecho del trabajo*, número 107, 2001.

Escudero Rodríguez, R., "Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000", *Revista de Derecho Social*, número 13, 2001.

Esteban Legarreta, R., "Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres penitenciarios", Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, número 148, 2019.

Ferradans Caramés, C., "Cláusulas de seguridad sindical en la Negociación Colectiva: ¿viabilidad de ventajas que fomenten la afiliación sindical?", *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, 2015.

Galiana Moreno, J., "El '*closed shop*' ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Trabajo*, número 67/68, 1982.

Gamonal Contreras, S., "La libertad sindical negativa", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013.

García Fernández, M., *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990.

García Jiménez, M., "Derechos de sindicación y libertad sindical en las Cooperativas de Trabajo Asociado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2019", *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, número 36, 2020.

García Murcia, J., "Sobre el desarrollo de la actividad sindical en los establecimientos militares y otros aspectos de la libertad sindical", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 53, 1992.

García Murcia, J., "Libertad sindical y "trabajo sexual", *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, número 6, 2021.

García Murcia, J., "Tres sentencias recientes del TS sobre derechos de información de los trabajadores y sus representantes en el ámbito de la empresa*", Derecho de los Negocios*; número 260, 2021.

García Ninet, J.I., "Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados, así como de los "sin papeles", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, número 205, 2008.

García Ninet, J.I. y Yanini Baeza, J., "Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 2, 1997.

García Romero, B., "Prohibición a los representantes de las personas trabajadoras de repartir información en papel para garantizar el derecho a la intimidad de los clientes de la empresa: ponderación del derecho a la protección de datos y del derecho de libertad sindical, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, número 2, 2021.

García Valverde, M.D., "La amplitud del derecho de libertad sindical del personal al servicio del Ministerio de Defensa. Una Materia que necesita una apropiada y actualizada interpretación: STSJ Castilla y León 4 julio 2000 (AS 2000, 4310)", *Aranzadi social*, número 4, 2000.

Gómez Caballero, P., "Competencia jurisdiccional y tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 22 de octubre de 1992, y Sala 3ª, de 8 de febrero de 1994)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1, 1995.

Gómez-Millán Herencia, M.J., "Derecho de reunión y libertad sindical de los empleados públicos", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Volumen 4, número 4, 2011.

Goerlich Peset, J.M., "Libertad sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: Un panorama jurisprudencial", *Derecho de las relaciones laborales*, número 7, 2015.

Herbón Costas, J.J., "Los derechos de asociación política y sindicación en las Fuerzas Armadas y los cuerpos de seguridad", *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, España, 2010.

Herbón Costas, J.J., "Sobre el derecho de asociación profesional militar ¿Hacia una libertad sindical?", *Revista española de derecho militar*, número 97, 2011.

Iglesias Merrone, L., "Libertad sindical de policías: reseña sobre un fallo extranjero", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013.

Kahale Carrillo, D.T., "Notas a la libertad sindical y el derecho de huelga de los extranjeros en España", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, número 243, 2003.

Larrañaga Zeni, N., "La protección de la libertad sindical negativa", *Revista de derecho y tribunales*, número 30, 2016.

López Cumbre, L., "La libertad sindical en el fútbol profesional. STS-SOC núm. 6/2020, de 8 de enero", *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, 2021.

Mallet, E., "Dimensiones de la libertad de no afiliación sindical: comentario sobre una decisión judicial", *Revista derecho del trabajo*, número 1, 2013.

Monereo Pérez, J.L., "Derecho a la libertad sindical de los empleados públicos", *Los derechos fundamentales en el empleo público: Sistemas jurídicos italiano y español: Cuestiones actuales y puntos críticos*, Comares, Granada, 2021.

Moraru, G., *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores: nuevas dimensiones a la luz de las TIC,* Bomarzo, Albacete, 2020.

Munín Sánchez, L.M., "Naturaleza parasindical de las asociaciones judiciales", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 10, 2013.

Nogueira Guastavino, M., "La libertad sindical negativa en Estados Unidos: Replanteamiento del canon de negociación colectiva en España", *Derecho de las relaciones laborales*, número 4, 2016.

Ojeda Avilés, A., "El derecho de huelga de los magistrados", *Themis. Revista de Derecho*, número 25, 1993.

Ojeda Avilés, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003.

Olivas Díaz, A., Una reflexión sobre el trabajo sexual, Jurisdicción social: *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, número 193, 2018.

Omar García, H., "Subordinación, disciplina y libertad de asociación sindical en las Fuerzas Armadas y de seguridad (A propósito del fallo "Ministerio de Trabajo c. Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba", CNAT, Sala II, 18/12/2013)", *Revista Derecho del Trabajo*, número 3, 2014.

Ordóñez Solís, D., "¿Tendrían los jueces españoles que hacer la revolución?", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* número 779, 2009.

Palomar Liceras, C., "La tutela de la libertad sindical. La posible vulneración de la libertad sindical al condicionar el disfrute de un beneficio a la afiliación a un sindicato concreto. Comentario a la Sentencia del 8 de enero de 2020 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social", *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, número 68, 2020.

Palomeque López, C., "La titularidad del derecho de reunión sindical y la legitimación para convocar asambleas informativas de afiliados a un sindicato", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 87, 1998.

Palomeque López, C. y Álvarez de la Rosa, M., *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2020.

Pascua Mateo, F., "Reflexiones en torno al derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas y de la Guardia Civil", Revista de Administración Pública, número 160, 2003.

Rayón Suárez, E., "Alcance del principio de libertad sindical", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 2, 1980.

Riva López, A., "Los futbolistas profesionales y algunos aspectos de la libertad sindical", *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, número 221, 2006.

Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., "El derecho de reunión de los trabajadores en el marco de la libertad sindical", *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, 2003.

Romagnoli, U., "La libertad sindical, hoy", *Revista de Derecho Social*, número 14, 2001.

Rubén Afarian, J., "Constitucionalidad de la sindicación de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales en Argentina: a propósito de la sentencia "SIPOBA c/. Ministerio de Trabajo", *Derecho y ciencias sociales*, número 19, 2018.

Sempere Navarro, A.V., "¿Huelga judicial?", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 20, 2008.

Torollo González, F.J., "Derechos de asociación y colegios profesionales: sentencia TC 51/1984, de 25 de abril", *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios: 20 casos de trabajadores y empresarios*, 2014.

Valdés Dal-Ré, F., "La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", *Derecho de las relaciones laborales*, número 6, 2016.

Velasco Portero, M.T., "La Guardia Civil y el derecho de libertad sindical", *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, 2001.

Zapirain, H., "La libertad sindical y los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía", Derecho laboral: *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, número 269, 2018.



LAS PAREJAS DE HECHO ANTE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: Una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa

COMMON LAW PARTNERS AND SURVIVOR'S PENSION: A Critical Review Based on the Last Legislative Reform

María Teresa Díaz Aznarte

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
mtdiaz@ugr.es ORCID ID 0000-0003-2032-3926
Recepción de trabajo: 18-01-2022 - Aceptación: 07-03-2022
Páginas: 105-129

■ 1. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. UNA VISIÓN RETROSPECTIVA A LA ESPERA DE LA PROMETIDA REFORMA INTEGRAL. ■ 2. EL PACTO DE TOLEDO. RECOMENDACIONES SOBRE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. ■ 3. CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS SUPERVIVIENTES DE UNIONES NO MATRIMONIALES. UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. ■ 4. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS SUPERVIVIENTES DE PAREJAS DE HECHO PARA SER BENEFICIARIOS LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. ■ 5. LA REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD OPERADA POR LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES Y DE OTRAS MEDIDAS DE REFUERZO DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SOCIAL DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES. 5.1. La supresión del requisito de dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho para devengar la pensión de viudedad. 5.2. La acreditación de la condición legal de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad. Novedades tras la reforma operada por la Ley 21/ 2021, de 28 de diciembre. 5.3. La inclusión de los supervivientes de parejas de hecho en la configuración de la prestación temporal de viudedad. 5.4. La Disposición adicional cuadragésima de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. Pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales. ■ 6. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN

El derecho de los supervivientes de parejas de hecho a ser beneficiarios de la pensión de viudedad se configuró en 2007 de un modo restrictivo, marcando importantes diferencias de trato respecto a las uniones matrimoniales. A la exigencia de requisitos formales orientados a acreditar la convivencia estable y notoria, se sumó la necesidad de demostrar dependencia económica del sujeto causante. Durante más de una década, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha venido afirmando la razonabilidad y proporcionalidad de esta diferencia de trato, considerándola acorde al principio de igualdad y no discriminación. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha introducido novedades de calado en relación a esta materia, avanzando hacia una equiparación real entre uniones matrimoniales y uniones de hecho, en una acertada decisión político-jurídica por parte del legislador ordinario.

PALABRAS CLAVE: viudedad, parejas de hecho, modificaciones legislativas.

ABSTRACT

The right of the survivors of common-law partners to be beneficiaries of the widow's or widower's pension was configured in 2007 in a restrictive manner, marking important differences in treatment with respect to married couples. In addition to the formal requirements aimed at proving stable and notorious cohabitation, there was also the need to prove economic dependence on the deceased. For more than a decade, the jurisprudential doctrine of the Spanish Constitutional Court has been affirming the suitability and proportionality of this difference in treatment, considering it to be in accordance with the principle of equality and non-discrimination. Law 21/2021, of December 28, on guaranteeing the purchasing power of pensions and other measures to reinforce the financial and social sustainability of the public pension system, has introduced significant innovations in relation to this matter, moving towards a real equality between marital unions and de facto unions, in a wise legal and political decision by the legislator.

KEYWORDS: widowhood, common-law partners, legislative amendments.

1. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. UNA VISIÓN RETROSPECTIVA A LA ESPERA DE LA PROMETIDA REFORMA INTEGRAL

El legislador lleva décadas siendo plenamente consciente de que la suerte de reformas parciales que vienen incidiendo en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, es claramente insuficiente (sin ánimo de exhaustividad, RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad, Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social). La propia Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007 de Medidas de la Seguridad Social, contenía un mandato (difuso), hasta ahora flagrantemente incumplido: "El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad".

La pensión de viudedad carece de una modalidad no contributiva y en la única versión existente (la contributiva) resulta compatible con las rentas procedentes del trabajo o del capital mobiliario o inmobiliario (sea cual sea su cuantía). Esta regulación, en lo referente a la situación de necesidad de los beneficiarios, solo incorporó un mecanismo corrector que ha estado vigente desde 1 de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2021, respecto a los supervivientes de parejas de hecho, que únicamente accedían a la prestación acreditando, junto a otros requisitos, dependencia económica del sujeto causante. Y así fue como el criterio defendido por el legislador en 2007 al regular una diferencia de trato carente de justificación alguna entre uniones de hecho y uniones matrimoniales, ha desplegado efectos perversos durante catorce años, ni más ni menos. Nunca debió hacerse de este modo y el tiempo ha dado la razón a quienes fuimos críticos con este requisito desde el inicio de su implantación.

Pero debemos tener presente que además, cuando la muerte deriva de contingencias profesionales o accidente común (si la causa del fallecimiento es la enfermedad común, se exigen quinientos días de cotización en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante), no se requiere periodo de carencia para causar la pensión de viudedad, siempre que el sujeto causante se encuentre en situación de alta o asimilada (si no lo estuviese, el periodo de cotización ha de ser de quince años). Es igualmente reseñable, que tampoco se ha concretado límite alguno de edad para causarla de forma vitalicia. A la luz de esta configuración legal, resulta obvio que, a día de hoy, esta pensión constituye un verso suelto en el sistema público de Seguridad Social español.

Como es sabido, la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, introdujo relevantes reformas en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia aunque, lamentablemente, no cumplió las expectativas que se habían depositado en ella. Ciertamente incluyó una serie de relevantes modificaciones respecto a alguno de los temas demandados, pero lo hizo con una cantidad tal de matizaciones, cautelas y requisitos que, al menos

en lo que se refiere a la pensión de viudedad, propició la consolidación en nuestro Ordenamiento de diferencias de trato no siempre justificadas entre supervivientes de parejas matrimoniales y de parejas de hecho.

Así, aunque se anunció insistentemente la equiparación entre beneficiarios de parejas matrimoniales y parejas de hecho en cuanto a la pensión de viudedad,[1] tal objetivo solo se acometió en parte, al condicionar el derecho a percibir la prestación al cumplimiento de requisitos de diferente calado por parte del superviviente de una pareja no matrimonial (art. 221 TLGSS): en primer lugar, exigiendo convivencia estable, notoria e ininterrumpida de al menos cinco años, a lo que se añadió el requerimiento de la certificación de la inscripción, al menos dos años antes del fallecimiento, en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que constase la constitución de dicha pareja; en segundo término, obligando a acreditar dependencia económica o hijos en común con derecho a percibir pensión de orfandad. El legislador por tanto optó por afianzar la diferencia de trato respecto al acceso a la pensión de viudedad de los beneficiarios según se trate de personas con un vínculo matrimonial (pasado o presente) con el sujeto causante o de parejas de hecho. Resulta llamativo que la propia Exposición de Motivos de la Ley manifestase que "habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad".

Esta equiparación limitada entre parejas matrimoniales y parejas de hecho se extendió al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando se acreditasen los requisitos ya apuntados .

Desde nuestro punto de vista, la redacción del art. 221 del TRLGSS, resultaba criticable no por el establecimiento de una serie de requisitos mediante los cuales se debiese acreditar la convivencia de la pareja de hecho (exigir que se pruebe la unión es completamente lógico), sino por la falta de idoneidad de los medios que el legislador concretó para ello. Como tendremos ocasión de analizar, la circunstancia de condicionar el nacimiento de la pensión a una convivencia probada de al menos cinco años y la inscripción como pareja de hecho en el registro habilitado para ello en CCAA o ayuntamientos, o la certificación en documento público, al menos dos años antes del hecho causante, ha provocado un importante nivel de ligitiosidad y pronunciamientos dignos de comentario tanto en el orden jurisdiccional social como en el contencioso-administrativo.

---

1 Esta reforma legislativa, fue pactada en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, traía causa de la Declaración para el diálogo social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, se incluían una serie de compromisos que afectaban a la pensión de viudedad. En concreto, entre otras medidas se acordó adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales y así reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten "convivencia mutua, estable y notoria, durante un periodo amplio, a determinar en el desarrollo del Acuerdo"

Pero incuestionablemente, el punto más controvertido, lo constituyó la exigencia de dependencia económica para poder acceder a la pensión de viudedad, únicamente a los supervivientes de parejas de hecho. El art. 221 TRLGSS exigía al superviviente de una pareja de hecho acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período, matizando que dicho porcentaje sería del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En paralelo, la norma preveía que se devengaría también la pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resultasen inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que debía concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción (límite que se incrementaba en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente).

Lo cierto es que resultaba sumamente difícil justificar, desde la perspectiva técnico-jurídica, el alcance tan limitado con el que se configuró el acceso a la pensión de viudedad de los supervivientes de uniones de hecho. La exigencia de desequilibrio económico entre la pareja, en los términos expresados, se apartaba de la lógica que inspira esta prestación contributiva y desembocaba en una diferencia de trato inasumible (y sin embargo asumida) por el legislador. Como venimos comentando a lo largo de este estudio, nos encontramos frente a uno de los aspectos más controvertidos de la reforma de 2007, en la que se dibujó una línea de trazo grueso entre la protección que el sistema estaba dispuesto a reconocer a los supervivientes de parejas de hecho y el que venía dispensando a los de las uniones matrimoniales.

Así, el legislador, no satisfecho con las intensas exigencias en torno a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, ligadas a un intenso formalismo difícil de justificar (tema que desarrollaremos más adelante), optó por apartarse de la naturaleza contributiva de la pensión de viudedad, supeditando el nacimiento de la prestación en el caso de uniones *more uxorio* a la acreditación de una situación real de necesidad.

2. EL PACTO DE TOLEDO. RECOMENDACIONES SOBRE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Desde el Pacto de Toledo, ese propósito insistentemente anunciado y siempre postergado de acometer de una vez por todas una reforma integral de la pensión de viudedad, no ha tenido la acogida pretendida. Seguramente, porque el quid de la cuestión en lo tocante a esta prestación, pivota sobre dos cuestiones sumamente delicadas: en primer lugar, su naturaleza netamente contributiva,

alejada de la constatación de la situación de necesidad real de las personas beneficiarias[2], algo profundamente asentado respecto a las parejas matrimoniales, que sin embargo fue observado desde una óptica distinta cuando la pensión era devengada por supervivientes de uniones de hecho; en segundo término, pero igualmente relevante, la debilidad consolidada de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad, que no se ha visto afectada por el endurecimiento experimentado por otras prestaciones (v.gr. la pensión de jubilación contributiva), en las que el incremento de los periodos de carencia y el retraso en la edad de percepción, llevan marcando el paso en los últimos años.

¿Cómo se ha dado respuesta desde el Pacto de Toledo a los requerimientos del legislador? La Comisión del Pacto de Toledo, en su reciente *Informe de evaluación y reforma*[3], propuso llevar a cabo de manera gradual la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia —en especial la de viudedad— en línea con lo ya previsto por el Pacto de Toledo en 2003. Y reconoce lo obvio, esto es, que pese a los avances, la reforma tantas veces demandada no ha sido aún llevada a término. Cabría preguntarse cómo va a ser factible reformular integralmente una prestación haciéndolo de manera gradual, máxime si no se concreta cronograma ni plazo alguno. Lo gradual implica una secuencia de modificaciones parciales y si nos remitimos a la experiencia acumulada en las últimas décadas, el panorama no es demasiado halagüeño.

En la Recomendación Decimotercera del mencionado Informe, la Comisión se ha pronunciado sobre una serie de cuestiones esenciales en torno a las prestaciones por muerte y supervivencia en general y la pensión de viudedad en particular:

a. Continúa defendiendo el mantenimiento del carácter contributivo de las prestaciones por muerte y supervivencia y entiende que "esta naturaleza básica no puede ser modificada por la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades...)".

b. Insiste en que la reforma integral de la viudedad (siempre proyectada y nunca implementada), "pasa por acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas de los beneficiarios, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de los colectivos menos vulnerables".

---

2 Con total claridad lo ha expresado reiteradamente el Tribunal Constitucional al afirmar que el derecho a percibir esta prestación "no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido", o defendiendo que esta prestación tiene la finalidad de "compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite", pues de acuerdo con esta doctrina, la pensión de viudedad "en su configuración actual (...) no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de defensa económica" (SSTC 184/1990 y 35/1991).

3 Boletín Oficial de las Cortes Generales, 10 de noviembre de 2020. Se señala que la pensión media de viudedad fue de 727,04 euros al mes, lo cual supone un incremento del 1,97 %, añadiendo que al abono de pensiones de viudedad, se destinaron 1.710,38 millones de euros, un 1,53 % más que hace un año. El montante de las prestaciones de orfandad fue de 139,8 millones (lo que supone un incremento del 1,05 %), y el de las prestaciones a favor de familiares, de 25,4 millones de euros (implica un incremento del 3,08 %)

c. Incluye la perspectiva de género, al reparar en la baja proporción de mujeres que acceden a la pensión de jubilación, la brecha existente en la cuantía y la elevada edad de acceso a la pensión de viudedad. Todas ellas circunstancias que deben tenerse muy presentes a la hora de impulsar las reformas en esta materia.

d. Considera que la acción protectora debe concentrarse en las personas beneficiarias de la pensión de viudedad con 65 o más años, esencialmente en aquellos casos en los que esta prestación constituye su principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una situación de renta equiparable a la existente antes del fallecimiento del cónyuge o conviviente. Identifica, como el mecanismo más adecuado para alcanzar este objetivo, en línea con actuaciones previas, la elevación del porcentaje de la base reguladora de la pensión.

e. Recomienda al Gobierno estudiar los efectos que tendría en la cuantía de la pensión de viudedad tomar en consideración para su fórmula de cálculo los periodos de cotización acreditados por el causante, con una fórmula similar a la que se utiliza para el cálculo de la pensión de jubilación.

f. Y, en relación con el tema que nos ocupa, la Comisión considera que debe profundizarse en reformas de la pensión de viudedad encaminadas a suprimir toda discriminación injustificada que afecte a la persona beneficiaria de la pensión por no existir vínculo matrimonial previo, como singularmente ocurre con el requisito legal que, en último término, viene a determinar que los ingresos del eventual beneficiario/a durante el último año hayan sido inferiores a los ingresos del causante.

Es evidente por tanto que la expresión “reforma integral”, no es interpretada por los actores del Pacto de Toledo como una profunda y estructural revisión de la pensión de viudedad. Se reafirma sin ambages la naturaleza contributiva de estas prestaciones, perseverando en el intento de conjugar esta idea, con la necesidad de proteger a los colectivos más vulnerables. La crónica anunciada de las modificaciones venideras en gran medida, no hace sino incidir en aspectos ya retocados, que en la práctica no han desplegado efectos significativos (pensemos en la limitada efectividad del incremento del porcentaje de la base reguladora para estos colectivos, perfectamente palpable cuando traducimos a cifras los mecanismos correctores que ha ido introduciendo el legislador).

Mención aparte merece la alusión a la perspectiva de género, que es preceptivo tener en cuenta de cara a futuras reformas, pero que se desenfoca completamente en la formulación que recoge el Informe. Efectivamente, históricamente, la pensión de viudedad se encuentra fuertemente feminizada. Según los datos del último trimestre de 2020 del Instituto Nacional de Estadística (INE), el número total de viudos y viudas en España asciende a 2.917.800 personas. De ellos, 2.331.200 son mujeres, mientras que los hombres solo representan 586.600. Es decir, el 80 % de quienes enviudan en España son mujeres. Sin embargo, la pensión de viudedad no puede configurarse (ni reconfigurarse) para paliar la brecha de género existente respecto a otras prestaciones de la Seguridad Social, ni mucho menos para cubrir vacíos de cobertura del sistema. Cualquier intento de transitar por este sendero, resultará quimérico.

En el documento que comentamos, se atisba, tímidamente, la intención de calibrar la posibilidad de poner fin, siquiera parcialmente, a la lógica autónoma que preside la protección por muerte y supervivencia, para acompasarla con el resto del sistema. La alusión expresa a la conveniencia de estudiar el impacto que tendría aplicar a estas prestaciones las reglas sobre periodos de carencia que rigen la pensión de jubilación, apunta en esa línea.

Y, finalmente, la Comisión se posiciona sobre la injustificada disparidad de trato entre supervivientes de parejas matrimoniales y no matrimoniales, instando al legislador a eliminar el requisito de dependencia económica impuesto a las segundas para acceder a la pensión de viudedad. De todas las recomendaciones contenidas en el citado Informe, hasta el momento actual, esta es la única que ha tenido respuesta. Es el momento de analizar el contenido y alcance de la modificación operada a finales de 2021.

3. CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS SUPERVIVIENTES DE UNIONES NO MATRIMONIALES. UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La utilización por parte del legislador del sustantivo "cónyuge" en el tenor literal de la normativa reguladora de la pensión de viudedad (anterior a 2007), propició la existencia de arduos debates tanto en sede doctrinal como jurisprudencial ya que esta circunstancia desembocaba en la exigencia de vínculo matrimonial entre el sujeto causante y el beneficiario de la pensión de viudedad, en cualquiera de las formas previstas en la legislación civil (art. 49 CC). Sin embargo era notorio que la realidad social y familiar española caminaba por otros senderos. Consecuentemente, la posibilidad de entender comprendida en el concepto de cónyuge, a efectos de percepción de la pensión de viudedad, a la persona que mantenía con el causante una relación de convivencia *more uxorio*, fue desechada por el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones. En este sentido, resulta ineludible la referencia a la STC 184/1990, de 15 de noviembre: "Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la convivencia *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia".

No obstante, el propio Tribunal Constitucional reconoció que "el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno está vedada por el artículo 14, ni encontraría obstáculo en los artículos 32 y 39 de la Constitución" (STC 184/1990).

La trascendencia de este tema obligó al legislador a adaptar la normativa vigente a la realidad social de nuestro tiempo y, para ello, concretó (aunque de un modo discutible y discutido) los requisitos que habían de concurrir para atribuir a las uniones de hecho derechos equiparables a las uniones matrimoniales en relación a la pensión de viudedad.

El modo en el que esta cuestión fue objeto de tratamiento por parte del legislador en 2007, ha venido obligando al Tribunal Constitucional a pronunciarse en diversas ocasiones. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar las SSTC 41/2013, de 14 de febrero; 40/2014, de 11 de marzo; 44/2014, 45/2014 y 51/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo, y dos Autos del TC, 167/2017, de 12 de diciembre y 8/2019 de 12 de febrero. Nuevamente, de manera reiterada, el Tribunal Constitucional viene afirmando que la exigencia de acreditación de la pareja de hecho mediante los mecanismos probatorios recogidos en el TRLGSS, no vulneran el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE.

No obstante, sí que se han tenido que matizar determinados aspectos, como vamos a tener ocasión de desarrollar a continuación. En definitiva, el hecho en sí de exigir requisitos diferentes a los supervivientes de parejas matrimoniales y uniones de hecho se entiende compatible con el principio de igualdad y no discriminación, mientras que el modo de acreditar la convivencia *more uxorio*, ha experimentado correcciones concretas por parte de la doctrina jurisprudencial constitucional.

4. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS SUPERVIVIENTES DE PAREJAS DE HECHO PARA SER BENEFICIARIOS LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Las dudas sobre la constitucionalidad de esta diferencia de trato entre supervivientes de parejas de hecho y de uniones matrimoniales, a efectos de la pensión de viudedad, se formularon de manera reiterada desde la entrada en vigor de la reforma de 2007. Y es imprescindible recordar que el Tribunal Constitucional, afirmó reiterada y contundentemente que la exigencia de acreditación de una situación real de necesidad al superviviente de la pareja de hecho, es perfectamente compatible con el art. 14 CE. Es así como, a través de una serie de Autos, inadmitió sucesivamente diferentes cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon sobre este controvertido requisito:

En primer lugar, hemos de mencionar el ATC 8/2019, de 12 de febrero, en el que se argumenta que "desde la perspectiva del artículo 14 CE nada impide que el legislador pueda regular legítimamente

la pensión de viudedad de las parejas de hecho, "condicionando su reconocimiento o su cuantía (o su compatibilidad con otras rentas del trabajo o pensiones del beneficiario) a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares" (STC 41/2013, FJ 4). Por tanto, es perfectamente constitucional una regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho [...] que no replique enteramente el régimen jurídico de la pensión de viudedad previsto para los matrimonios, en particular una regulación cuyo "reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares" (STC 41/2013, FJ 4)" [FJ 3.c)][4], y añade que "en la determinación de las situaciones de necesidad que han de ser atendidas, el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas" [FJ 3.c)].

Con anterioridad, en el ATC 167/2017, de 12 de diciembre de 2017, se incidía en que la pensión de viudedad de parejas de hecho en relación a la existencia de hijos en común tal y como la configuró el legislador. El Tribunal Constitucional entiende que en estos casos, la pensión, "se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función del nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares. Tanto si existen o no cargas familiares el derecho a la pensión de viudedad queda sujeto a la exigencia de que el supérstite no perciba rentas en un importe que supere los limites legalmente establecidos, que son distintos en función de que se tengan o no cargas familiares. De este modo, si se tienen cargas familiares (hijos en común con derecho a la pensión de orfandad) el umbral de rentas es mayor (50 por 100 de la suma de los ingresos propios y los del causante en el año natural anterior al fallecimiento) que si no se tienen (25 por 100 de la suma de esos mismos ingresos en igual periodo)". Y añade que "este trato diferente en cuanto al límite de ingresos que no se puede superar para tener derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho, ligado a la existencia o inexistencia de cargas familiares, no carece de justificación objetiva y razonable de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Parte de la evidencia de que el supérstite sin cargas familiares (hijos comunes con derecho a pensión de orfandad) se encuentra en mejor situación económica que el supérstite que sí las tiene. La diferencia de trato que establece el legislador en el precepto cuestionado responde pues a una finalidad objetivamente justificada: dispensar mayor protección a aquellas situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el supérstite de la pareja de hecho".[5]

---

4 Realiza un interesante comentario de este Auto CASAS BAAMONDE, M.E.: "La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica" en Revista de Jurisprudencia Constitucional, núm. 1, 2019.

5 No olvidemos que la STC 41/2013, declaró inconstitucional por ausencia de justificación objetiva y razonable el requisito, establecido por la letra c) de la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de hijos en común, para conceder la pensión de viudedad para parejas de hecho en casos de fallecimiento anterior a la entrada en vigor de esa Ley (desde el 1 de enero de 2008). En la práctica, ello suponía excluir de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho sin hijos en común y afortunadamente, el TC entendió que tal exigencia era incompatible con el art. 14 CE.

De forma nítida y contundente, el Tribunal Constitucional despejó las dudas sobre la constitucionalidad de este requisito de dependencia económica, defendiendo la adecuación al art. 14 CE de la diferencia de trato entre supervivientes de parejas de hecho y matrimoniales, una opción del legislador que consideró perfectamente legítima y acorde al texto constitucional, si bien expresó claramente que lo contrario sería igualmente respetuoso con el principio de igualdad y no discriminación. Se desplaza por tanto al legislador ordinario, la potestad de regular este tema como considere oportuno, partiendo de la ausencia de reproche constitucional decida lo que decida al respecto.

Y eso ha sido lo que finalmente ha sucedido. El legislador ordinario ha adoptado una decisión político-jurídica, auspiciado eso sí, por los compromisos contraídos tanto en el Pacto de Toledo como en el marco de la concertación social. En el plazo indicado (antes de finalizar 2021), ha procedido a modificar el art 221 del TRLGSS, equiparando al fin, a los supervivientes de las parejas matrimoniales y de hecho. Desde 1 de enero de 2022, no será necesario acreditar dependencia económica del sujeto causante, con independencia de que el superviviente lo sea de una pareja matrimonial o de hecho.

Es esencial que no perdamos de vista la trascendencia del recorrido que esta cuestión ha tenido en la jurisprudencia constitucional. Considerar acorde al art. 14 CE la diferencia de trato que ha estado vigente hasta 31 de diciembre de 2021, en base a los argumentos esgrimidos por el TC, implica ser conscientes de que el legislador ordinario, en cualquier momento, podría revertir de nuevo la situación, sin que ello supusiera una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación de los supervivientes de uniones de hecho. Y esto, debería darnos qué pensar.

5. LA REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD OPERADA POR LA LEY 21/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES Y DE OTRAS MEDIDAS DE REFUERZO DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SOCIAL DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

5.1. La supresión del requisito de dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho para devengar la pensión de viudedad

El art. 221 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, ha experimentado una relevante modificación de la mano de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en relación al derecho de los supervivientes de parejas de hecho a devengar la pensión de viudedad. Se ha puesto fin a la necesidad, por parte del superviviente de la unión de hecho, de acreditar dependencia económica del sujeto causante para devengar la prestación. Una exigencia, rodeada de polémica, que ha estado

vigente desde 1 de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2021. La perseverancia de este colectivo (encomiable la labor desarrollada por la Asociación vida de mujeres viudas y madres de hijas e hijos huérfanos), ha culminado por fin en la nueva redacción de este precepto, que equipara a las parejas matrimoniales y no matrimoniales. Desde este momento, los supervivientes para ser beneficiarios de la pensión, no tendrán que demostrar que dependían económicamente de su pareja fallecida, sea matrimonial o de hecho.

Tal y como hemos señalado, la propia Recomendación Decimotercera del Pacto de Toledo (noviembre 2020), ha insistido en la naturaleza contributiva de las prestaciones por muerte y supervivencia, llegando incluso a afirmar que este hecho no se ve cuestionado por la regulación, por parte del legislador, de condiciones específicas de acceso a estas pensiones, como pueden ser la renta, la existencia de hijos, la edad o el régimen de compatibilidades. Desde nuestro punto de vista, la alusión a condicionantes vinculados a la renta (y por tanto, a la acreditación de una situación objetiva de necesidad), siempre entró en contradicción con esa nota formalmente indiscutida de contributividad. Que, además, esa dependencia económica se exigiese únicamente a los supervivientes de parejas de hecho legalmente constituidas, resultaba del todo inaceptable. De ahí la necesidad imperiosa de rectificar cuanto antes y dotar de coherencia el régimen jurídico de esta pensión en lo que concierne al tema que estamos desarrollando.

En esta línea se habían pronunciado también los agentes sociales en el Acuerdo sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de recuperación, transformación y resiliencia (firmado el 1 de julio de 2021 por el Gobierno, CCOO, UGT y CEOE-CEPYME)[6], en el que llegaron a concretar un plazo de seis meses para abordar de nuevo, en el marco el diálogo social, una revisión del marco regulador de acceso a la pensión de viudedad de los supervivientes de parejas de hecho.

Demasiadas contradicciones en torno a la naturaleza contributiva de la pensión de viudedad, reafirmada hasta la saciedad por el legislador, la jurisprudencia e incluso los agentes sociales y que, sin embargo, queda en entredicho en cuanto profundizamos en el marco protector del sistema de Seguridad Social tal y como quedó configurado de la mano de la reforma de 2007. Efectivamente, con anterioridad a esta fecha, la pensión de viudedad era netamente contributiva. Tras la fallida equiparación entre uniones matrimoniales y de hecho a estos efectos y, en base a las razones que hemos aducido, esta característica quedó diluida al hacer pender el nacimiento de la pensión de la acreditación de una situación de dependencia económica, pero solo si el posible beneficiario era superviviente de una relación *more uxorio*. Apremiaba por tanto revertir esta situación, avanzando hacia la equiparación real entre beneficiarios.

6 El Consejo de Ministros ha aprobado el 28 de agosto de 2021, en su segunda vuelta, el Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. En el mismo, nuevamente se alude a la revisión del marco regulador de la pensión de viudedad en relación a las parejas de hecho.

La equiparación legal, a efectos de la pensión de viudedad, entre parejas matrimoniales y de hecho, pone fin a una diferencia injustificada de trato pero no a la esencia del debate sobre la fundamentación de esta prestación. Seguimos a la espera de esa anunciada y siempre postergada reforma integral, que en algún momento tendrá que acometerse (y que será, a todas luces, sumamente impopular y conllevará un importante coste político, de ahí la procastinación de la tarea). Nos encontramos ante una pensión cuyo nacimiento resulta absolutamente independiente de la situación de necesidad de los beneficiarios, vitalicia como regla general (a menos que concurran causas extintivas o se trate de la modalidad temporal) y que exige para su devengo requisitos muy suaves en relación al periodo de carencia, máxime si la comparamos con otras pensiones contributivas del sistema público de Seguridad Social (el ejemplo paradigmático es la jubilación). Por tanto, a nuestro juicio, el problema se desenfocó en 2007, ya que en lugar de acometer una reforma integral, valiente y coherente de la prestación, vinculando su devengo y cuantía a la situación real de necesidad de los beneficiarios (punto este último que ha experimentado algunos retoques de escaso calado), el legislador optó por circunscribir a las parejas de hecho la acreditación de dependencia económica, provocando una diferencia de trato discriminatoria entre uniones matrimoniales y no matrimoniales, (aunque jurisprudencialmente se halla defendido hasta la saciedad su constitucional e irreprochabilidad técnico-jurídica). Una huida hacia adelante que, en cumplimiento de las previsiones y plazos previstos en el Pacto de Toledo (2020) y el Acuerdo Social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de recuperación, transformación y resiliencia (2021), por fin ha experimentado una corrección insistentemente anunciada y que va en la línea de equiparar a los beneficiarios con independencia de que hayan o no contraído matrimonio con el sujeto causante y sin atender a su situación real de necesidad.

En sintonía con lo expresado hasta ahora, nos reafirmamos en lo que venimos defendiendo desde hace tiempo. La conformación actual de la pensión de viudedad "origina tanto situaciones de sobreprotección —ampara situaciones claramente «privilegiadas» pues otorga una prestación al margen de la existencia o no de necesidad económica—, como de infraprotección —especialmente en lo referente al colectivo de viudas que sobreviven únicamente con lo que esta pensión les ofrece (...)—. Frecuentemente, esta prestación "persigue más una finalidad típica de normas de Derecho privado —como puede ser la compensación de la disminución de ingresos, o de los períodos de convivencia, derivados del fallecimiento de la pareja—, que la propia de normas de Derecho de Seguridad Social —cobertura suficiente de estados de necesidad real—. Por ello, urge una reordenación general y a fondo, es decir, estructural de esta rama de protección".[7]

Es evidente que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, no acoge esa reiterada pretensión de acometer, siquiera gradualmente, una reforma

7 AA.VV. (DIR. MORENO VIDA, M.N. y DÍAZ AZNARTE, M.T.): La pensión de viudedad: un necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares, Granada, Comares, 2013.

integral de las prestaciones por muerte y supervivencia. Es curioso constatar que en la Exposición de Motivos, ni una vez se alude a la modificación de la pensión de viudedad que contiene su articulado. Sumamos por tanto una nueva reforma parcial que, más que avanzar en la reestructuración de la pensión, viene a corregir una diferencia de trato que jamás debió tener cobijo legislativo. Desde el 1 de enero de 2022, no se exige al superviviente de una unión de hecho, acreditar su situación de dependencia económica respecto al sujeto causante para poder devengar la pensión de viudedad.

5.2. La acreditación de la condición legal de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad. Novedades tras la reforma operada por la Ley 21/ 2021, de 28 de diciembre

El art. 221 TRLGSS, reconoce la pensión de viudedad a los supervivientes de uniones *more uxorio* que acrediten un período de convivencia específico y certificación de la inscripción formal como pareja de hecho. Además, el legislador ha insistido en la necesidad de cumplir los requisitos generales en materia de alta y cotización, destacando además que el superviviente de una pareja de hecho que pretenda acceder a la pensión de viudedad, ha de encontrarse unido al causante en el momento de su fallecimiento. En su redacción actual, de la mano de la reforma introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, el mencionado precepto ha experimentado un cambio relevante en su redacción, ya que cuando existan hijos en común, sólo tendrá que acreditarse la constitución de la pareja de hecho mediante la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse producido como mínimo dos años antes de la muerte del sujeto causante.

Se incorpora por tanto un nuevo elemento, la existencia de hijos en común, que exime al superviviente del deber de acreditar convivencia estable y notoria mediante el correspondiente certificado de empadronamiento durante al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

De este modo, nos encontramos ante una duplicidad de posibilidades, que conduce a la exigencia de distintos requisitos, dependiendo de si la pareja de hecho tiene o no hijos en común:

a. En el primer caso, si existen hijos en común, solo se requerirá la aportación de la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. Por tanto, desde el 1 de enero de 2022, en este supuesto, ya no se tendrá que demostrar convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante.

b. En la segunda hipótesis, si la pareja de hecho no ha tenido hijos en común, el superviviente continúa viéndose obligado a acreditar dos requisitos, que son acumulativos: la acreditación de la convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante y, además, la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos

> años antes del fallecimiento del sujeto causante. Esta duplicidad, queda así reafirmada con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien únicamente para los supervivientes de parejas de hecho que careciesen de hijos en común.

Así, se obvia por parte del legislador, el importante nivel de litigiosidad, que ha rodeado la doble exigencia contenida en el art. 221 TRLGSS, ya que de manera recurrente, se ha puesto en tela de juicio la razonabilidad y adecuación de lo preceptuado en la norma, incidiendo en el hecho de que el exceso de formalismo a la hora de demostrar la existencia de una relación afectiva de convivencia *more uxorio* se compadece mal con la fundamentación teleológica de la pensión de viudedad.

Sin embargo, alejado de la tesis que mantenemos, el Tribunal Constitucional (STC 40/2014, de 11 de marzo), se pronunció de manera contundente sobre esta cuestión, afirmando que "la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia...", argumentación que reitera en posteriores resoluciones (SSTC 51/2014, de 7 de abril y 60/2014, de 5 de mayo), en las que expresa que "a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí", siendo esta una "opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional".[8] De este modo, el TC encuentra una justificación objetiva y razonable, a lo preceptuado en el art. 221.2 TRLGSS, que "obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social. La constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho (...) no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad...".

Por tanto, el Tribunal Constitucional zanjó el debate alineándose sin fisuras con el legislador y abogando por una interpretación literal del precepto cuestionado, que considera perfectamente ajustado a la Constitución. Sumamente discutible es la fundamentación que contienen estos pronunciamientos del TC, en los que se alude, entre otros argumentos, al principio de seguridad jurídica y a la idoneidad de estos condicionantes para huir del fraude. A la vista de los numerosos pronunciamientos existentes en el orden jurisdiccional ordinario, no es de recibo esgrimir como razón central la necesidad de atajar conductas fraudulentas, cuando la realidad es bien distinta (y la mala fe, en

8 En la misma línea argumental, la STS de 22 de septiembre de 2014, llega a distinguir entre "parejas de derecho" y "genuinas parejas de hecho", restringiendo el acceso a la pensión de viudedad a los supervivientes de las primeras.

Derecho, no se presume). No dejamos de preguntarnos si esta formulación legal, tan formalista, unida a la interpretación literal realizada por nuestros tribunales, salvaguarda la fundamentación central de la pensión de viudedad.

Adicionalmente, hemos de señalar que la acreditación de la existencia de una pareja de hecho, conforme al tenor literal del art. 221.2 TRLGSS, continúa provocando innumerables problemas interpretativos, a los que se va dando respuesta desde el orden jurisdiccional social con mayor o menor acierto. Múltiples sombras han planeado sobre el art. 221.2 TRLGSS (anterior art. 174.3), algo lógico si aceptamos que nos enfrentamos a una redacción confusa, abierta a la posibilidad de exigencia de requisitos dispares en función del lugar de residencia de la pareja (que culminó con una cuestión de inconstitucionalidad a la que haremos alusión a continuación). Desde el inicio se plantearon serias dudas en torno a validez de los medios de prueba de la convivencia *more uxorio,* contemplados o no por la norma. Un formalismo excesivo nos está abocando a perder de vista algo esencial: la fundamentación político-jurídica de la protección por muerte y supervivencia que justifica la configuración actual de la pensión de viudedad. Hemos llegado demasiado lejos en la distinción entre supervivientes de parejas de hecho y parejas matrimoniales de cara al reconocimiento de su condición de beneficiarios de la pensión de viudedad. Es evidente que en el caso de convivencia "con análoga relación de afectividad a la conyugal", habrá que exigir la acreditación fehaciente de la relación, dada la trascendencia de los efectos jurídicos en juego. Pero, ¿la fórmula adoptada para demostrar la existencia de la pareja de hecho es la adecuada?[9]

Como ya hemos comentado, el Tribunal Constitucional, ha manifestado de manera clara y contundente, que respeta el juicio de proporcionalidad y razonabilidad (en palabras del TC, "no resulta *prima facie* arbitraria o irracional") la definición que el legislador ha acogido de parejas de hecho estables a efectos de la pensión de viudedad. Y añade incluso que "no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social" (STC 40/2014, FJ 3). Posteriormente, en la STC 51/2014, de 7 de abril, reitera que "la exigencia de constitución formal de pareja de hecho para ser beneficiario de la pensión de viudedad, contenida en los párrafos cuarto y quinto del art. 174.3 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, no vulnera el principio de igualdad en la ley, puesto que obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social". Pero lo cierto es que hasta llegar a esta interpretación, defendida en la actualidad tanto por la doctrina cons-

9 Sumamente interesante resulta a estos efectos la fundamentación jurídica de la STS, Sala 4ª, de 22 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/223374), que textualmente reconoce la incoherencia de la norma: "Ciertamente hemos de reconocer que la norma de cuya interpretación se trata (art. 174.3 LGSS) no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa no puede justificar que se arrumbe el mandato de la Ley y se sustituya la expresa voluntad del legislador, construyendo una nueva norma cuyos mandatos se consideren —o incluso pudieran ser— más coherentes y/o adecuados a la realidad social y a la finalidad protectora de la Seguridad Social".

titucional como por la jurisprudencia social ordinaria, el proceso ha sido arduo. Porque a pesar de los notables esfuerzos —no exentos de vaivenes— del aplicador del Derecho por efectuar una interpretación integradora del art. 221.2 (anterior art. 174.3) TRLGSS, resulta evidente que su redacción es —¿deliberadamente?— ambigua. El legislador ordinario contaba con el plácet del Tribunal Constitucional para diseñar un modelo protector diferenciado, que se sustentase en el requerimiento de una serie de condicionantes adicionales a los supervivientes de parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Ahora bien ¿la diferencia se ha sustentado en unas bases sólidas? Resulta evidente que no, especialmente si nos detenemos en el análisis de la doctrina jurisprudencial, en la que se pone de manifiesto que la redacción del precepto es notablemente mejorable.

En primer lugar, se comenzó a discutir en sede judicial si el certificado de empadronamiento municipal al que alude la norma, era el único medio de prueba admisible para acreditar la convivencia estable y notoria con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años con carácter inmediato al fallecimiento del causante. El Tribunal Supremo, en las SSTS de 25 de mayo de 2010 y 15 de marzo de 2011, finalmente entendió que "la convivencia *more uxorio* debe poder acreditarse mediante otros medios de prueba admisibles en Derecho y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento. Y ello porque dicha solución es válida "para todos los casos en que se deba aplicar el artículo 174.3 que, haciendo una aproximación hacia el cumplimiento del principio de igualdad entre quienes optan por el matrimonio y quienes lo hacen por la convivencia de hecho *more uxorio*, concede por primera vez en nuestra evolución jurídica la pensión de viudedad también a los segundos, si bien lo hace imponiendo, en los tres primeros párrafos, determinados requisitos adicionales (...)". Para afianzar esta tesis, la Sala añadía que el precepto discutido dispone que "la existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja"; ello "entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia. Es claro que la inscripción o el documento público recién citados tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho —o de un matrimonio— sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión" (...). En este caso, suscribimos la tesis del Tribunal Supremo. Ahora bien, fue necesario que se pronunciase en casación para la unificación de doctrina, porque tanto el INSS como la TGSS, venían exigiendo a los posibles beneficiarios, el certificado de empadronamiento como único medio para probar la convivencia de hecho requerida por la norma. Interpretaciones diversas, que despliegan efectos jurídicos muy diferentes, con un farragoso art. 221.2 TRLGSS que mantiene inalterada su redacción en este punto. Sea como fuere, a día de hoy resulta meridianamente claro que el certificado de empadronamiento no constituye el medio exclusivo de prueba para acreditar la convivencia de hecho que puede dar lugar al reconocimiento de la pensión de viudedad.

En segundo término, tampoco ha sido pacífica la interpretación del art. 221.1 párrafo segundo del TRGSS, en virtud del cual, para acreditar la convivencia estable y notoria de los convivientes *more uxorio*, a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, se exige bien la inscripción en alguno de los registros de parejas de hecho existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, bien la constitución formal de la pareja de hecho en documento público. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. El precepto, en este punto, también ha requerido significativos ajustes. El requisito de inscripción de la pareja de hecho en registros autonómicos previsto en el art. 174.3 TRLGSS, en su párrafo quinto (actual art. 221.2 párrafo segundo), fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 40/2014, de 11 de marzo[10], "por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE (...) La norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los supervivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas. A este respecto, precisamos que el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer «con el más exquisito respeto al principio de igualdad» los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Lo contrario, conducía «al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE» (FJ 5). En definitiva, "no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho" (FJ 5).[11]

10 Esta Sentencia responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo (Auto, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2011), en la que plantea al Tribunal Constitucional "Si el precepto cuestionado viola el principio de igualdad ante la ley al establecer unos requisitos —y unos medios de acreditación de los mismos— para acceder a la pensión de viudedad en los casos de las parejas de hecho que no son los mismos para todos los ciudadanos/as del Estado español sino que dependen de varias circunstancias: que estén o no en el ámbito de aplicación de una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio; que, en caso afirmativo, dicha Comunidad tenga o no una legislación específica aplicable a las parejas de hecho a efectos de causar la pensión de viudedad; y, en fin, que todas esas legislaciones específicas establezcan o no los mismos requisitos y las mismas formas de acreditarlos".

11 La Disposición adicional tercera de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, bajo la rúbrica *Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social*, incide en esta cuestión, si bien se limita otorgar al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, el plazo de un año para analizar la configuración de la pareja de hecho dese el punto de vista de la Seguridad Social "a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional".

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a este tema, podría sistematizarse del siguiente modo (de acuerdo con la STS de 9 de febrero de 2015):[12]

a. Los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente.

b. Las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes.

c. La "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

d. La pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho —pensión— únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho" .

e. La acreditación de la pareja de hecho, se configura como una exigencia *ad solemnitatem,* y sólo tendrá validez, a los efectos de la pensión de viudedad, si se ha inscrito en el registro específico de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento del lugar de residencia, o formalizado a través de documento público. Es reiterada la doctrina (en la línea de lo manifestado por el TC) sobre esta materia ya unificada por reiteradas sentencias como las de 20 de julio de 2010, 27 de abril de 2011, 3 de mayo de 2011; 15 y 26 de junio de 2011; 4 de octubre 2011; 17 , 22 y 28 de noviembre de 2011; 20 y 26 de diciembre de 2011; 23 de enero de 2012; 21 y 28 de febrero de 2012; 12 de marzo 2012; 10 , 24 y 30 de mayo de 2012; 11 de junio de 2012; 16 de julio de 2013; 20 de mayo de 2014; 9 de febrero de 2015; 29 de abril de 2015; 29 de junio de 2015, 11 de mayo de 2016). Afirma el TS que "la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal —*ad solemnitatem*— de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio)".

12 DÍAZ AZNARTE, M.T.: "Parejas de hecho "acreditadas" y pensión de viudedad. el triunfo del formalismo frente a la justicia material", *Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm.0,* 2016, pp. 167 y ss.

f. El Tribunal Supremo excluye de la consideración de documento público hábil para acreditar la constitución de una pareja de hecho:[13]

- Las disposiciones testamentarias en favor mutuo (SSTS de 29 junio 2015 y 11 de mayo 2016).
- El documento en que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive pero sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio (STS de 28 de abril de 2015)
- El certificado de empadronamiento en un mismo domicilio (SSTS de 16 de diciembre de 2015 y 7 de diciembre de 2016).
- Una sentencia que da cuenta de la existencia de la pareja de hecho que después se rompió (STS de 12 de diciembre de 2017).
- La declaración de su existencia en la escritura de constitución de la comunidad de bienes sobre una vivienda (STS de 13 de marzo de 2018).

5.3. La inclusión de los supervivientes de parejas de hecho en la configuración de la prestación temporal de viudedad

La prestación temporal de viudedad, se diseñó en 2007 al margen de la situación de necesidad real del posible beneficiario o su grado de dependencia económica del sujeto causante. La causa de la muerte (contingencias profesionales o accidente común), la duración del matrimonio (más de un año o al menos dos años computando la convivencia como pareja de hecho formalmente constituida y el tiempo de vínculo matrimonial) o la existencia de hijos en común, inicialmente fueron los elementos esenciales para determinar el nacimiento de la pensión vitalicia de viudedad (arts. 219 y 222 TRLGSS).

Inexplicablemente, el legislador decidió en aquel momento que la prestación temporal de viudedad solo incluyese como beneficiarios a los supervivientes de parejas matrimoniales, dejando sin cobertura a las uniones de hecho, al margen de las circunstancias que concurriesen. El precepto aludía, de manera expresa e inequívoca, al "cónyuge superviviente", como único beneficiario de esta prestación que se podrá devengar durante solo dos años, colocando extramuros de esta prestación, a los supervivientes de parejas de hecho.

Lo cierto es que desde la primera lectura, esta previsión normativa generó perplejidad, al partir de una presunción de mala fe por parte de los posibles beneficiarios de la pensión de viudedad, a quie-

13 Vid. el análisis que realiza sobre este tema CAVAS MARTÍNEZ, F. "Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007", en Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum, núm. 1, 4º trimestre 2014, pp.183-198. Del mismo autor "Pensión de viudedad y acreditación de la existencia de pareja de hecho: ¿rigor probatorio causante de discriminación indirecta para las mujeres?", en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 5/2021, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001287, consultado el 20 de agosto de 2021.

nes se considera contrayentes "de conveniencia" ante la inminencia del fallecimiento de su pareja. En ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, existe esta figura, una prestación temporal de viudedad, que no obstante se anuda a otros criterios, mucho más acordes a la finalidad de la pensión: edad del beneficiario (en el entendido de que los supervivientes más jóvenes han de encontrar más límites al acceso a una prestación vitalicia), situación económica (dependencia real del causante, por carencia de rentas o patrimonio propios), dificultades para la incorporación o reincorporación al mercado de trabajo, etc. Esta es la senda que debería haber trazado el legislador, y no la de la configuración de una prestación que "castiga" preventivamente a quien contrae matrimonio con una persona que padece una grave enfermedad. La concreción temporal que maneja la norma, se aparta de cualquier consideración de carácter tuitivo e incluso humanitario, además de alejarse de toda lógica o consideración médica, pues este precepto se ha redactado como si se pudiese calcular un elevado grado de precisión el tiempo de vida que le resta a alguien a quien se ha diagnosticado una enfermedad terminal.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina (STS de 20 de julio de 2010) expresó con nitidez lo que el legislador perseguía redactando de este modo el art. 222 TRLGSS. El fin no es otro que "evitar los matrimonios "de conveniencia", contraídos precisamente con el único fin de devengar una pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante [interpretación teleológica que complementa a la literal —art. 3.1 "in fine" del Código Civil (LEG 1889, 27)—]". Y afirma además que ese es el motivo por el que se estableció "una doble cautela: por un lado, que durante un plazo anterior de duración razonable —fijado en dos años en conjunción con la del matrimonio si ésta última hubiera sido menor de un año— hubieran convivido los cónyuges, o que hubiera habido hijos comunes; y en segundo término, que la enfermedad común de la que derivó la muerte del causante haya tenido su origen antes de la celebración del matrimonio. Se trata de un supuesto especial, como lo revela la frase —"en los supuestos excepcionales..."— con la que se inicia el párrafo; pero el supuesto está comprendido, sin duda alguna, dentro de la vía matrimonial por la que se accede al devengo de la prestación".

En cuanto a la obligación de acreditar la existencia de la pareja de hecho, el TS señala que "si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado «un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años», está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 —rcud 2969/09— y 09/06/10 — rcud 2975/09—], sin que en forma alguna sea también exigible —para esa convivencia prematrimonial— el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la «pareja de hecho» cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditación fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque —insistimos— el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad".

Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha modificado el art. 222 del TRLGSS, incluyendo por fin a los supervivientes de parejas de hecho en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Por tanto, desde 1 de enero de 2022, serán beneficiarios de la prestación temporal de viudedad, "tanto el cónyuge como la pareja de hecho superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar, respectivamente, que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año en los términos del artículo 219.2, o por la inexistencia de hijos comunes, o que su inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o su constitución mediante documento público se han producido con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha del fallecimiento del causante, pero concurran el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años".

De este modo, desaparece otra de las previsiones normativas que colocaba a los supervivientes de parejas de hecho en una situación de desventaja respecto a las matrimoniales en cuanto al acceso a la protección social por viudedad.

5.4. La Disposición adicional cuadragésima de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. Pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales

Acertadamente, si bien con carácter excepcional y limitado en el tiempo, el legislador ha decidido otorgar determinados efectos retroactivos a la norma, permitiendo que el superviviente de la pareja de hecho, solicite la pensión de viudedad aunque el fallecimiento del sujeto causante se hubiese producido antes del 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor el nuevo texto normativo.

Con ello se da respuesta a la lógica reivindicación que han sostenido en el tiempo asociaciones de personas viudas supervivientes de parejas de hecho que han expuesto su realidad, incluso en las instituciones comunitarias, para poner de manifiesto la flagrante injusticia que desde su punto de vista suponía negar la pensión de viudedad a los supervivientes en base al criterio de dependencia económica del causante, tal y como se había configurado por el legislador en 2007. Su crítica, perfectamente fundamentada, apuntaba en dos direcciones: por un lado, se ponía en tela de juicio la exigencia de la acreditación de una situación de necesidad sólo a los supervivientes de parejas de hecho; además, se incidía en un aspecto que agravaba, más si cabe, su ya precaria situación. A la hora de determinar si el superviviente de una unión de hecho cumplía con el condicionante de dependencia económica del causante, se tomaban como referencia los ingresos percibidos en el momento del hecho causante y, de manera contundente, afirmaba el art. 221 TRLGSS en su anterior redacción, que tal requisito tenía que mantenerse durante todo el tiempo de percepción de la pensión de viudedad. Consecuentemente, se dio la espalda a los supervivientes de parejas de hecho que en momento de la muerte del sujeto causante percibían unos ingresos que superaban estos límites (exiguos por otra parte), aunque posteriormente los mismos descendieran significativamente o incluso desaparecieran.

La Disposición adicional cuadragésima de la Ley 21/2021, se redacta con una finalidad reparadora, permitiendo que viudos y viudas de parejas de hecho, soliciten la pensión en los casos en los que el fallecimiento se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma (1 de enero de 2022), con independencia de la cuantía de sus ingresos en el momento del hecho causante.

El legislador, concreta una serie de circunstancias que deben concurrir para poder aplicar esta disposición normativa:

a. El sujeto causante, en el momento de su fallecimiento, ha de reunir los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 219 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

b. El miembro supérstite de la unión de hecho, ha de acreditar que, en el momento de fallecimiento del causante, ambos formaban una pareja de hecho, en los términos establecidos en art. *221*.2 TRLGSS (convivencia estable y notoria durante al menos cinco años inmediatamente anteriores a la muerte y, si no tenían hijos en común, además, inscripción en el registro correspondiente o constancia en documento público como mínimo dos años antes del hecho causante)

c. El beneficiario no ha de tener reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

d. Se arbitra un plazo improrrogable de doce meses, contados desde la entrada en vigor de esta norma (1 de enero de 2022) para presentar la solicitud de la pensión de viudedad. La prestación, una vez que se reconozca cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

Entendemos que era esencial incluir en el texto normativo que abordase esta cuestión, una disposición adicional de esta naturaleza y alcance, ya que dejar fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la norma a los supervivientes de fallecidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2021, no habría sido de recibo. Quede claro, no obstante, que se ha tratado de una opción político-jurídica del legislador, que compartimos, pero desde la perspectiva netamente técnica, otro escenario habría sido posible, toda vez que el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones (tal y como hemos visto), ha entendido compatible con el art. 14 CE la diferencia de trato entre parejas matrimoniales y uniones de hecho a efectos de la pensión de viudedad.

6. REFLEXIONES FINALES

La supresión total de las diferencias de trato entre supervivientes de uniones matrimoniales y parejas de hecho cara al disfrute de la pensión de viudedad, continúa constituyendo un desafío para el legislador español. La configuración técnico-jurídica inicial del derecho a acceder a esta prestación

en el caso de parejas no matrimoniales, se sometió a una serie de requisitos de naturaleza heterogénea que obedecían a lógicas diferenciadas, no siempre debidamente justificadas que suscitaron un intenso debate doctrinal y jurisprudencial.

Perfectamente comprensible, resulta la exigencia de acreditación formal de la convivencia de hecho, es una cuestión de simple lógica. Sin embargo, no tan razonable es, a nuestro juicio, el modo en el ha de justificarse esta circunstancia, ya que el nacimiento de la pensión de viudedad exige una convivencia probada de al menos cinco años y la inscripción como pareja de hecho en el registro habilitado para ello en CCAA o ayuntamientos, o la certificación en documento público, al menos dos años antes del hecho causante. Un tema debatido intensamente en los tribunales que se ha zanjado aceptando, con matices puntuales (que hemos desarrollado en este estudio), la idoneidad de este doble condicionante.

En cuanto a la exigencia de desequilibrio económico entre los componentes de la unión de hecho, en los términos expresados por la norma en 2007, desde nuestra perspectiva, en primer lugar entraba en contradicción con la naturaleza netamente contributiva de la pensión de viudedad, afirmada y reafirmada de manera insistente y, de otra parte, instituía una diferencia de trato entre uniones matrimoniales y de hecho, a nuestro modo de ver, carente de justificación suficiente. Hemos de insistir, no obstante, en una idea central: en ningún momento se consideró en sede judicial, que la exigencia de dependencia económica requerida por la norma en su anterior redacción, fuese contraria al art. 14 CE. Se entendía (y se mantiene) que obedecía a una legítima opción por parte del legislador con perfecto acomodo constitucional.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, afortunadamente, ha abordado este controvertido tema, suprimiendo la necesidad por parte del superviviente de la unión de hecho, de acreditar dependencia económica del sujeto causante para devengar la prestación. Una reforma parcial más de la pensión de viudedad, que únicamente incide en un aspecto puntual, cuando lo que realmente necesita la protección por muerte y supervivencia en nuestro país es una revisión estructural de calado, mucho más ambiciosa.

La nueva redacción que se ha dado al art. 221 TRLGSS, junto a la eliminación del requisito de acreditación de la situación de necesidad económica por parte del superviviente de la pareja de hecho, ha incidido en un aspecto adicional, la existencia de hijos en común, que viene a modular el procedimiento a la hora de demostrar la existencia formal de la pareja de hecho:

- En el caso de que existan hijos en común de esa unión no matrimonial, solo se requerirá la aportación de la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. Por tanto, desde el 1 de enero de 2022, en este supuesto, ya no se tendrá que demostrar convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante.

- Si la pareja de hecho no ha tenido hijos en común, el superviviente continúa viéndose obligado a acreditar los dos requisitos previstos por la norma que, como sabemos, son acumulativos: convivencia estable y notoria durante los cinco años inmediatamente anteriores a la muerte del causante y, además, la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público, que tendrá que haberse formalizado al menos dos años antes del fallecimiento del sujeto causante.

En paralelo, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, ha modificado el art. 222 del TRLGSS, regulador de la prestación temporal de viudedad que, incomprensiblemente, en su redacción originaria, excluía de la condición de beneficiarios de la misma, a los supervivientes de parejas de hecho. Ello supone que, desde 1 de enero de 2022, serán beneficiarios de la prestación temporal de viudedad, tanto el cónyuge como el superviviente de una unión de hecho, cumpliendo, naturalmente, el resto de requisitos exigidos por la norma.

Finalmente, la Disposición adicional cuadragésima de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, excepcional y temporalmente, permite que el superviviente de una pareja de hecho, siempre y cuanto reúna los requisitos exigidos ya analizados, solicite la pensión de viudedad aunque el fallecimiento del sujeto causante se hubiese producido antes del 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor el nuevo texto normativo. Para ello, la norma habilita un plazo de 12 meses desde su entrada en vigor, concretando además que la prestación tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud. Se descarta de este modo la posibilidad de retroacción de los efectos económicos de la pensión al momento del hecho causante, en sintonía con la reiterada doctrina jurisprudencial existente sobre la legitimidad de la decisión del legislador ordinario en 2007 de introducir en el régimen jurídico de la pensión de viudedad para supervivientes de parejas de hecho el requisito de dependencia económica.

La orientación político-jurídica de enésima reforma parcial de la pensión de viudedad, en términos generales nos parece acertada. El legislador ha seguido la senda marcada por el Pacto de Toledo, al tiempo que ha reaccionado por fin, tras más de una década, a las legítimas reivindicaciones de los supervivientes de parejas de hecho, que insistían en la necesidad de derogar la exigencia de dependencia económica para causar esta prestación.

Queda pendiente una vez más, la aplazada revisión en profundidad de las prestaciones por muerte y supervivencia en general y de la pensión de viudedad en particular. Una reforma integral anunciada en reiteradas ocasiones, sobre la que parece existir consenso en torno a su necesidad, pero pospuesta *sine die* pues, a la vista de los hechos, nunca llega el momento idóneo para acometerla.



EN TORNO A LOS CRITERIOS FLEXIBLES PARA LA DESIGNACIÓN DE DELEGADOS SINDICALES: ¿Una cuestión cerrada?*

ON FLEXIBLE CRITERIA FOR THE APPOINTMENT OF TRADE UNION DELEGATE:A Closed Question?

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
sanuran@ucm.es ORCID ID 0000-0003-1296-546X

Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada
Profesor Asociado (acreditado a Contratado Doctor) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
carlosdf@ucm.es ORCID ID 0000-0002-1095-4292

Recepción de trabajo: 17-12-2021 - Aceptación: 07-03-2022
Páginas: 130-158

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA. 2.1. La protección internacional de la libertad sindical en la empresa. 2.2. La interpretación constitucional de la representación sindical en la empresa: el contenido esencial, adicional y suplementario. ■ 3. DESIGNACIÓN DE DELEGADOS SINDICALES: REQUISITOS LEGALES E INTERPRETACIÓN. 3.1. Los requisitos legales de los artículos 8 y 10 LOLS. 3.2. La interpretación jurisprudencial sobre la designación de delegado sindical. 3.2.1. Representación de la sección sindical por delegados sindicales o por meros portavoces. 3.2.2. Ámbito o unidad de referencia para nombrar delegado sindical. 3.2.3. El cómputo del número de trabajadores de la unidad de referencia. 3.2.4. La presencia en los órganos de representación unitaria. ■ 4. CASOS RECIENTES SOLVENTADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. 4.1. Sobre el juego del convenio del colectivo en la representación sindical en la empresa. 4.2. Acerca de la posibilidad de establecer delegados sindicales en unidades de referencia intermedias (agrupación de centros de trabajo), provincial o de Comunidad Autónoma. 4.3. En torno a la posibilidad de acumular sección sindical de empresa y de centro de trabajo. ■ 5. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL RECIENTE SOBRE DELEGADOS SINDICALES. ■ 6. REFLEXIONES FINALES. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

* Grupo de Investigación: "El futuro del trabajo: transformaciones y retos", Universidad Complutense de Madrid, Ref.970922.

RESUMEN

El presente trabajo analiza diversas cuestiones sobre la representación sindical en la empresa. Tras contextualizar esta materia en la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al contenido mínimo o adicional de la libertad sindical, se repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la designación de delegados sindicales en la empresa y se analizan sus sentencias de los tres últimos años atendiendo a dos cuestiones principales: el papel del convenio colectivo en este tema y la posibilidad de nombrar delegados sindicales en ámbitos intermedios entre la empresa y el centro de trabajo. Importante es también el estudio de la regulación convencional sectorial de los últimos veintidós meses. En las conclusiones se proponen pautas interpretativas en lo que refiere a la conexión entre representación sindical y unitaria y al cometido que podría jugar la norma convencional.

PALABRAS CLAVE: Delegado sindical, sección sindical, convenio colectivo, Representación sindical en la empresa, libertad sindical.

ABSTRACT

This paper analyses various questions on trade union representation in the company. After contextualising this matter in the doctrine of the Constitutional Court regarding the minimum or additional content of trade union freedom, it reviews the case law of the Supreme Court on the appointment of trade union delegates in the company and analyses its judgements over the last three years, focusing on two main issues: the role of the collective agreement in this matter and the possibility of appointing trade union delegates in intermediate areas between the company and the workplace. Also important is the study of the sectoral regulation of the last twenty-two months. In the conclusions, interpretative guidelines are proposed with regard to the connection between trade union representation and the role that could be played by the collective agreement.

KEYWORDS: Trade union delegate, trade union branch, collective bargaining agreement, trade union representation in the company, freedom of association.

1. INTRODUCCIÓN

En relación con la unidad de referencia para el nombramiento de delegados sindicales pudiera pensarse que está zanjada la cuestión tras la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (recurso 91/2013), una vez que su doctrina había sido recepcionada en posteriores resoluciones (entre otras, SSTS 23/09/2015, número 4.554; 21/06/2016, número 3.619; 25/01/2018, recurso 30/2017; 08/02/2018, recurso 274/2016, etc.). No obstante, en los últimos años son numerosos los asuntos sobre este particular planteados a la Sala Cuarta y diversas las cuestiones sobre esta temática. Por lo que es buena ocasión para reflexionar de nuevo sobre razonamientos y soluciones en torno a la representación sindical en la empresa. En efecto, si bien parece superada la polémica sobre la libertad de decisión del sindicato en cuanto al ámbito de referencia de la sección sindical, más problemas está suscitando el papel del convenio colectivo en el establecimiento de requisitos para la designación de delegados sindicales; así como su nombramiento en espacios intermedios entre el centro de trabajo y la empresa. Este es el objeto y justificación del presente trabajo, que afrontaremos del modo siguiente:

En primer término, abordaremos el marco constitucional de la libertad sindical, atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre su contenido, esencial y adicional del derecho fundamental. Seguiremos desgranando, en momento posterior, los requisitos legales para el nombramiento de delegados sindicales y la evolución de la interpretación jurisprudencial. A continuación, revisaremos los recientes casos que ha debido afrontar el Tribunal Supremo para examinar posteriormente —en el apartado quinto— el contenido de los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial y superior de los últimos veintidós meses (de 1 de enero de 2020, hasta el 15 de noviembre de 2021) en relación con la unidad de referencia en el nombramiento de delegados sindicales en las empresas. En fin, el trabajo se cierra enunciando sus principales conclusiones.

2. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

La libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE), como es conocido, es un derecho de contenido complejo que alberga un haz de facultades, poderes y libertades.[2] Junto a la libertad de afiliación sindical y de fundación, suspensión y disolución de un sindicato y el derecho a fundar, adherirse y retirarse de federaciones y confederaciones sindicales, se reconocen dos prerrogativas especialmente relevantes a los

2 Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 41ª edición, Tecnos, Madrid, 2020, págs. 133 y ss.; también, Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, págs. 292 y ss.

efectos de este trabajo, por un lado, la libertad de determinar la estructura interna y el funcionamiento del sindicato y, por otro, la libertad de acción sindical que se consagra tanto para el sindicato [art. 2.2.d) LOLS] como también para los trabajadores sindicados (art. 8 LOLS). Es en este contexto donde debemos situar la representación sindical de los trabajadores en la empresa a través de las secciones sindicales,[3] a las que, a su vez representa un portavoz elegido libremente por los afiliados [art. 2.1.c) LOLS][4] y, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos (art. 10.1 LOLS), un delegado sindical.

El contenido de la libertad sindical, en especial su ejercicio en el marco de la empresa, debe ponerse en relación tanto con la normativa internacional existente sobre la materia (específicamente Convenios Internacionales de la OIT) como con la vastísima jurisprudencia constitucional. Veamos uno y otro aspecto por separado, aunque sea de forma sucinta dadas las dimensiones y pretensiones del presente trabajo.

2.1. La protección internacional de la libertad sindical en la empresa

La protección internacional de la libertad sindical en la empresa se recoge de manera muy tibia, poco concreta y escasamente garantizada,[5] en los Convenios fundamentales 87 y 98 de la OIT, de 1948 y 1949 respectivamente. En efecto, el artículo 3 del Convenio 87 OIT consagra el derecho del sindicato a organizar sus actividades y su programa de acción, conteniendo de modo implícito la posibilidad de una acción colectiva a nivel de empresa de manera poco operativa. Por su parte, el Convenio 98 OIT, en tanto que dispone que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección frente a los actos de discriminación en el empleo que puedan menoscabar la libertad sindical, por causa de afiliación o actividad sindical, podría interpretarse que dota de una mínima cobertura y apoyo a la actuación sindical en el interior de las empresas.

Ahora bien, el reconocimiento internacional de la protección de la libertad de sindicación en la empresa se produce en 1971 en el Convenio 135[6] y la Recomendación número 143, relativos a "la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa y de las facilidades que se deben conceder a los mismos". Ambos instrumentos internacionales se refieren de forma genérica a los "representantes de los trabajadores" que son tanto los "representantes elegidos" por todo el personal de la empresa como los "representantes sindicales" elegidos por los sindicatos o por los miembros afiliados al sindicato a nivel de empresa (art. 3 del Convenio y 2° de la Recomendación). El Convenio y la Recomendación (pero, sobre todo, ésta) establecen, por un lado, garantías de protección eficaz contra medidas perjudiciales a estos representantes por razón de su condición o actividad (arts. 1°

3 Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectiva de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 67 y ss.; Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 150.

4 Sobre la posibilidad de la sección sindical de designar representantes internos, vid. entre otras, las SSTC 61/1989, 84/1989, 173/1992, 168/1996, 292/1993 y 201/1999 y SSTS 26/08/2008 (recurso 18/2007) y 09/12/2020 (número 1.099/2020).

5 En este punto seguimos a Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, citado, págs. 91-93.

6 Ratificado por España por Instrumento de Ratificación publicado en BOE de 4 de julio de 1974.

y 5º de la Recomendación); y por otro, un elenco de facilidades que ha de conceder el empresario para el cumplimiento de sus funciones (art. 2º del Convenio y 9º de la Recomendación). A los efectos del presente trabajo, son de mayor interés las facilidades que deben ser provistas por la dirección de la empresa para el cumplimiento de las funciones de representación de los trabajadores, tanto sindical como unitaria, previstas en los puntos 10 a 17 de la Recomendación, que enumera las que cabe considerar "contenido mínimo" de medidas de protección sindical directa: tiempo libre retribuido; acceso a todos los lugares de trabajo; derecho a la recaudación de cuotas sindicales; derecho a la colocación de anuncios y comunicados; derechos de distribución y difusión de publicaciones y contenido sindical y, en fin, derecho a los medios materiales e instrumentales para el desarrollo de sus funciones. No obstante todo lo anterior, en relación con estas prerrogativas el artículo 2 del Convenio OIT 135 establece dos condiciones de cierta envergadura, a saber: deben tenerse en cuenta "las necesidades, importancia y posibilidades de la Empresa interesada" (apartado 2) y, de manera taxativa, se indica que "dichas facilidades no deberán perjudicar el funcionamiento eficaz de la Empresa interesada" (apartado 3).

2.2. La interpretación constitucional de la representación sindical en la empresa: el contenido esencial, adicional y suplementario

En la interpretación del art. 28.1 CE, el Tribunal Constitucional ha consolidado su doctrina sobre la existencia de un contenido esencial del derecho ("núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, sin el cual ese derecho fundamental no sería reconocible")[7] y un contenido adicional (compuesto por derechos o facultades "atribuidos por normas legales o por convenios colectivos que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible");[8] así como sobre la posibilidad de concesión unilateral por el empresario de derechos suplementarios.[9]

En el contenido esencial se encuentran facultades organizativas o asociativas y funcionales o de actividad. En efecto, tal como indica el Tribunal Constitucional "[a]un cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España —en este caso, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente—, que la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de numerus clausus, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente

7 STC 17/2005, FJ 2.

8 STC 200/2006, FJ 1.

9 Por todas, STC 281/2005, FJ 3, que resume doctrina anterior elaborada desde la STC 70/1982. Las sentencias que versan sobre esta materia son numerosísimas, entre otras, 36/1986, 61/1989, 9/1998, 30/1992, 173/1992, 164/1993, 1/1994, 134/1994, 94/1995, 70/2000, 132/200, 269/2000, 308/2000, 213/2002, 229/2002, 98/2003, 185/2003, 103/2004, 112/2004, 198/2004, 125/2006, 200/2006, etc.

funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden" (STC 281/2005, FJ 3).

Por lo que respecta a la perspectiva organizativa del derecho de sindicación, explícitamente reconocida en el precepto constitucional, se reconoce la libertad de constituir sindicatos, afiliarse o no a los mismos, las facultades de autoorganización, de fundar o integrarse en federaciones o confederaciones sindicales, incluidas las internacionales.

A dicha vertiente organizativa se añadiría, además, dentro del contenido esencial de la libertad sindical, un plano funcional integrado por otros derechos de actividad y medios de actuación que contribuyen de forma directa a que el sindicato pueda desarrollar sus funciones esenciales reconocidas en el art. 7 CE. Específicamente, se contemplan todas las facultades o derechos necesarios para desarrollar libremente y sin injerencias la acción sindical, en particular, negociación colectiva, huelga y promoción de conflictos que, sin perjuicio de su constitucionalización autónoma, se entienden comprendidos en el art. 28.1 CE.[10]

Un caso reseñable que aúna ambas facetas (organizativa y funcional), de especial interés para el presente trabajo, son las secciones sindicales de los sindicatos en la empresa. Tal como resume de forma muy ilustrativa la STC 229/2002, FJ 2:

"Las secciones sindicales, hemos dicho, ofrecen un doble aspecto relevante desde la perspectiva constitucional. Este Tribunal les ha venido atribuyendo una doble naturaleza: por una parte, son instancias organizativas internas del sindicato, y, por otra, son también representaciones externas a las que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas (...). De lo que cabe concluir que, cuando se define a estas entidades como instancias organizativas internas del sindicato, se está contemplando la posición que la sección sindical ocupa en la estructura organizativa del sindicato. Cuando, seguidamente, se identifica a la sección sindical como representación externa, se está haciendo referencia a las funciones y facultades que esta entidad desarrolla. Son, en primer término, instancias organizativas del propio sindicato en la empresa, que permite a aquél desarrollar en el centro de trabajo todas cuantas actividades sean precisas para la defensa de los intereses que representa, esto es, se conecta directamente tanto con la actividad sindical como medio indispensable para el logro de los fines sindicales, como con las facultades autoorganizativas del sindicato, libres dentro del marco constitucional y canalizadas a través de sus estatutos y disposiciones internas. Desde esta primera perspectiva, la constitución de una sección sindical forma parte del núcleo indisponible del art. 28.1 CE".

10 Son diversas las SSTC en las que queda reflejada esta doctrina, entre otras, en la número 37/1983, 173/1992, etc. En la doctrina, son numerosos los trabajos que versan sobre el particular, entre ellos, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008, págs. 267 y ss.

Por consiguiente, tanto la creación como la actuación de la sección sindical dentro del centro de trabajo "para la defensa de los intereses de los trabajadores" y "para el logro de los fines sindicales", son esferas que conectan con el contenido intangible de la libertad sindical.[11]

Junto al núcleo esencial del derecho de sindicación, que establece un mínimo que debe ser respetado en todo caso por el legislador, el Tribunal Constitucional ha identificado la existencia de un contenido adicional de la libertad sindical a través del cual se pueden añadir nuevas facultades y medios de acción por la norma legal (específicamente, la LOLS) a ese núcleo o médula intangible[12]. Entre estas nuevas prerrogativas se han incluido la participación institucional (art. 6 LOLS); la promoción de elecciones de representantes unitarios del personal y de presentar candidaturas (arts. 2 y 6 LOLS); la posibilidad de disfrutar de cesiones temporales del uso de inmuebles para poder llevar a cabo su actividad (art. 6 LOLS); el disfrute de específicos permisos y excedencias (art. 9 LOLS) y, en fin, la posibilidad de dotar de singulares medios de actuación (local, crédito horario ampliado, etc.) a determinadas secciones sindicales con el nombramiento, incluso, de un número mayor de Delegados Sindicales (arts. 8 y 10 LOLS).

Por consiguiente, los derechos conferidos por la LOLS a las secciones sindicales más representativas o que tengan presencia en los órganos de representación unitaria, tales como, el uso de tablón de anuncios o de un local adecuado cuando la empresa o centro de trabajo tenga más de 250 trabajadores; la negociación colectiva; el nombramiento de un número de delegados sindicales, o, en fin, que éstos tengan ciertos derechos y garantías, se incardinan en el contenido adicional del derecho de libertad sindical. También se encuentran a este nivel las facilidades o medios para la acción sindical que puedan establecerse en un convenio colectivo.

Además de estos dos niveles (esencial y adicional de fuente legal o convencional), es posible, por supuesto, la existencia de otros derechos suplementarios concedidos unilateralmente por el empresario.

La pregunta fundamental a responder es la relevancia jurídica que tiene que un derecho o facultad incluido en la libertad sindical se encuentre en una de las tres categorías posibles (contenido esencial, adicional o suplementario de concesión unilateral). Como antes se indicó, y es sabido, el primero de estos espacios, el considerado como núcleo intangible o esencial supone un mínimo que debe ser respetado en todo caso, incluso por el legislador. Por su parte, el segundo nivel o contenido adicional, se compone de derechos o medios de acción que no vienen exigidos directamente por nuestra norma constitucional, han sido creados por el legislador o, incluso, por la negociación colectiva pero el Tribunal Constitucional los ha integrado dentro del ámbito constitucionalmente protegido del art. 28.1 CE y, por ello, los actos contrarios a ellos pueden considerarse como vulneradores del

11 Palomeque López, M.C., *Derecho Sindical*, 4ª edición, Ediciones CEF, Madrid, 2018, págs. 270-273.

12 Sobre el contenido adicional de la libertad sindical, vid. en la doctrina, Suárez González, F., "El contenido adicional de la libertad sindical", en AA.VV. (Montoya Melgar, A., Coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 561 y ss.; Álvarez Alonso, D., "El contenido adicional de la libertad sindical: sentencia TC 145/1999", en AA.VV. (García Murcia, J., Coord.), *Libertad Sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), págs. 193 y ss.

derecho fundamental en sí mismo considerado.[13] En este sentido, tienen la tutela reforzada propia del derecho fundamental, incluyendo la protección jurisdiccional preferente y sumaria, la sanción de nulidad de los actos antisindicales e incluso el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; "línea doctrinal absolutamente consolidada".[14] Ahora bien, "[e]stos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (STC 281/2005, FJ 3, reiterando doctrina anterior). Con todo, como sigue diciendo la misma resolución del Alto Tribunal, dichas prerrogativas adicionales pueden imponer "cargas y obligaciones" al empresario "para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa".

Para terminar, si un derecho es de concesión unilateral por el empresario (tercera categoría), "a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, éste podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido". No obstante, ello no significa sin más que las decisiones empresariales en este ámbito estén ajenas a todo control constitucional, puesto que "también la voluntad empresarial se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical" (STC 269/2000, FJ 5).

En resumen, en el derecho de sindicación, existe un núcleo esencial, intangible incluso para el legislador; un contenido adicional, no previsto en la Constitución, de creación legal o convencional, por lo que puede ser modificado o suprimido por estas mismas normas y no disponible para el empresario; y un nivel suplementario, de concesión unilateral por el empleador pero que no podría ser suprimido si encierra una motivación contraria a la libertad sindical. En relación a la representación sindical en la empresa, las secciones sindicales forman parte del contenido esencial, mientras que los medios y facultades de acción sindical de las mismas —previstos legal o convencionalmente—, incluido el nombramiento de delegados sindicales, con sus garantías y derechos estarían en el nivel intermedio adicional por lo que su limitación injustificada vulneraría el propio derecho fundamental.

3. DESIGNACIÓN DE DELEGADOS SINDICALES: REQUISITOS LEGALES E INTERPRETACIÓN

En la representación sindical en la empresa hay dos instituciones claves. Por un lado, las secciones sindicales y, por otro, los delegados sindicales, representantes habituales de aquéllas, elegidos por

13 Doctrina reiterada, entre otras, en SSTC 173/1992, FJ 3; 164/1993, FJ 3; 1/1994, FJ 4; 13/1997, FJ 3, o 36/2004, FJ 3.

14 Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectiva de futuro*, citado, págs. 71-72.

y entre los trabajadores en la empresa o centro de trabajo afiliados al sindicato correspondiente. Centrándonos en esta segunda figura, la LOLS ha establecido una escueta regulación, sobre todo si se compara con el detalle de la normativa de la representación unitaria de los trabajadores, que ha generado una litigiosidad relativamente importante. Sobre la regulación legal (arts. 8 y 10 de la LOLS) hay que proyectar la interpretación tanto del TC y, a continuación, iremos desgranando las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo para su adecuada aplicación a numerosos casos concretos.

3.1. Los requisitos legales de los artículos 8 y 10 LOLS

Según establece el artículo 10.1 LOLS se entiende por delegado sindical el representante de una sección sindical siempre que se cumplan los dos siguientes requisitos:

a. Que la empresa, o centro de trabajo, tenga una plantilla de más de 250 trabajadores.

b. Que el sindicato tenga presencia en los órganos de representación unitaria del personal.

Dos ideas más vienen establecidas en el mismo precepto antes indicado: por un lado, que los delegados sindicales son elegidos por y entre los trabajadores afiliados al sindicato que crearon la sección sindical, por lo que no pueden ser elegidos directamente por el sindicato y, por otro, que van a representar a ésta "a todos los efectos". [15]

Por su parte, el segundo apartado del artículo 10 establece el número de delegados sindicales en función de dos variables:

a. Según los resultados que haya tenido la sección sindical en las elecciones sindicales en la empresa o Administración, estableciendo una diferenciación según si ha obtenido al menos un diez por ciento de los votos o si, por el contrario, no ha llegado a ese mínimo de sufragios. Para el primer caso, se estará a la escala que desarrollamos en la letra siguiente, mientras que en el segundo supuesto se establece que sólo podrá nombrar un único delegado sindical.

b. Según el número de trabajadores de la empresa, o del centro de trabajo, se determina un número de delegados sindicales entre uno y cuatro. Habrá uno entre 250 y 750 trabajadores; dos entre 751 y 2.000; tres cuando la plantilla de la empresa o centro se sitúe entre 2.001 y 5.000 y cuatro delegados sindicales para plantillas a partir de 5.001 empleados.

Esta escala que estamos analizando, prevista en el artículo 10.2 LOLS, la norma establece que puede "ampliarse" a través de la negociación colectiva u otro tipo de acuerdo o pacto colectivo.

15 La contundencia de tal expresión legal, como indica Palomo Vélez, R.I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 255, debe ser entendida como que esta figura no puede desvincularse de la sección sindical a la que representa, hasta el punto "que siempre que el delegado sindical exista y/o actúe lo hará en ejercicio de su función representativa respecto de aquella".

En fin, el tercer apartado de este precepto, recoge una serie de facilidades para llevar a cabo la actividad sindical, para el caso que los delegados sindicales "no formen parte del comité de empresa", estableciendo la equiparación con las que atesoran los representantes unitarios, añadiendo las tres siguientes:

1. Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, exigiéndoles guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda, para lo cual debe estarse como mínimo al art. 65 ET.
2. Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz, pero sin voto.
3. Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores, en general, y a los afiliados a su sindicato en particular y, especialmente, en los despidos y sanciones de estos últimos.

Además de lo anterior, el artículo 8 LOLS al regular el ámbito en el cual se puede constituir la sección sindical, está determinando la unidad de referencia que va a ser tenida en cuenta para la designación de los delegados sindicales. De esta manera, el cumplimiento de los requisitos antes indicados para poder nombrar a éstos, específicamente el volumen de plantilla requerido, vendrá mediatizado por el espacio para el que se configure aquélla.

En efecto, el artículo 8.1 LOLS permite a los trabajadores afiliados a un sindicato la posibilidad de crear la sección sindical "*en el ámbito de la empresa o centro de trabajo*", expresión que ha causado dudas interpretativas, tal como vamos a ver a continuación.

3.2. La interpretación jurisprudencial sobre la designación del delegado sindical

De todo lo indicado en torno a estos dos preceptos, son varios los asuntos en los que ha entrado la jurisprudencia y que exponemos a continuación los más relevantes, si bien centraremos nuestro análisis en aquellos aspectos que redundan en el nombramiento de la figura del delegado sindical y no tanto en las facilidades que le son otorgadas.

3.2.1. Representación de la sección sindical por delegados sindicales o por meros portavoces o representantes

En primer término, qué ocurre si no se cumplen los dos requisitos iniciales, esto es, no se alcanza el volumen de plantilla exigido (bien de la empresa, bien del centro de trabajo) o el sindicato no tiene presencia en los órganos de representación unitaria: en estos casos, el Tribunal Constitucional ha determinado la posibilidad de poder nombrar un representante de la sección sindical pero no tendrá la consideración de delegado sindical, sino que será un mero portavoz de la misma. La capacidad de nombrar una persona que la represente, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, como expresión del derecho de autoorganización del sindicato, pero el nombramiento de delega-

dos sindicales es un derecho de origen legal o, en su caso, convencional y, como tal, forma parte del contenido adicional tal como ya analizamos en el punto anterior (STC 188/1995, FJ 5)[16]. Lo que quiere decir que no se impide en este caso a las secciones sindicales nombrar "a su propio delegado sindical", en lo que no colisione con cargas empresariales correlativas no exigibles por imperativo constitucional.

3.2.2. Ámbito o unidad de referencia para nombrar delegado sindical

En segundo lugar, ha habido diversas dudas sobre cuál es el ámbito o unidad de referencia en el que deben computarse los requisitos antes indicados para poder nombrar un delegado sindical ex lege y, también sobre si se pueden acumular secciones tanto de empresa como de centro de trabajo y que en ambas instancias se puedan nombrar delegados sindicales.

Comenzando por el primero de los interrogantes y como antes indicamos, la sección sindical podrá estar constituida en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo. Si la empresa tiene un único centro de trabajo, las secciones sindicales se constituirán en dicho ámbito y designarán allí mismo a sus delegados sindicales cuando proceda por cumplir los dos requisitos antes indicados. En cambio, resulta más complejo el asunto cuando la organización empresarial cuenta con diversos centros de trabajo.

La duda no se encuentra en la capacidad de decisión de los trabajadores afiliados de constituir una sección de empresa o de centro de trabajo, eso lo pueden solventar con total autonomía dado su carácter de contenido esencial de la libertad sindical.[17] La incertidumbre se encuentra en saber si esa libre determinación se irradia a la designación del delegado sindical, cuestión ésta más espinosa al poder conllevar cargas para el empresario. La expresión legal del artículo 10.1 LOLS ("En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores (...) las Secciones Sindicales (...) con presencia en los comités de empresa (...) estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales...."), lo cierto es que no ayuda a solventar el dilema.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha protagonizado hasta cuatro fases interpretativas:[18]

Una primera etapa, se admite que la libertad de los trabajadores afiliados al sindicato para elegir el ámbito de constitución de la sección sindical alcanza también para escoger la unidad de referencia en la designación de delegados sindicales. Simplemente bastaba con que la empresa o centro de trabajo, según cuál fuera la designación realizada, cumpliera con el requisito legal del número

16 En la doctrina, entre otros, Preciado Domènech, C.H., *Secciones sindicales y delegados sindicales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2015, págs. 33-34.

17 Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, citado, pág. 151; Palomeque López, M.C., *Derecho Sindical*, citado, págs. 271-272.

18 Las SSTS 21/06/2016 (número 3.619/16) y 08/02/2018 (recurso 274/2016), cuyo ponente en ambas corresponde al Magistrado Sempere Navarro, realizan un resumen de la evolución jurisprudencial sobre la materia. En la doctrina, entre otros, Esteban Legarreta, R., *El ámbito de las representaciones sindicales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 58-70.

(más de 250) de trabajadores.[19] Así, se sostiene que puede designar delegado sindical conforme a la LOLS un sindicato que tiene presencia en un comité, pese a que la empresa no alcanza los 250 trabajadores en ningún centro y sí en el sumatorio total.

En la segunda fase, el Alto Tribunal precisa que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que queda al arbitrio del sindicato, sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de representación en la empresa. En esa lógica, se interpreta que se ha de vincular el artículo 10.1 LOLS "a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa". La posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo "está en función de los órganos de representación de los trabajadores",[20] de ahí que si, por ejemplo, para las elecciones sindicales se elige la provincia para constituir los comités de empresa, la exigencia del art. 10.1 para constituir sección sindical irá referido a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa; en ese escenario, no cabe después acudir al conjunto de la empresa, en cómputo global, a efectos de constituir una sección sindical que pueda nombrar delegado sindical, "no respetando el criterio seguido para la elección de los órganos unitarios de representación de los trabajadores" (STS 09/06/2005, recurso 132/2004, FJ 5).

Un tercer momento se produce cuando se flexibiliza en alguna medida el riguroso criterio anterior, para permitir la constitución de la sección sindical y la designación de delegados en ámbitos intermedios entre el centro de trabajo y la empresa en su conjunto. Se sigue manteniendo la regla por la cual si la representación unitaria toma como referencia el centro de trabajo, la sección sindical de empresa y sus delegados sindicales también deben tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa; salvo en un caso en que, precisamente, lo que exista sea un comité de empresa conjunto, de ámbito provincial, en cuyo supuesto —claramente excepcional— sí cabe tomar esa referencia superior.[21] Sobre esta posibilidad, ha habido sentencias recientes que comentaremos en el siguiente apartado.

En fin, el itinerario interpretativo sufre un punto de inflexión en la STS 18/07/2014 (recurso 91/2013), volviendo a la línea de partida inicial como indica en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia con el siguiente tenor literal:

"En definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. Y, si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo".

19 Sentencias que siguen esta tesis son, entre otras, las SSTS de 15/07/1996 (recurso 3.432/1995) y de 28/11/1997 (recurso 1.092/1997).

20 STS 10/11/1998 (recurso 2.123/1998), seguida posteriormente por muchas SSTS, entre otras, la de 18/11/2005 (recurso 32/2005); 09/06/2005 (recurso 132/2004); 14/07/2006 (recurso 5.111/2004), etc.

21 De esta opinión son las SSTS 30/04/2012 (recurso 47/2011) y 14/03/2014 (recurso 119/2013).

De ahí que "si una empresa tiene más de 250 trabajadores, fuere cual fuere el número de trabajadores en cada centro de trabajo, los sindicatos, que acrediten representantes unitarios, ya sea en uno o más centros de trabajo, tienen derecho a constituir una sección sindical, quien puede, a su vez, nombrar los delegados sindicales LOLS, que correspondan, porque así lo dispone el art. 10.1 LOLS" [Sentencia de la Audiencia Nacional de 04/07/2018, confirmada por la STS 04/03/2020 (recurso 200/2020)].

Esta tesis está consolidada con más de una docena de sentencias posteriores del Tribunal Supremo.[22]

El segundo asunto conectado con el ámbito de la sección sindical en el que habría alguna duda hermenéutica es si cabría la posibilidad de acumular secciones de empresa y, a la vez, de centro de trabajo. La respuesta del Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente negativa a que se constituyan y que tengan, además, las prerrogativas de la LOLS. Siguiendo una interpretación literal del artículo 8.1.a) LOLS "se desprende que la formación de secciones sindicales, bien en el ámbito de la empresa o bien en el de un centro de trabajo, es una facultad meramente alternativa, pero no acumulativa" (STS 20/09/1999, recurso 244/1999). No obstante, más allá de la posibilidad de haber secciones sindicales en el conjunto de la empresa o a nivel de centro de trabajo, cuestión incluida en la capacidad de autoorganización del sindicato, parece que sólo podrá escogerse delegados bien a nivel de empresa, bien de centro, no en ambos, salvo que pueda excepcionalmente establecerse por convenio colectivo[23]. Esta tesis es mantenida en una sentencia reciente como será comentado en el punto siguiente.

3.2.3. El cómputo del número de trabajadores de la unidad de referencia

Una tercera duda exegética, sería relativa al cómputo de trabajadores exigido. En este aspecto son varias las cuestiones que asaltan. Por un lado, la cantidad de trabajadores de la unidad de referencia; por otro, si tiene relevancia el tipo de contrato de los empleados de la empresa; para seguir con el momento de realizar el cómputo y qué ocurre si hay variación del número de empleados y, para terminar, con un asunto importante como es el carácter mínimo del cómputo legal, mejorable por vía de negociación colectiva, que también trataremos en el apartado siguiente de las sentencias más novedosas.

En relación a la cantidad de trabajadores, la duda surge por la contradicción existente entre los puntos 1 y 2 del artículo 10 LOLS. Como antes se apuntó, para poder designar un delegado sindical la empresa, o el centro de trabajo, deben ocupar "a más de 250 trabajadores" (art. 10.1 LOLS). Ahora bien, como la escala del art. 10.2 LOLS comienza señalando "de 250 a 750 trabajadores", ¿cuál es el número de trabajadores exigido para poder designar delegado sindical? ¿250 ó 251? Tal como se ha

22 Entre ellas, SSTS de 12/07/2016 (número 649/2016); 25/01/2018 (número 61/2018); 08/02/2018 (recurso 274/2016) y la más reciente 04/03/2020 (recurso 200/2020).

23 Esteban Legarreta, R., *El ámbito de las representaciones sindicales*, citado, pág. 69.

indicado,[24] la jurisprudencia que ha revisado este asunto no es clara admitiendo en unas ocasiones 250 trabajadores (STS de 11 de abril de 2001, número Aranzadi 4.911) y en otras exigiendo 251 (SSTS de 27 de enero de 1990, número Aranzadi 206; y de 14 de diciembre de 1990, número Aranzadi 9.790). Recientemente, aun siguiendo sin despejar la duda ni entrar en la cuestión, las SSTS 25/01/2018 (recurso 30/2017) y 11/12/2019 (número 856/2019) parecen decantarse por la cifra de 250 trabajadores de la empresa para la atribución del primer delegado.

Por lo que respecta a qué trabajadores deben computarse para alcanzar el umbral del cuarto de millar de empleados que da derecho a designar un delegado sindical, la norma es clara al indicar que deben contabilizarse todos "cualquiera que sea la clase de su contrato" (art. 10.1 LOLS). Por ello, se contabilizará todo el personal, tenga contrato indefinido o temporal, incluidos los contratos formativos y esté contratado a tiempo completo o parcial.[25]

Muy unido a lo anterior se encuentra el momento en el cual hay que realizar el recuento de trabajadores, si es preciso mantener el umbral requerido de forma permanente y qué incidencia puede tener una variación, a la baja, del número de empleados. Para afrontar estas cuestiones lo cierto es que la ley no contempla una regulación al respecto, de ahí que los tribunales hayan mantenido diversas soluciones.[26] En la actualidad la posición del Tribunal Supremo es que el cómputo se realice en el momento de la designación por la sección sindical, siempre que se mantenga el número exigido permanentemente, ya que las variaciones de plantilla afectarían a la existencia y al número de los delegados sindicales (STS de 11 de abril de 2001, recurso 1.672/2000, FJ 4), pudiendo perder el delegado sindical su condición cuando la plantilla disminuya significativamente y se consolide en el tiempo esta reducción (SSTS de 3 de noviembre de 2008, recurso 4.359/2007 y de 23 de septiembre de 2015, recurso 253/2014).[27] La clave jurídica se encuentra en que "los derechos, facultades y garantías 'ex' art. 10.3 LOLS son creación de la Ley y deben ser necesariamente ejercitados en el marco de su regulación legal, pudiendo la empresa controlar los presupuestos 'ex' art. 10.3 LOLS en orden a la asunción de las cargas y costes que le suponen las correlativas ventajas y prerrogativas de determinados delegados sindicales y de incumplirse los presupuestos legalmente exigidos puede denegar el reconocimiento" (STS 11/04/2001, recurso 1.672/2000, FJ 4).

En fin, sólo resta dejar constancia que la regulación legal es imperativa relativa, en cuanto puede ser mejorada vía negociación colectiva (art. 10.2 LOLS) al indicar que la escala de delegados sindicales "se podrá ampliar" por pacto acuerdo o pacto colectivo, una cuestión que ha sido tratada en diversas sentencias recientes como veremos en el punto siguiente.

---

24 Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, citado, pág. 157.

25 Como resalta Preciado Domènech, C.H., *Secciones sindicales y delegados sindicales*, citado, págs. 38-39, no ha de hacerse el cómputo conforme al artículo 72 ET, analizando la doctrina judicial de suplicación en la que ha habido cierta ambivalencia al respecto.

26 Pueden consultarse en Preciado Domènech, C.H., *Secciones sindicales y delegados sindicales*, citado, págs. 36-37; también, Palomo Vélez, R.I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, citado, págs. 262-263.

27 Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, citado, pág. 157.

3.2.4. La presencia en los órganos de representación unitaria

Sobre este requisito, la cuestión planteada es si el sindicato de la sección sindical debe tener presencia en todos, en la mayoría o en algún centro de trabajo en los que se hayan constituido órganos de representación unitaria. El Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina (STS 25/01/2018, recurso 30/2017, FJ 3):

Desde la STS de 18/07/2014, la sección sindical es libre para organizar su estructura bien a nivel de empresa en su conjunto, bien de centros de trabajo autónomos, bien de centros de trabajo agrupados en términos paralelos a los establecidos para la constitución de comités de empresa conjuntos.

La literalidad del artículo 10.1 LOLS "no indica que deba tenerse representación en todos los órganos representativos (o en todos los centros de trabajo). Tampoco cuantifica la intensidad o proporción de representantes exigidos, lo que invita a pensar que (ubi lex non distinguet...) es válida cualquiera que sea".

"Razones de coherencia inducen a concluir que el ámbito donde se mide la audiencia electoral ha de ser el mismo que el tomado en cuenta para determinar el tamaño de la plantilla: el centro de trabajo, la agrupación de ellos o la totalidad de la empresa. Carecería de sentido que el tamaño de la plantilla se evaluase a un nivel (el de toda la empresa), que el número de votos obtenidos se midiese en ese mismo espacio y que, sin embargo, la presencia en órganos de representación unitaria exigiera observar otro ámbito (cada uno de los centros de trabajo)".[28]

Entiende, además, que esta interpretación es la más favorable al ejercicio del derecho fundamental.[29]

Tal doctrina ha sido mantenida por las SSTS 08/02/2018 (recurso 274/2016), 14/02/2020 (número 145/2020), 23/03/2021 (número 337/2021) y también por la muy reciente de 09/02/2022 (número 134/2022).[30]

Por consiguiente, para poder nombrar un delegado sindical, además de cumplir la empresa o el centro de trabajo con el número de trabajadores analizado en el apartado anterior, la sección sindical debe tener al menos un miembro de alguno de los comités de empresa o delegados de personal que pueda existir en la empresa en las últimas elecciones que se hubieran celebrado en la empresa. Para ello, como es sabido [art. 71.2.b) ET], para tener derecho a un representante de los

28 STS 25/01/2018, recurso 30/2017, FJ 3.

29 Y ello aunque sea contenido adicional del derecho de libertad sindical. Con esta posición, el TS parece superar la posición de la STC 188/1995. Al respecto, vid. Nieto Rojas, P., "El centro de trabajo como ámbito de actuación de los delegados sindicales. Injerencia legal en la autonomía sindical", *Dereito*, volumen 24, número 2, págs. 135-141, accesible en: http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2814.

30 En la STS 09/02/2022 (número 134/2022), la empresa deniega el derecho a un tercer delegado sindical porque el sindicato, aunque tiene presencia en diversos centros de trabajo, sólo tiene representación en la unidad organizativa de contact center que tiene menos de 2.000 trabajadores y aplicando la escala del artículo 10.2 de la LOLS entiende que no debe tener derecho al mismo. El TS da la razón al sindicato porque la empresa en su conjunto sí tiene más de esa cifra de empleados, se trata de sección sindical de empresa y cumple con el requisito de la presencia en algún comité de empresa.

trabajadores hay que tener, como mínimo, un 5% de los votos por cada colegio. Este requisito es ineludible, no pudiendo ser suplido por la mayor representatividad del sindicato a nivel nacional o de Comunidad Autónoma.[31]

Resumiendo la posición mantenida por la Sala Cuarta desde la sentencia de julio de 2014, podemos concluir que la esencia de su razonamiento es el siguiente: 1) el derecho de autoorganización sindical comprende tanto la constitución de la sección como la unidad de elección de delegados sindicales, y en ambos casos la opción entre nivel de empresa o de centro de trabajo; 2) la elección del ámbito de constitución de la sección no está condicionada a la estructura de los órganos de representación unitaria; de ahí que no sea precisa la existencia de un comité conjunto para que pueda elegirse sección a nivel de empresa; 3) sin perjuicio de la facultad de elección que corresponde a la sección sindical, la regla general para la designación de delegados sindicales, conforme a lo dispuesto en el art.10.1 LOLS, es que la unidad de referencia será la empresa cuando ésta tenga más de 250 trabajadores; 4) el requisito del número de trabajadores estará en función de la unidad de referencia escogida por los trabajadores afiliados y, por tanto, no es preciso que los centros de trabajo tengan más de 250 trabajadores si la empresa en su conjunto cuenta con ese número de empleados y ha optado por el ámbito espacial de empresa; 5) el requerimiento de tener presencia en los órganos de representación unitaria se ha interpretado flexiblemente, de modo que no es obligada en todos o en la mayoría, siendo suficiente con que se tenga, al menos, un miembro de comité de empresa o delegado de personal.

Como se ha indicado, la lógica que impulsa esta exégesis, según reconoce el propio Tribunal Supremo, es que en las empresas españolas hay muy pocos centros de trabajo con más de 250 trabajadores, "de modo que una interpretación vinculada a nivel de centro de trabajo mantendría a los Delegados Sindicales en la marginalidad. Pesa, pues, la interpretación que va a permitir el mayor despliegue de efectos de la representación sindical".[32]

4. CASOS RECIENTES SOLVENTADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Pudiera parecer que tras su sentencia de 2014 se habían zanjado las dudas hermenéuticas sobre la representación sindical en la empresa. Pero lo cierto es que en los últimos tres años ha habido, al menos, casi una decena de resoluciones que se centran en dos asuntos de cierta envergadura, a saber: por una parte, el juego del convenio colectivo en este campo; por otro, la posibilidad de establecer delegados sindicales en unidades de referencia intermedias entre la empresa y el centro de trabajo (agrupación de centros de trabajo), bien a nivel provincial —dado que existe representación

31 Al respecto, Palomo Vélez, R.I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, citado, pág. 265, con cita de Carmen Sáez Lara.

32 Esteban Legarreta, R., *El ámbito de las representaciones sindicales*, citado, pág. 66.

unitaria en este ámbito-, bien a nivel de Comunidad Autónoma, en caso de sindicatos más representativos en este perímetro. Además, hay una resolución que trata la posibilidad de acumular secciones sindicales de empresa y de centro de trabajo. Veamos, siquiera sea sucintamente, cada una de estas cuestiones.

4.1. Sobre el juego del convenio del colectivo en la representación sindical en la empresa

Como vimos en el apartado anterior, la regulación de los delegados sindicales, por habilitación del artículo 10.2 LOLS, permite la entrada de la negociación colectiva para ampliar el número de delegados que puede tener una sección sindical. Como veremos en la última parte de este trabajo, tal mejora puede darse bien reduciendo el umbral de trabajadores requerido para poder designar esta representación, bien aumentando el número de delegados sindicales que puede nombrar una sección de un sindicato en la empresa. Ahora lo que nos interesa es conocer las reglas que ha establecido el Tribunal Supremo en relación con la interconexión entre el convenio colectivo y la regulación legal de los delegados sindicales.

Desde muy pronto (STS 18/05/1992, recurso 1.359/1991), el TS hubo de enfrentarse a esta cuestión. En esta ocasión avala la redacción de un convenio colectivo del sector de hostelería que permitía la designación de delegados en aquellos centros de trabajo en que la central sindical correspondiente tuviera un índice de afiliación de al menos el diez por ciento.

Pocos años después, en 20/07/2000 (número 1.000/2000), consideró que la sección sindical no tenía derecho a nombrar delegado sindical; solución coherente con la "fase interpretativa" en la que exigía que el número de trabajadores debía referirse al centro de trabajo y no al conjunto de la empresa. De modo que, resultando en el caso aquéllos no contaban con el mínimo de empleados requerido, ni siquiera con el número menor exigido convencionalmente, no aceptó la pretensión sindical. Misma solución posterior en la STS 26/10/2007 (número 42/2007), que atiende los argumentos de la empresa porque el número de trabajadores exigido por el convenio colectivo hacía referencia a cada centro de trabajo y no al conjunto de la empresa.

Tras la STS de 18/07/2014 (recurso 91/2013), exponente del cambio de interpretación, cabe reseñar que al menos en seis ocasiones ha vuelto a enfrentarse a esta cuestión.

En un par de ocasiones, SSTS 24/10/2017 (recurso 100/2016) y 11/12/2019 (recurso 161/2018), ha revisado el convenio colectivo sectorial estatal de empresas de seguridad, que rebaja a 150 el número de trabajadores exigido para poder nombrar delegado sindical. Partiendo de que el convenio mejora claramente la regulación legal, la cuestión debatida en la resolución de 2017 se centra en determinar si la norma convencional puede establecer que esa mejora cuantitativa se pueda obtener solo en uno de los ámbitos de la sección sindical, es decir, en una de las unidades de referencia del cómputo de trabajadores (a nivel de empresa) y no en la otra posible (centro de trabajo). Esto es, si para poder designar delegados con el menor número establecido en el convenio sólo es posible, como pretende la empresa, a nivel de empresa y no de centro de trabajo. Las secciones sindicales a nivel de centro se regirían por la normativa legal que estipula, como sabemos, el número de 250 empleados para poder designar delegado sindical.

La respuesta (FJ 4º de la STS de 24/10/2017) es que la interpretación correcta y razonable debe ir más allá de la literalidad del convenio colectivo (que habla de trabajadores a nivel de empresa o grupo) y, con base en el criterio sistemático en relación con la regulación legal, debe concluirse que la mejora del convenio ha de aplicarse preservando la elección del ámbito de actuación por la sección sindical y, por ello, la unidad de referencia a estos efectos. Entiende la Sala Cuarta, con un voto particular, que no sería lógico que en una misma organización dentro de este sector hubiera secciones sindicales de empresa a las que se exigiría unos requisitos y otras secciones sindicales de centro de trabajo con exigencias diferentes.

Un caso muy parecido, aunque referido a otra norma convencional, es el enjuiciado en la STS 14/05/2020 (recurso 151/2018). En ella, la mejora del convenio colectivo impone el ámbito del centro de trabajo y restringe la sección sindical de empresa. La tesis de la empresa es que tal limitación se encuentra compensada rebajando el número de trabajadores que legalmente se fija para poder designar delegado sindical. El Tribunal Supremo (FJ 2) da como respuesta que "[s]i los negociadores no han pretendido establecer una mejora de la previsión legal (...) lo que no puede hacer es disminuir los derechos derivados del art. 10 de la LOLS que es lo que, en definitiva se obtiene de seguir el criterio de la parte recurrente". Y continúa indicando, de forma taxativa, "[e]s más, se ha entendido que la regulación convencional que limita el ámbito de constitución de las secciones sindicales al centro de trabajo vulnera el derecho reconocido en el art. 10 de la LOLS cuando esta previsión legal tiene el alcance jurisprudencial que hemos expuesto, de forma que cualquier límite que se quiere imponer respecto de la previsión legal sería rechazable si, como parece sostener la parte recurrente, se quiere interpretar la previsión convencional como situación excluyente de otras unidades de composición que, distintas a las allí pactadas, estén dentro de las establecidas por el legislador".

La segunda sentencia que analiza el convenio estatal de empresas de seguridad es la STS de 11/12/2019 (recurso 161/2018) en la que el problema planteado es diferente. La empresa quiere exigir que el porcentaje del 10 % en las elecciones de representantes de trabajadores sea calculado a nivel de toda la empresa. En el caso de autos, el sindicato sólo cumple ese requisito en un centro de trabajo y, aunque no se conoce el dato en el conjunto de la entidad, todo indica que no lo debe cumplir en este último nivel. El Tribunal (FJ 4º) rechaza la posición empresarial utilizando, en primer término, una interpretación literal tanto del artículo 10 LOLS como del precepto del convenio colectivo ya que ambos hacen referencia "al resultado de cada uno de los centros de trabajo en los que se constituye el comité de empresa, estableciendo de esta forma el parámetro de representatividad que da derecho a la designación de un delegado sindicales". Pero, además, para consolidar su posición, la Sala incorpora el criterio sistemático para interpretar la norma convencional, ya que ésta en su penúltimo párrafo reconoce el derecho a un superior crédito horario a las centrales sindicales con un determinado número de representantes "que hayan sido obtenidos por cada una de aquellas al nivel nacional, en la empresa o Grupo", especificando en este caso que el reconocimiento de estos derechos de actuación sindical por encima de los mínimos legales queda supeditado a la representatividad conseguida a nivel nacional en la totalidad de la empresa. En definitiva, el TS se aleja de la posición empresarial porque su interpretación podría acarrear que una sección sindical con un resultado a nivel de empresa mayor del 10 % podría elegir delegado sindical en cada centro de trabajo que tuviera 150 trabajadores, aunque en un

concreto centro su resultado hubiera sido muy bajo o menor al 10 % votos, porcentaje que se requiere con la interpretación que entiende tal requisito aplicable al centro de trabajo.

En la STS 28/01/2020 (número 65/2020) se analiza un supuesto relativo al convenio colectivo de la empresa pública Correos en el que regula el crédito horario para el desarrollo de la acción sindical refiriéndolo a los delegados sindicales en cada centro de trabajo de más de 250 trabajadores. Por lo tanto, la norma convencional está limitando el ámbito de constitución de las secciones sindicales, y subsiguiente nombramiento de los delegados sindicales, al centro de trabajo, siempre que tenga más de 250 trabajadores, a diferencia de la regulación legal, que se refiere a la empresa o, en su caso, al centro de trabajo. Por ello, concluye en su FJ 3 que "[e]s indudable que la regulación convencional vulnera lo dispuesto en el artículo 10.1 de la LOLS, ya que la misma limita el ámbito de constitución de las secciones sindicales al centro de trabajo, en el sentido anteriormente consignado, en tanto la LOLS se refiere a la empresa y, en su caso, al centro de trabajo, por lo que, teniendo en cuenta que la regulación convencional es menos favorable que la contenida en la regulación legal, procede la aplicación de lo dispuesto en el citado precepto de la LO en lugar de lo dispuesto en el [convenio colectivo]". Para apoyar su tesis, la Sala Cuarta aduce la obligación del convenio colectivo de "respetar y someterse no sólo a la ley, sino más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario", mantenida por el Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos.

En la STS 29/09/2020 (número 810/2020) se plantea la discriminación de sindicatos minoritarios. En efecto, un sindicato impugna el convenio colectivo de contratas ferroviarias porque el precepto convencional relativo al régimen de los delegados sindicales lo vincula a centros de trabajo a nivel provincial de más de 20 trabajadores, estableciendo tres requisitos para la central sindical: a) que cuente con más del 15 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiere este convenio; b) que cuente con más del 25% de los miembros de comité de empresa o delegados de personal a nivel provincial en la provincia que se nombre el delegado sindical y c) que cuente a su vez en el centro de trabajo con más del 25 por ciento de afiliación.

Para el TS (FJ 3) esta regulación es "una ostensible mejora del régimen legal" y concluye que "[l]a exigencia de un 25 % de representantes unitarios a nivel provincial, y de ese mismo porcentaje de afiliación en el centro de trabajo, afecta por igual a todos los sindicatos, no parece en absoluto desproporcionado, y lo que es más importante, no hay datos que apunten a la existencia de una posible intencionalidad de atentar contra la libertad sindical de las demás organizaciones sindicales".

Finalizamos con la STS 10/03/2021 (número 294/2021), que resuelve un caso en el que se plantea si, para determinar el número de delegados sindicales adicionales previstos en el convenio colectivo de una empresa, se deben tener en cuenta todos los representantes unitarios o electivos de los trabajadores elegidos en la empresa (sean miembros de comités de empresa o sean delegados de personal) o solo los miembros de los comités de empresa y no los tres delegados de personal existentes en la organización. El Tribunal (FJ 6) utiliza una interpretación literal de la norma como "argumento más importante" para incluir en el cómputo a los tres delegados de personal. Además, refuerza su razonamiento "con las previsiones del artículo 63.3 ET sobre el comité intercentros y con el cambio que el convenio colectivo empresarial vigente supuso respecto del anterior".

Podríamos concluir este apartado con las ideas claves que recorren todas las resoluciones analizadas en cuanto a la regulación convencional de los delegados sindicales. A saber: 1) el convenio es norma de ampliación o mejora de la norma legal, artículo 10 LOLS; 2) la norma convencional no puede limitar la facultad que tiene la sección sindical para organizarse a nivel de empresa o de centro de trabajo y 3) la negociación colectiva sí podría imponer requerimientos adicionales al sindicato si establece una clara mejora de la regulación legal y siempre que las exigencias no sean en modo alguno desproporcionadas, irrazonables o injustificadas ni haya elementos de juicio que permitan considerar que a través de este sistema se pretenda perjudicar a un determinado sindicato o limitar la actuación sindical de los más minoritarios.

4.2. Acerca de la posibilidad de establecer delegados sindicales en unidades de referencia intermedias (agrupación de centros de trabajo), provincial o de Comunidad Autónoma

No es esta cuestión una novedad reciente pues ya la STS 21/06/2016 (número 3.619/2016), reiterada por la de 24/10/2017 (recurso 100/2016), tuvo que enjuiciar un supuesto en el que se debatía si el artículo 10 LOLS permite organizar una sección sindical no sólo en el ámbito de la empresa o de un centro de trabajo, sino en el propiciado por la agrupación de varios centros de trabajo, de modo paralelo a la estructura de la representación unitaria de los trabajadores.

En la sentencia de 2016, FJ 2, el tribunal concluye que "el sindicato (...) puede organizar libremente la estructura representativa que desea implantar en [la empresa]: a nivel de centros de trabajo o de la empresa en su conjunto. Teniendo en cuenta que la representación unitaria de los trabajadores se ha organizado en cinco niveles (cuatro provincias y los servicios centrales) es claro que también puede replicar esa ordenación en su organigrama interno y contar con otras tantas secciones. En la medida en que cada una de esas agrupaciones de centros de trabajo alcanza las 250 personas de plantilla también procede la designación de delegados sindicales con arreglo a la escalilla numérica que la propia LOLS alberga". Y continúa afirmando que "cuando el artículo 10.1 LOLS alude a los "centros de trabajo" debe entenderse que incluye la posibilidad de tomar en consideración los mismos individualmente considerados pero también varios de ellos, de modo agrupado; al menos cuando esa agrupación se lleva a cabo por razones objetivas y sin comportar abuso de derecho o consecuencias contrarias a los intereses económicos y sociales de los trabajadores cuya defensa viene encomendada al sindicato (art. 7º CE)".

Teniendo en cuenta esos precedentes, la Sala Cuarta, ha vuelto sobre esta cuestión en tres ocasiones recientes, SSTS 28/01/2020 (número 65/2020), 14/02/2020 (número 145/2020) y 23/03/2021 (número 337/2021).

En la primera de estas sentencias (STS de 28 de enero de 2020, número 65/2020), ya vista en el presente trabajo en el apartado anterior sobre el papel del convenio colectivo, la discusión se centraba en la unidad de medida para poder designar delegado sindical, si el centro de trabajo o la provincia. Aplicando la doctrina de su sentencia de 21/06/2016 considera conforme a la legislación la posibilidad pretendida por el sindicato de organizar la sección sindical en el ámbito de la provincia,

concentrando los centros de trabajo que hubiere en esa circunscripción "en términos paralelos a los establecidos para la constitución de comités de empresa conjuntos". Dado que "[e]sa agrupación se ha llevado a cabo por razones objetivas y sin que suponga abuso de derecho o consecuencias contrarias a los intereses económicos y sociales de los trabajadores, cuya defensa viene encomendada al Sindicato en virtud de lo establecido en el art. 7 de la Constitución, ya que la representación unitaria se ha realizado atendiendo a la circunscripción provincial".

En la STS de 14/02/2020 (número 145/2020) introduce un matiz porque la empresa se oponía a la decisión sindical alegando que la agrupación de varios centros de trabajo debe acoger la misma estructura que la que se hubiera utilizado para los representantes unitarios; y, como quiera que en la provincia en cuestión aquella representación no se organiza de manera conjunta, no es admisible lo que pretende el sindicato demandante. Se asume el argumento de la organización sindical, de modo que, F.J.7°, la libertad del sindicato de organizar la sección sindical no está "mediatizada por la estructura que haya adoptado la configuración de los Comités de empresa". Lo que quiere indicar que el Sindicato puede tomar como referencia a tales fines la composición a la que se haya acudido para configurar la representación unitaria "pero no que una y otra deban ser iguales en su configuración". Y expresa un límite para las agrupaciones de centros de trabajo, a saber, que "se constate que con ellas se está conculcando derechos de los trabajadores o vengan a ser un manifiesto abuso de derecho". Sin que pueda considerarse como tal, extralimitación o arbitrariedad, cuando el sindicato acredite "que con tal criterio de agrupación puede obtener la constitución de la Sección Sindical al alcanzar los requisitos legalmente establecidos".

Concluimos este apartado con la reciente STS 23/03/2021 (número 337/2021), que enjuicia la decisión de un sindicato, más representativo a nivel de una Comunidad Autónoma, que dispone constituir una sección sindical en dicha circunscripción en una empresa con centros de trabajo en ese ámbito territorial y nombrar delegado sindical, con los derechos y en los términos del art. 10.3 LOLS, a través de la agrupación de los tres centros de trabajo que tiene la empresa en la Comunidad Autónoma, ninguno de los cuales alcanza la suma de 250 trabajadores pero que en su conjunto superan ampliamente esa cifra. La Sala Cuarta reitera la doctrina de su STS de 14/02/2020 para concluir que "[d]e lo que en definitiva se trata es de que la agrupación de centros de trabajo no resulte artificiosa, abusiva y fraudulenta, con la única finalidad de alcanzar la cifra de 250 trabajadores para acceder a los derechos que reconoce al delegado sindical el art. 10.3 LOLS".

En todo caso, expone que deben existir "razones objetivas que legitimen la agrupación de centros de trabajo, para evitar la torticera utilización de esta posibilidad con el recurso a agrupaciones de centros de trabajo carentes de cualquier punto de conexión razonable que justifique la existencia de una sección sindical con este ámbito funcional". Y mantiene que tales razones objetivas "sin duda concurren en el caso de autos" porque se trata de un sindicato que "tiene reconocida la condición de más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. Esta situación justifica y legitima la constitución de una sección sindical de la empresa en ese ámbito territorial. Es una circunstancia que constituye una razón objetiva para su creación, que no comporta abuso de derecho, ni supone la artificiosa agrupación de centros de trabajo con la única y exclusiva finalidad de alcanzar de manera fraudulenta aquel número de trabajadores".

Como se observa, en las sucesivas sentencias hay una doctrina que puede sintetizarse indicando que 1) el sindicato tiene libertad para organizar la sección sindical bien a nivel de empresa, de centro de trabajo o de una agrupación de éstos, con el único límite de que la concentración de centros no resulte artificiosa, abusiva y fraudulenta, con la única finalidad de alcanzar la cifra de 250 trabajadores para acceder a los derechos que reconoce al delegado sindical la LOLS; 2) se ha entendido que hay razones objetivas que justifican la agrupación si hay comité de empresa conjunto en ese mismo ámbito, si el sindicato es más representativo a nivel de Comunidad Autónoma y se pretende designar delegado sindical en dicha Comunidad o, si se decide unir todos los centros de trabajo de una provincia; y 3) no existe obligación de vincular la organización sindical a la estructura de la representación unitaria.

4.3. En torno a la posibilidad de acumular sección sindical de empresa y de centro de trabajo

Junto a las sentencias sobre el papel del convenio colectivo en la designación de los delegados sindicales y la posibilidad de establecer este tipo de representantes en unidades intermedias entre la empresa y el centro de trabajo, el Tribunal Supremo ha entrado a revisar en la STS 09/12/2020 (número 1.099/ 2020) la posibilidad de acumular secciones sindicales de empresa y sección de centro de trabajo y, más aún, si es posible que cada tipo de sección pueda nombrar un delegado sindical, el primero, en el ámbito del conjunto de la empresa, con las garantías de la LOLS, mientras que el segundo sería un mero portavoz o representante sindical al nivel de centro de trabajo, sin las garantías previstas legalmente.

Siguiendo la doctrina de su STS 28/06/2008 (recurso 18/2007), confirma esta pretensión sindical afirmando (F.J.2º) que "el sindicato es libre a la hora de configurar el ámbito espacial de su representación y lo ha hecho en el ámbito de la empresa donde tiene derecho a nombrar el delegado sindical pretendido con todos los derechos y prerrogativas que le confiere la LOLS, ya que cumple los requisitos legalmente exigidos para ello (cuestión que no se discute por las partes). Y ese nombramiento no resulta contrario al hecho de que, también en el ejercicio de su libertad sindical, pueda el Sindicato nombrar representantes de su sección en cada centro de trabajo que, obviamente, no tendrán los derechos, garantías y prerrogativas que la LOLS concede a aquéllos que se nombran con arreglo a las normas que dicha ley establece".

5. CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL RECIENTE SOBRE DELEGADOS SINDICALES

Para completar el estudio sobre la representación sindical en la empresa, consideramos de interés analizar el contenido de la negociación colectiva sectorial reciente, de ámbito provincial o superior. Para ello, hemos examinado los últimos convenios publicados desde primero de enero de 2020 has-

ta el 15 de noviembre de 2021. La revisión de los acuerdos colectivos de casi dos años, nos permite extraer algunas conclusiones.

En total son treinta y tres convenios colectivos los revisados; de ellos, sólo ocho tienen alguna indicación relevante sobre los delegados sindicales en la empresa (menos de una cuarta parte). Lo más común es regular los derechos sindicales remitiendo en este punto de los derechos y garantías de los delegados en la legislación general.

Analizando los ocho convenios con regulación específica de este tipo de representantes sindicales, son pocas las materias tratadas. En concreto, únicamente tres asuntos son regulados. El más frecuente es, sin duda, la reducción del número de trabajadores necesario que tiene que tener la empresa o centro de trabajo para poder nombrar un delegado sindical. Junto a ello, se localiza también la creación de una figura de Delegado Sindical del Sector o de Grupo y el establecimiento de una antigüedad mínima para ser designado delegado sindical. Además de estos tres contenidos, en un convenio[33] se ha establecido otras dos regulaciones específicas, una relativa a excedencias y otra por la que se rebaja el número de trabajadores necesarios para que la sección sindical pueda disfrutar de un local y, en otro,[34] se ha estipulado alguna competencia adicional para las secciones sindicales para la difusión de sus publicaciones y de reunión en los locales de la empresa, cuestiones que no desarrollamos al no estar específicamente vinculadas con el objeto de estudio.

Comenzando con el tema central de la reducción del número de trabajadores para poder designar a un delegado con las garantías establecidas en la LOLS, se encuentra en cinco convenios colectivos sectoriales, a saber:

En el convenio del sector del Comercio de flores y planta,[35] artículo 51, establece el umbral de 100 trabajadores. Habla exclusivamente de empresas, pero al hacer referencia al artículo 10 LOLS y teniendo en cuenta la jurisprudencia que hemos estudiado sobre el papel de la negociación colectiva en este tema, lo cierto es que no se podrá reducir la libertad de la sección sindical de elegir el ámbito de la misma.

Por su parte, en el de la industria química[36] se rebaja a 150 trabajadores el acceso para poder nombrar delegado sindical (art. 82); además de ello, establece una regulación especial para aquellas empresas que tienen entre 150 y 250 empleados, en cuyo caso el delegado designado tendrá exclu-

33 Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del corcho, (BOE 14/05/2020).

34 Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, (BOE 22/03/2021).

35 Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas, (BOE 03/09/2021).

36 Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química, (BOE 19/07/2021).

sivamente la disponibilidad de poder utilizar una bolsa de horas prevista en el propio convenio (art. 82, último párrafo, en coordinación con el art. 85).

Un tercer convenio que entra en esta materia es el del sector de restauración colectiva[37] quien establece el umbral de 100 trabajadores para este tipo de nombramientos pero previsto exclusivamente para las secciones de sindicatos más representativos que, además, cuenten con más de un 20% de la representación unitaria de los trabajadores (art. 59), regulación compleja que podría encerrar una discriminación para sindicatos minoritarios aplicando la doctrina antes analizada de la STS 29/09/2020 (número 810/2020).

En cuarto lugar, la norma paccionada del sector de empresas de seguridad[38] establece la cifra de 150 trabajadores para la designación de delegado sindical (art. 78). Pese a la existencia de reiterada doctrina jurisprudencial que hemos analizado en el presente trabajo que se refería a este ámbito sectorial, lo cierto es que sigue hablando exclusivamente que estas mejoras se aplican para secciones sindicales a nivel de empresa y no de centro de trabajo. No obstante, tal interpretación literal, como ha establecido el Alto Tribunal debe superarse por una hermenéutica sistemática con el artículo 10 LOLS que otorga la libertad de elección a la sección sindical entre ambas unidades de referencia.

El quinto y último pacto colectivo que regula esta materia es el del sector del corcho de ámbito nacional,[39] quien disminuye la plantilla a 200 trabajadores en la empresa o centro (art. 89. 1º).

Como se observa, la reducción del número de empleados con respecto al límite legal oscila entre 50 y 150 trabajadores y sólo una norma paccionada incorpora nuevos requisitos a la sección sindical para poderse beneficiar de esta mejora convencional, haciéndolo, además, de una forma cuestionable por ser una regulación exclusiva para los sindicatos más representativos. Asimismo, hay un convenio que entra a regular la situación en que una empresa, o centro, tuviera el número de trabajadores previsto convencionalmente (150) pero no alcanzara la cifra de 250 trabajadores requerida en la LOLS, cuestión novedosa sobre la cual no observamos ningún problema al ser una mejora de la regulación legal y no obstaculizar la capacidad decisoria de la sección sindical de elegir entre la empresa o el centro, sino que añade unas garantías reguladas en el citado convenio. En fin, en cuanto a la unidad de referencia en el que ha de computarse el umbral de trabajadores, como se ha visto, hay dos normas convencionales que sólo contemplan el perímetro empresarial. No obstante, como hemos indicado, tales regulaciones, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Supremo, deben interpretarse sistemáticamente con la norma legal y la mejora se aplicaría al ámbito que hubiera elegido la sección sindical.

37 Resolución de 26 de abril de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021, (BOE 14/05/2021).

38 Resolución de 18 de noviembre 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021, (BOE 26/11/2020).

39 Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del corcho, (BOE 14/05/2020).

El segundo asunto regulado por los convenios analizados se refiere a la posibilidad de designar un delegado sindical bien de sector,[40] bien de grupo empresarial, bien intercentros.[41] La primera de ellas, prevista para el sector de las industrias de pastas alimenticias, se prevé exclusivamente para los dos sindicatos mayoritarios del sector (art. 49). Por su parte, en el convenio de la industria química, se crea la opción de poder designar un único delegado interempresa (nivel de grupo) o intercentros (nivel de empresa) exclusivamente para los sindicatos firmantes del Convenio que tienen, además, la condición de más representativos. Estas figuras se prevén para empresas (o grupos) de más de 100 trabajadores (art. 83). Se entiende que es un representante extra, que se añade a la escala legalmente establecida. Ahora bien, en ambos casos se trata de una regulación compleja al poder entrever una discriminación para los sindicatos minoritarios al limitar sin justificación sólida sus prerrogativas y, con ello, su capacidad de actuación, aplicando la doctrina antes analizada de la STS 29/09/2020 (número 810/2020).

En fin, en tercer término, el pacto colectivo del sector de ocio educativo y animación sociocultural[42] establece la necesidad de una antigüedad mínima de tres meses para ser delegado sindical (art. 83), regulación conflictiva al requerir un requisito no planteado en la ley y sobre el que no parece tener competencia la negociación colectiva.

Realizando una valoración global del análisis de la negociación colectiva efectuada, lo cierto es que es escasa y de poca enjundia. Muy pocos pactos reducen el número de empleados que se exige para nombrar delegados sindicales, sólo uno de ellos atesora una regulación novedosa otorgando algún derecho específico cuando la empresa o centro supere el umbral establecido por el convenio pero no llegue al límite legal de los 250 trabajadores y, en fin, hay algunas prerrogativas previstas para los sindicatos más representativos que, si no se justifican adecuadamente, suponen una limitación de la acción del resto de organizaciones sindicales con menor representatividad y, por ello, su regulación es cuestionable. Para culminar, poniendo en relación la interpretación jurisprudencial del espacio permitido al juego del convenio colectivo en relación a este tipo de representantes sindicales, es evidente que se ha reducido la posibilidad de ser un instrumento que pueda limitar la capacidad decisoria de la sección sindical de elegir su ámbito de actuación y el nombramiento en dicho nivel de un delegado sindical. Como antes se indicó, el Tribunal Supremo sólo ha permitido esa posibilidad si el convenio establece una clara mejora de la regulación legal y, a cambio, establece algunas exigencias suplementarias a la organización sindical que, en todo caso, no sean en modo alguno desproporcionadas, irrazonables o injustificadas, ni haya elementos de juicio que permitan considerar que a través de este sistema se pretenda perjudicar a un deter-

40 Resolución de 26 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimentarias, (BOE 12/04/2021), artículo 49.

41 Las dos últimas posibilidades están incluidas en el Convenio colectivo de la industria química, antes citado, artículo 83.

42 Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, (BOE 22/03/2021).

minado sindicato o limitar la actuación sindical de los más minoritarios. Ello ha llevado, sin duda, a que su utilización en la práctica sea absolutamente residual.

6. REFLEXIONES FINALES

Para terminar nuestro análisis sobre algunas cuestiones sobre las reglas de interpretación para la designación de delegados sindicales en la empresa, en primer término, remarcaremos que son varios los criterios flexibles que ha acogido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así ha ocurrido cuando se ha extendido el derecho de autoorganización sindical al nombramiento de este tipo de representantes sindicales; también cuando se ha mantenido que no se debe vincular la estructura de la representación unitaria a la que puedan elegir las secciones sindicales; por supuesto, en el momento de exigir no tener presencia más que en un centro de trabajo en los órganos de representación unitaria o cuando se ha propugnado un papel muy limitado del convenio colectivo en este ámbito; y, en fin, el mismo criterio flexibilizador se ha seguido en relación con la posibilidad de designar delegados sindicales en secciones sindicales a nivel intermedio entre la empresa y el centro de trabajo. Ello ha motivado, desde nuestro punto de vista, una cierta —y criticable— inseguridad jurídica como lo demuestran los últimos pronunciamientos judiciales, muy casuísticos, que nos dan pie a realizar las dos siguientes reflexiones conclusivas.

Por un lado, desde nuestro punto de vista, dado que el nombramiento de delegados sindicales forma parte del contenido adicional de la libertad sindical que, como es sabido y antes se indicó, es de configuración legal o convencional, entendemos que las dudas interpretativas que puedan surgir deben solventarse, de manera prioritaria, siguiendo la lógica de la norma (legal o paccionada) que la haya creado. Si ello es así, dado que en la LOLS se ha establecido una regulación que configura una "estrecha conexión institucional"[43] entre las dos formas de participación y representación de los trabajadores en la empresa (sindical y unitaria), no entendemos que en este punto la hermenéutica seguida por el Tribunal Supremo haya eliminado prácticamente toda vinculación entre ambos canales de participación de los trabajadores en la empresa. Es cierto que la escueta regulación legal no ayuda en muchas ocasiones a aclarar ciertas cuestiones, pero no lo es menos que la relación que ha querido la norma entre comités de empresa y delegados sindicales es evidente. Este canon interpretativo que proponemos no llevaría a una ruptura total con la actual doctrina jurisprudencial, pero sí a poder repensar algunas situaciones que se dan en la práctica. Estamos pensando, sobre todo, en aquellas en las que se utiliza el criterio espacial de la empresa para lograr el número de trabajadores mínimo requerido para poder designar delegado sindical y luego se elige el ámbito de presencia mínimo en uno de los centros de trabajo (aunque en este centro tenga una "nutrida" representa-

43 Palomeque López, M.C., *Derecho Sindical*, citado, pág. 267. En el mismo sentido, Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, citado, págs. 346-347.

ción) para cumplir con el requisito de la presencia en órganos de representación unitaria.[44] En estos casos, podría ser lógico que si se quiere tener una figura institucional que trascienda el ámbito de un centro de trabajo, se pudiera requerir una presencia al menos en dos comités de empresa. También entendemos que se podrían reconsiderar los supuestos de designación de delegado sindical en agrupaciones de centros de trabajo sin ninguna conexión con la estructura de comités de empresa establecida en la empresa, salvo que quien lo lleve a cabo sea sindicato más representativo en el ámbito de Comunidad Autónoma y cuente con miembros en alguno/s de los comités de empresa en dicho ámbito territorial.

En este sentido, la afirmación relativa a que se puede acudir a la organización establecida por centros de trabajo agrupados en términos paralelos a los establecidos para la constitución de comité de empresa conjunto, pero sin que quepa apreciar imposición alguna entre el ámbito de actuación de la sección sindical y de la representación unitaria de los centros de trabajo agrupados, debería ser reconsiderada. Porque si bien es cierto que se impone por el TS la "justificación de que no haya un fundamento torticero" en la agrupación, el criterio es flexible y amplio de modo que puede desembocar en una apertura ilimitada, tanto más cuanto que, no solo queda condicionado a su análisis en el caso concreto (tal y como llevó a cabo la STS de 23 de marzo de 2021, en torno a la naturaleza de sindicato más representativo autonómico cuando la sección se constituye a ese nivel);[45] o que efectivamente se dé la circunstancia de que haya una estructura preexistente de representación unitaria por la que se haya acogido la constitución de una sección sindical con ese mismo ámbito de afectación. Sino que, bien diferente, al sindicato le basta con acreditar que con tal criterio de agrupación puede obtener no solo la constitución de la sección sindical al alcanzar los requisitos legalmente establecidos (STS 14 de febrero 2020),[46] sino que incida en la caracterización

44 Por ejemplo, es muy gráfico el supuesto de hecho de la STS 04/03/2020 (número 200/2020) en la cual la demandada FNAC cuenta con 1.848 trabajadores, distribuidos en centros de trabajo de menos de 250 empleados, y el sindicato demandante COBAS tiene una presencia de cinco miembros sobre un total de nueve, en el comité de empresa del centro de Callao, en el que prestan servicios 204 trabajadores y sin presencia en ningún otro comité, ni tampoco el comité Intercentros. Por tanto, de 91 representantes de los trabajadores, el sindicato demandante sólo tiene 5 en un único centro de trabajo.

45 Recordemos el supuesto de hecho de la STS 23/03/2021 (recurso 133/2019): la empresa, AENA, tiene tres centros de trabajo en la Comunidad Gallega, en Coruña, Santiago y Vigo. El aeropuerto de Santiago con 136 trabajadores, el de Coruña con 88 y el de Vigo con 85 trabajadores. El sindicato CIG tiene la consideración de más representativo a nivel de esa Comunidad Autónoma. Cuenta con representación unitaria en Santiago (2 de 9 representantes) y en Vigo (1 de 5 miembros del comité de empresa). No cuenta con representación en Coruña donde no presentó candidatura en las últimas elecciones sindicales.

46 En el caso enjuiciado por la STS 14/02/2020 (número 145/2020), los hechos probados en la sentencia son los siguientes: el sindicato demandante CIG es un sindicato de ámbito gallego. La demandada Pescanova España, S.L.U., tiene abiertos los siguientes centros de trabajo en territorio gallego, contando con el siguiente censo de personal: 1) Industria Arteixo" con 148 trabajadores/as; 2) "Comercio eBakc Office Chapela" con 73 trabajadores/as; 3) "Frio Chapela" con 40 trabajadores/as; 4) "Frio Porriño" con 10 trabajadores/as; 5) "Industria Chapela " con 40 trabajadores/as; 6) "Industria Porriño" con 165 trabajadores/as. Los centros agrupados ocupan un total de 678 trabajadores.
La central sindical CIG tiene afiliación en todos los centros de trabajo de PESCANOVA ESPAÑA S.L.U., en el territorio gallego y cuenta con representantes electos en los siguientes órganos de representación unitaria: 1) " Industria Arteixo", 3 representantes de los 9 miembros del comité de empresa; 2) "Industria Chapela", 2 representantes de 9 miembros; 3) "Industria Porriño", 3 miembros de los 9 del comité de empresa.
En la empresa no existe comité intercentros o conjunto a nivel de la Comunidad Gallega.

del/de los delegados que designe como "ex lege" con las prerrogativas y facultades que establece la ley, en particular, el crédito horario.

Por otra parte, alguna reflexión entendemos que sería conveniente realizar en relación al papel que la interpretación del Tribunal Supremo ha otorgado al convenio colectivo. Si éste sólo puede "ampliar" la escala de delegados sindicales establecida en el art. 10.2 LOLS, incrementando su número, el protagonismo seguirá siendo muy reducido tal y como hemos constatado en esta investigación, a salvo de regulaciones convencionales como la que hemos estudiado que otorguen unas garantías ad hoc cuando se supera un umbral mínimo de trabajadores establecido en la norma paccionada pero no se alcanzan los 250 trabajadores exigidos legalmente, que entendemos que podría extenderse en otros convenios. Por el contrario, si la llamada que permite la ley al convenio es para ampliar su número, pero permitiendo la lógica de toda negociación, con cesiones por ambas partes, la situación cambiaría. En este sentido, debemos reiterar que la autoorganización del sindicato, en sección sindical de empresa o de centro, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, pero la designación de delegados sindicales —insistimos— forma parte del espacio adicional del mismo y, por consiguiente, debe ejercitarse según la regulación legal infraconstitucional (legal o convencional) en la que esté regulada. Por ello, no entendemos descabellado que un convenio colectivo pueda otorgar un mayor número de delegados sindicales pero imponiendo, a cambio, un determinado ámbito de la sección sindical.

En fin, ya sea por la inseguridad que están provocando los diversos criterios flexibles acogidos por el TS, ya sea por el escaso papel que se ha permitido al convenio colectivo en la regulación de la designación de delegados sindicales, entendemos que ésta no es una cuestión totalmente cerrada, por lo que seguiremos atentos a lo que el tiempo nos deparará.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectiva de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Álvarez Alonso, D., "El contenido adicional de la libertad sindical: sentencia TC 145/1999", en AA.VV. (García Murcia, J., Coord.), *Libertad Sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2014.

Esteban Legarreta, R., *El ámbito de las representaciones sindicales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2020.

Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008.

Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 41ª edición, Tecnos, Madrid, 2020.

Nieto Rojas, P., "El centro de trabajo como ámbito de actuación de los delegados sindicales. Injerencia legal en la autonomía sindical", *Dereito*, volumen 24, número 2, accesible en: http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2814.

Palomeque López, M.C., *Derecho Sindical*, 4ª edición, Ediciones CEF, Madrid, 2018.

Palomo Vélez, R.I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Preciado Domènech, C.H., *Secciones sindicales y delegados sindicales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2015.

Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Suárez González, F., "El contenido adicional de la libertad sindical", en AA.VV. (Montoya Melgar, A., Coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.



PRESUNCIÓN LEGAL DE LABORALIDAD DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO: ¿Y ahora qué?*

THE LEGAL PRESUMPTION OF THE EXISTENCE OF A LABOUR RELATIONSHIP OF WORK IN DIGITAL DELIVERY PLATFORMS: What Now?

Josep Moreno Gené[**]

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Lleida

josep.moreno@udl.cat *ORCID ID 0000-0001-7908-0231*

Recepción de trabajo: 12-11-2021 - Aceptación: 13-02-2022

Páginas: 159-207

■ 1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO Y SUS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA. ■ 2. LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA DECLARACIÓN DE LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. ■ 3. LA SOLUCIÓN LEGAL: LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LABORALIDAD DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO. 3.1. La conveniencia o no de la propia regulación legal. 3.2. La validez y/o adecuación del recurso a un Real Decreto-Ley. 3.3. El origen pactado de la nueva regulación. 3.4. El título de la norma y su limitado ámbito de aplicación —plataformas de reparto—. 3.5. El alcance de la presunción de laboralidad. 3.6. El contenido de la presunción de laboralidad. 3.7. La no afectación de la presunción de laboralidad a las previsiones del art. 1.3 ET. 3.8. La previsión de un largo periodo transitorio. ■ 4. Y TRAS LA REGULACIÓN LEGAL, ¿CÓMO VAN A ACTUAR LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO? ■ 5. EPÍLOGO. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título "Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar".

** El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

RESUMEN

En este comentario se analizan las soluciones jurisprudenciales —STS de 25 de septiembre de 2020— y legales —Ley 12/2021, de 28 de septiembre— dispensadas a la controversia sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la actividad de reparto efectuada a través de plataformas digitales, haciéndose especial hincapié en la presunción de laboralidad de esta prestación de servicios introducida por esta última norma. Asimismo, se indaga en las nuevas controversias jurídico-laborales que van a suscitar y, de hecho, ya están suscitando, las nuevas e ingeniosas estrategias adoptadas por las plataformas digitales con el fin de "eludir" la presunción de laboralidad de esta actividad, a saber, el recurso a empresas de última milla, a empresas de trabajo temporal y a cooperativas de repartidores.

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales de reparto, presunción de laboralidad, relación laboral, trabajo autónomo, subcontratación, cooperativas de reparto.

ABSTRACT

This comment analyses the jurisprudential solutions —judgment of 25 September 2020— and legal solutions —Law 12/2021, of 28 September— dispensed with the existing controversy over the legal nature that should be attributed to the activity of distribution through digital platforms, with special emphasis on the presumption of the existence of a labour relationship of this provision of services introduced by the latter. Likewise, it investigates the new labour law controversies that, without a doubt, are going to arouse and, indeed, are already arousing the new and ingenious strategies adopted by digital platforms in order to "avoid" the presumption of the existence of a labour relationship of this activity, namely, the use of last-mile companies, temporary employment agencies and delivery worker cooperatives.

KEYWORDS: digital delivery platforms, presumption of the existence of a labour relationship, employment relationship, self-employment, subcontracting, delivery cooperatives.

1. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO Y SUS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA

El principal impacto en las relaciones individuales de trabajo de las nuevas tecnologías y de los cambios en la organización de la empresa derivados de las mismas consiste en que han contribuido de un modo decisivo a desdibujar los ya de por si tenues contornos de los propios sujetos de la relación laboral, es decir, de empresarios y trabajadores.[1] En otros términos, la innovación tecnológica participa activamente en la progresiva indefinición de los propios sujetos de la relación laboral, a través de nuevas formas de organización empresarial por parte de las empresas y de nuevas formas de prestación de servicios por parte de los trabajadores.[2] Esta circunstancia genera un clima de extrema inseguridad para todos los actores del sistema de relaciones laborales.[3]

No cabe duda de que la economía colaborativa, también conocida como sharing economy, constituye en la actualidad la principal manifestación de este proceso de difuminación de los contornos de la figura del empresario y, fundamentalmente, del trabajador. Ahora bien, el principal impacto que se produce en estos supuestos sobre los sujetos de la relación laboral se plantea respecto a aquellas plataformas digitales cuya actividad consiste en poner en contacto directo a clientes con prestadores de servicios, no en vano, esta modalidad de prestación de servicios que se puede englobar en la "on demand economy" (economía bajo demanda) o "Gig" economy (economía de pequeños pero masivos pedidos) es la que afecta en mayor medida al ámbito laboral.[4]

A tal efecto, en la también conocida coloquialmente como "Ubereconomy", las empresas que gestionan estas plataformas digitales no se limitan a facilitar el intercambio de bienes y servicios entre particulares, actuando como meras intermediarias, sino que, por el contrario, puede afirmarse que, en la mayoría de ocasiones, las mismas prestan o, en todo caso, ofrecen determinados servicios al mercado, pero no lo hacen con trabajadores propios, sino mediante trabajadores autónomos o independientes, poniéndose en cuestión de este modo la forma de entender el tradicional modo de prestación de servicios laborales. Como no podía ser de otro modo, esta nueva forma de prestación de servicios mediante las plataformas digitales está transformando radicalmente lo que significa

1 Sobre esta cuestión vid. ampliamente en Moreno Gené, J., "El impacto de las nuevas tecnologías en la difuminación de los contornos de empresario y trabajador: el trabajo en plataformas digitales como ejemplo paradigmático", en Moreno Gené, J, y Romero Burillo, A.M. (Coords.), *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 177 y ss.

2 Vid. Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018, pág. 15.

3 Vid. Cavas Martínez, F., "Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, pág. 65.

4 Vid. Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 15.

tener un trabajo y por extensión la protección laboral que hasta el momento se había vinculado a la existencia de un empleo laboral.[5]

De lo expuesto hasta el momento, cabe concluir que la principal cuestión que se plantea en todos aquellos supuestos en que se prestan servicios a través de plataformas digitales no es otra que la calificación jurídica que debe otorgarse a la relación existente entre la empresa, titular de la plataforma, y los prestadores de servicios a través de la misma.[6]

Pues bien, en este contexto, no cabe duda que el ámbito en el que se han suscitado mayores controversias al respecto ha sido en el de las plataformas digitales de reparto, en las que, hasta fechas muy recientes, ha sido la práctica habitual la de excluir del ámbito de la relación laboral a quienes efectivamente prestan los servicios de reparto ofertados por las mismas. Como no podía ser de otro modo, esta actuación planteó la cuestión de si dicho comportamiento se ajustaba a la legalidad vigente o si, por el contrario, suponía una huida ilícita del Derecho del Trabajo.

La respuesta a esta cuestión únicamente puede venir de la mano del art. 1.1 ET, que al definir el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores establece que el mismo "será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". En definitiva, como ha sucedido en tantos otros supuestos del pasado en los que se ha discutido la naturaleza jurídica de una determinada prestación de servicios, debe acudirse a los elementos definidores de la relación laboral para resolver esta cuestión, a saber, la voluntariedad, la ajenidad, la dependencia y la remuneración; siendo, sin lugar a dudas, la ajenidad y la dependencia los elementos fundamentales a tener en cuenta a la hora de calificar cualquier prestación de servicios como laboral.

Con el recurso exclusivo a estos instrumentos, el Tribunal Supremo, en su importantísima sentencia dictada en pleno de 25 de septiembre de 2020 (núm. rec. 4746/2019), procedió a resolver la cuestión planteada, concluyendo en relación a la plataforma digital de Glovo,[7] que en el supuesto

5 Vid. Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 80, Trillo Párraga, F., "Economía digitalizada y relaciones de Trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, pág. 64 y Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *InDRET. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, págs. 4 y 33.

6 Vid. Serrano Olivares, R., "*Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa o mejor, economía digital a demanda –trabajo 3.0 y laboralidad"*, en Rodríguez-Piñero, M. y Hernández Bejarano, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017, pág. 35.

7 No cabe duda que uno de los supuestos en que este debate sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones de servicios que se desarrollan a través de las plataformas digitales de reparto se ha planteado con mayor virulencia ha sido en torno a la popular plataforma digital de la empresa Glovo APP 23 SL, dedicada al servicio de reparto. A tal efecto, si nos limitamos únicamente a las resoluciones judiciales dictadas por las Salas de lo Social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, pueden identificarse un grupo mayoritario de resoluciones judiciales que habían declarado el carácter laboral de las pres-

enjuiciado concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el repartidor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 ET y, por consiguiente, la relación existente entre ambos debe ser calificada como laboral. Es cierto que inicialmente la decisión del Tribunal Supremo se circunscribía a esta plataforma digital de reparto, pero posteriormente, el mismo criterio se ha ido adoptando respecto a otras plataformas digitales de reparto, como ha sido el caso de la plataforma de Deliveroo, mediante el auto del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2021 (núm. rec. 3350/2020).[8]

Una vez dictada la referida STS de 25 de septiembre de 2020 (núm. rec. 4746/2019), parecía que la controversia podía haber quedado resuelta, pero nada más lejos de la realidad, puesto que gran parte de las plataformas digitales de reparto, en una clara postura de rebeldía ante lo dispuesto por el Alto Tribunal, anunciaron que continuarían y de hecho continuaron con su modelo de negocio, basado en expulsar del ámbito de la relación laboral a quienes efectivamente prestan los servicios de reparto ofertados por las mismas y considerarlos como trabajadores autónomos, invocando al respecto que habían introducido cambios "sustanciales" en el modelo, que justificaban que los repartidores ahora no pudieran ser considerados como trabajadores por cuenta ajena.

En este punto, no cabe duda que una de las principales dificultades que plantea el abordaje de esta cuestión es que nos enfrentamos a una realidad muy cambiante, no en vano, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, la economía de las plataformas digitales ostenta una facilidad connatural "para modificar algunos de sus elementos configuradores, en aras a una mejor acomodación ante los criterios, más o menos exigentes, que puedan ir marcando en su devenir presente y futuro las resoluciones judiciales".[9]

Este comportamiento que podríamos calificar como altamente beligerante por parte de las plataformas digitales de reparto a la hora de asumir y acatar el fallo del Tribunal Supremo que declaraba la laboralidad de la actividad desarrollada por sus repartidores puso de manifiesto, aún más si cabe, la necesidad de fijar por vía normativa esta cuestión. Con ello se pretendía evitar estas prácticas obstruccionistas por parte de las plataformas digitales de reparto, tan reacias a la laboralización del colectivo de repartidores.

---

taciones de servicios desarrolladas a través de esta plataforma digital —STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (núm. rec. 1134/2019), STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019 (núm. rec. 588/2019), STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (núm. rec. 714/2019), STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020 (núm. rec. 749/2019), STSJ de Castilla y León de 17 de febrero de 2020 (núm. rec. 2253/2019) y STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2020 (núm. rec. 5613/2019)— y alguna resolución, que mantenía el carácter extralaboral de dichas prestaciones de servicios —STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (núm. rec. 195/2019)—. Vid. sobre este debate, Moreno Gené, J., "El carácter laboral de la prestación de servicios a través de plataformas digitales: el caso de Glovo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

8 En dicho auto el Tribunal Supremo inadmite el recurso en unificación de doctrina por considerar que la pretensión impugnatoria, que se opone a la declaración de laboralidad de los repartidores de dicha plataforma digital, "es contraria a la doctrina de esta Sala fijada en la reciente sentencia de 25 de septiembre de 2020 (del Pleno), y en la que se da respuesta a la nueva realidad que supone la prestación de servicios a través de las plataformas digitales". Sobre el contenido y alcance de esta resolución, vid. Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, págs. 19 y 20.

9 Vid. García Quiñones, J.C., "Economía colaborativa y "dodecafonismo judicial": El caso Glovo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2019, pág. 638.

Finalmente, tras un largo y más que complejo proceso negociador, se aprobó el Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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 (en adelante, Real Decreto-Ley 9/2021),[10] mediante el cual, por lo que respecta al objeto de este comentario, se añadió una nueva disposición adicional vigesimotercera al ET, mediante la que se introdujo una "presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto", en virtud de la cual, "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 (...)".

Este Real Decreto-Ley fue posteriormente tramitado como proyecto de ley, dando origen a 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 (en adelante, Ley 12/2021) que, en lo que respecta al objeto de este estudio, contiene idéntica regulación que el Real Decreto-Ley 9/2021.

Pese a las limitaciones que a priori pudiera tener esta norma y que serán abordadas a lo largo de este trabajo, todo hacía presagiar que con la aprobación de la misma se pondría fin de forma definitiva a esta controversia; pero, ante esta intervención normativa, las diferentes plataformas digitales han adoptado diferentes estrategias que, fuera de supuestos minoritarios en que se ha procedido a la contratación laboral de los repartidores por parte de las plataformas digitales, están provocando nuevas controversias, como es el recurso a la subcontratación a empresas de última milla y a cooperativas de repartidores creadas al efecto, para ejecutar los repartos gestionados a través de la plataforma digital, así como el recurso a empresas de trabajo temporal.

Pues bien, en este comentario se pretende analizar las soluciones jurisprudenciales y legales dispensadas a la controversia de la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la actividad de reparto efectuada a través de plataformas digitales, así como indagar en las nuevas controversias jurídico-laborales que, sin lugar a dudas, van a suscitar y, de hecho, ya están suscitando, las nuevas e ingeniosas estrategias adoptadas por las plataformas digitales con el fin de "eludir" la presunción de laboralidad de esta actividad impuesta ahora de forma expresa por la normativa, que no pueden más que calificarse como verdaderas obras de ingeniería laboral.

10 Vid. también la Resolución de 10 de junio de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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. Asimismo, se acordó tramitar esta norma como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

2. LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA DECLARACIÓN DE LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Como ya se ha anticipado, la STS de 25 de septiembre de 2020 (núm. rec. 4746/2019) aborda la calificación jurídica que cabe atribuir a la prestación de servicios desarrollada a través de la plataforma digital de Glovo, resolviendo esta cuestión de forma definitiva y, al mismo tiempo, indicando de un modo indubitado el tratamiento que debía merecer esta misma controversia en relación con el resto de plataformas digitales de reparto, como así ha sucedido en resoluciones judiciales dictadas posteriormente por el Alto Tribunal.[11]

A tal efecto, una vez constatada por el Tribunal Supremo la contradicción exigida entre la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (núm. rec. 195/2019), impugnada en casación y la STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (núm. rec. 1134/2019), invocada como sentencia de contraste, y acreditado el contenido casacional del recurso planteado, el Alto Tribunal procede a resolver, en primer lugar, la solicitud presentada por la empresa Glovo de que se elevara una cuestión prejudicial al TJUE sobre la cuestión debatida.

El Alto Tribunal resuelve de forma tajante esta pretensión indicando que "en el supuesto enjuiciado, en el que se debate si concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre un repartidor de Glovo y esta empresa, no existen dudas razonables en relación con la aplicación del Derecho de la Unión que justifiquen el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE". A tal efecto, se indica que "la calificación de la relación jurídica del actor como un contrato laboral no supone una restricción de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios garantizadas por los Tratados de la Unión, ni vulnera los derechos fundamentales a la libertad profesional y a la libertad de empresa de los arts. 15 y 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Descartada la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo pasa a centrarse en el análisis del marco normativo interno aplicable a la cuestión litigiosa suscitada que, como ya se ha ido exponiendo a lo largo de este trabajo, se recoge esencialmente en el art. 1.1 ET. A tal

11 Esta sentencia, como no podía ser de otro modo, ya ha suscitado muchos e interesantes comentarios en el seno de la doctrina. Vid., Monereo Pérez J.L. y Martín Muñoz, R.M., "La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020, Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., "Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo", *Trabajo y Derecho*, núm. 72, 2020, Barceló Fernández, J., "Cerco a los falsos autónomos en las plataformas digitales. Notas al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, Montoya Melgar, A., "Trabajadores en plataformas digitales: la STS 805/2020 y el RDL 9/2021", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021 y Moreno Gené, J., "El carácter laboral de la prestación de servicios de reparto a través de la plataforma digital Glovo: el Tribunal Supremo zanja el debate", *IUSlabor*, núm. 3, 2020.

efecto, el Alto Tribunal nos recuerda que "el concepto legal de trabajador por cuenta ajena exige que haya una prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente (art. 1.1 ET)", indicando, además, que "reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la dependencia y la ajenidad son los elementos esenciales que definen el contrato de trabajo (por todas, sentencias del TS (Pleno) de 24 de enero de 2018 (núm. rec. 3595/2015 y 3394/2015); 8 de febrero de 2018 (núm. rec. 3389/2015); y 29 de octubre de 2019 (núm. rec.1338/2017)".

Es consciente el Alto Tribunal, sin embargo, que tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de producción y que, además, guardan entre sí una relación estrecha. Específicamente, el Tribunal Supremo recuerda la evolución que ha sufrido el presupuesto de la dependencia-subordinación desde su temprana sentencia de 11 de mayo de 1979 hasta la actualidad. A tal efecto, indica que "en la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 Cc)". Para ello, recuerda el Alto Tribunal que "en la práctica, debido a la dificultad que conlleva valorar la presencia de los elementos definitorios de la relación laboral en los supuestos dudosos, para determinar si concurren se utiliza la técnica indiciaria, identificando los indicios favorables y contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y decidiendo si en el caso concreto concurre o no la relación laboral". En este análisis, tal y como se recoge en la sentencia de 20 de enero de 2015 (núm. rec. 587/2014), el Tribunal considera que debe valorarse principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio.

A partir de estas premisas, el Alto Tribunal lleva a cabo una exposición detallada de diferentes resoluciones judiciales dictadas por el TJUE —sentencias de 13 de enero de 2004, asunto C-256/2001, Allonby y de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/2015, Asociación Profesional Élite Taxi— y por el propio Tribunal Supremo —sentencias de 19 de febrero de 2014 (núm. rec. 3205/2012); 24 de enero de 2018 (Pleno) (núm. rec. 3394/2015 y 3595/2015); de 8 de febrero de 2018 (núm. rec. 3389/2015; de 29 de octubre de 2019 (núm rec. 1338/2017); de 4 de febrero de 2020 (núm. rec. 3008/2017); de 1 y 2 de julio de 2020 (núm. rec. 3585/2018 y 5121/2018, respectivamente), etcétera—. En este elenco de resoluciones judiciales citadas, el Alto Tribunal dedica un apartado especial a las dictadas respecto de los transportistas con vehículo propio, probablemente por su proximidad conceptual respecto al supuesto ahora enjuiciado de los repartidores a través de la plataforma digital de Glovo. A tal efecto, se cita la ya mítica STS de 26 de febrero de 1986 que consideró laboral la prestación de servicios de unos mensajeros que prestaban el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios y las posteriores sentencias dictadas por el mismo Tribunal de 2 de febrero de 1988 que reputó laboral la prestación de servicios de un repartidor de periódicos y de 3 de mayo de 1988 que también consideró laboral la prestación de servicios de transporte y reparto de mercancías efectuada por un repartidor. También cita el Tribunal Supremo de un modo muy detallado su sentencia de 16 de noviembre de 2017 (núm. rec. 2806/2015), tal vez, por considerarla también más próxima al supuesto enjuiciado, por cuanto la actividad de traducción e interpretación desarrollada en este supuesto se efectuaba a través de una plataforma informática de la que era titular la empre-

sa. Pues bien, el Alto Tribunal nos recuerda que en este supuesto se declaró existente una relación laboral entre los traductores e intérpretes y la empresa para la cual éstos desarrollaban su actividad.

Hecho este amplio recordatorio de la jurisprudencia existente en la materia enjuiciada, el Tribunal Supremo ya se encuentra en disposición de poder abordar el objeto del litigio, que no es otro que la calificación jurídica que merece la prestación de servicios como repartidor a través de la plataforma digital de Glovo. Este cometido se lleva a cabo, sin embargo, de una manera peculiar, ya que, en primer lugar, se afronta la cuestión desde una perspectiva negativa, negando que la relación de las partes encaje dentro de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, en segundo lugar, también negando que determinados elementos puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la prestación de servicios enjuiciada y, finalmente, ahoya ya sí desde una perspectiva positiva, exponiendo los indicios favorables a la existencia de una relación laboral y, por extensión, la concurrencia de las notas definidoras de toda relación laboral, en especial, la dependencia y ajenidad.

En primer lugar, teniendo en cuenta que las partes —Glovo y el repartidor— habían suscrito un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente, lo primero que hace el Alto Tribunal es constatar que en el supuesto enjuiciado no concurren las condiciones exigidas por el art. 11.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA) para tener la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente. Por una parte, porque en contra de lo que prevé dicha norma, según la cual dicho colectivo debe "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese percibir de un cliente", en el supuesto enjuiciado se constata que el repartidor no llevaba a cabo su actividad con sus propios criterios organizativos sino con sujeción estricta a los establecidos por Glovo. Por otra parte, porque a pesar de que la norma exige "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", en el supuesto enjuiciado el repartidor únicamente contaba con una moto y con un móvil, medios a todas luces accesorios y complementarios, si se comparan con la infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad que es la plataforma digital. Como puede observarse, al tiempo que el Tribunal Supremo niega el carácter de trabajador autónomo económicamente dependiente del repartidor, de facto ya está reconociendo el carácter laboral de esta actividad, puesto que los argumentos expuestos ya permiten vislumbrar la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo procede a negar que determinados elementos que concurren en el supuesto enjuiciado sirvan para desvirtuar la naturaleza laboral de la prestación, en concreto, la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas. Con esta manera de articular el razonamiento más bien parece que el Tribunal tiene una cierta prisa en descartar antes que nada todos aquellos elementos que constituyen el mayor obstáculo para la calificación como laboral de estas prestaciones de servicios. Pudiendo encajar todos estos elementos en la nota de la dependencia, tal vez, hubiera sido más pedagógico analizarlos conjuntamente con otros elementos concurrentes que sí permiten constatar la existencia de dependencia y, por extensión, de una relación laboral. En todo caso, siendo esta la opción metodológica adoptada por el Tribunal, veamos a continuación como se abordan estos elementos.

A criterio del Tribunal, la libertad de elección de la franja horaria, que se califica de "teórica", estaba claramente condicionada, puesto que, aunque el repartidor podía rechazar pedidos sin penalización, el desempeño de la actividad es evaluado diariamente mediante un sistema de puntuación, del que en última instancia dependen los ingresos del repartidor. A tal efecto, los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que van entrando. Ello comporta, a criterio del Tribunal, que en la práctica este sistema de puntuación condiciona la libertad del repartidor de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir de este modo la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Por lo demás, el Tribunal recuerda que la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no se encuentren operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada.

Según el Alto Tribunal el hecho de que los repartidores compitan entre sí por las franjas horarias más productivas propicia que los mismos intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución, lo cual se encuentra especialmente acentuado por la inseguridad jurídica que provoca la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos propia de esta actividad.

En este punto, el Tribunal Supremo se eleva más allá del supuesto enjuiciado y considera que nos encontramos ante "un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtareas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar".

En tercer lugar, tras negar categóricamente que la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir franja en la que van a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas que se atribuye a los repartidores pueda excluir el carácter laboral de su actividad, el Tribunal procede a enumerar los indicios favorables a la existencia de una relación laboral, la mayor parte de los cuales, servirían, aunque el Tribunal no lo diga de forma expresa, para acreditar la concurrencia de la nota de la dependencia, si bien, alguno de ellos, también encajaría en la nota de la ajenidad. Los indicios de laboralidad destacados por el Alto Tribunal serían los siguientes:

- La existencia de un sistema de puntuación que, entre otros aspectos, se nutre de la valoración del cliente final.
- La geolocalización por GPS del repartidor mientras realiza su actividad, registrando los kilómetros que recorría.
- La impartición de indicaciones sobre cómo debe prestarse el servicio, controlándose el cumplimiento de las mismas a través de la aplicación —plazo máximo del servicio, como dirigirse al cliente, prohibición de uso de distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etcétera—.

- El suministro de una tarjeta de crédito al repartidor para que pueda comprar los productos para el usuario.
- La puesta a disposición del repartidor por parte de Glovo de un adelanto de 100 euros para poder empezar su actividad.
- El abono de una compensación económica por el tiempo de espera que el repartidor pasa en el lugar de recogida esperando el pedido.
- El establecimiento de hasta trece causas justificativas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos contractuales del trabajador, algunas de las cuales prácticamente idénticas a las que justifican el despido disciplinario del trabajador.
- El conocimiento exclusivo por parte de Glovo de la información necesaria para el manejo del sistema de negocio: comercios adheridos, pedidos, etcétera.

De una manera más ordenada aborda la sentencia la nota de la ajenidad. A tal efecto se identifican las ya tradicionales manifestaciones de la misma.

En primer lugar, si bien, sin especificarse a cuál de las diferentes manifestaciones de la ajenidad se refiere, aunque parece que podría referirse a la ajenidad en el mercado, el Alto Tribunal considera que la empresa Glovo tomaba todas las decisiones comerciales, fijando el precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración. Además, los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma, sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores. En consecuencia, a criterio del Tribunal, Glovo no es una mera intermediaria entre clientes finales y repartidores, sino que los comercios y consumidores finales son sus clientes y no del repartidor.

A mayor abundamiento, aunque formalmente el repartidor gira su factura a Glovo para que esta se la abone, en realidad, dicha factura la elabora Glovo, conforme a sus tarifas y condiciones, remitiéndola posteriormente al repartidor para que éste la gire a la empresa y la cobre.

En segundo lugar, ahora sí identificando la manifestación de la ajenidad en los riesgos, el Tribunal Supremo recuerda su propia doctrina, según la cual, el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra, pero de ello no se desprende necesariamente que el trabajador responda del buen fin asumiendo el riesgo y ventura del servicio.

A la conclusión de que el repartidor no asume el binomio riesgo-lucro ajeno a la relación laboral, no se opone, a criterio del Tribunal la concurrencia de dos circunstancias concurrentes que suponen que el repartidor sí asume ciertos riesgos en el desarrollo de su actividad. En primer lugar, el hecho de que responda frente al cliente final de los daños y pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte y, en segundo lugar, que el repartidor asuma el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos gastos corren a su cargo, percibiendo su retribución únicamente en función de los servicios prestados.

En tercer lugar, por lo que respecta a la ajenidad en los frutos, el Tribunal pone de manifiesto que Glovo se apropia de manera indirecta del resultado de la prestación del trabajo, que redunda en beneficio de dicha empresa, que hace suyos los frutos del mismo. A tal efecto, se constata nuevamente que el repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios, ni en la relación entre Glovo y los clientes a los que servía los pedidos. En definitiva, el repartidor se limita a prestar el servicio en las condiciones impuestas por Glovo, que acuerda con los distintos establecimientos los precios que éstos le abonan y fija unilateralmente las tarifas que el repartidor percibe por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento el repartidor no tiene la más mínima participación.

Finalmente, en relación con la ajenidad en los medios de producción, el Tribunal constata la palmaria diferencia de importancia económica entre la plataforma digital y los medios aportados por el repartidor —teléfono móvil y motocicleta—, no cabe duda al respecto para el Alto Tribunal que el medio de producción esencial en esta actividad es la plataforma digital, en la que deben darse de alta los restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio, desarrollando el actor su actividad en consecuencia bajo una marca ajena.

Una vez expuesta la concurrencia en el supuesto enjuiciado de las notas definidoras de la relación laboral, el Tribunal Supremo ya está en disposición de resolver la cuestión litigiosa, lo cual lleva a cabo efectuando una valoración de conjunto a modo de resumen explicativo de la actividad desarrollada por la empresa Glovo. A tal efecto, concluye afirmando que "Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral". A lo que el Alto Tribunal añade que "para prestar estos servicios Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios

en función de la valoración de cada repartidor, lo que condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y rechazar pedidos. Además, Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación del poder directivo del empleador. A través de la plataforma digital, Glovo lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma. Debido a ello, el repartidor goza de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto".

De forma coherente con todo lo que se acaba de exponer, el Tribunal Supremo concluye que en el supuesto enjuiciado concurren las notas definitorias del contrato de trabajo entre el actor y la empresa demandada previstas en el art. 1.1 ET y, por consiguiente, la relación existente entre ambos debe ser calificada como laboral.

La valoración de la respuesta dispensada por el Tribunal Supremo a la cuestión suscitada en torno a la calificación jurídica que debe merecer la prestación de servicios desarrollada por los repartidores de las diferentes plataformas digitales de reparto no puede merecer más que una valoración muy positiva, por cuanto que las diferentes mutaciones que está provocando en el trabajo típico la prestación de servicios a través de estas plataformas no puede suponer la exclusión automática de estas prestaciones del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, sino que, tan solo se requiere un replanteamiento de los diferentes indicios utilizados hasta el momento para la calificación de la relación de trabajo con el fin de adaptarlos a los nuevos requerimientos que plantea la economía digital, que deben verse reforzados, además, por la necesaria potenciación de la presunción de laboralidad ya existente en nuestro ordenamiento jurídico (art. 8 ET).

A tal efecto, cabe valorar muy positivamente que el Tribunal Supremo no haya dudado en replantear, que no forzar, los criterios utilizados para la calificación de la relación de trabajo, dando lugar a nuevos indicios de laboralidad más adaptados a la economía digital[12], donde, por ejemplo, criterios como los de la ajenidad y dependencia o subordinación pueden aparecer ocultos detrás de las formas más novedosas de organización empresarial, habiéndose puesto el énfasis no tanto en la capacidad del empresario de incidir en la forma y contenido de la prestación, que aparentemente ha quedado más diluida, sino en la situación en la que respecto del mercado se colocan las partes de esta relación de trabajo[13]. Ello ha permitido que, pese a las singularidades que presenta la prestación de servicios cuando se desarrolla a través de plataformas digitales de reparto, no se haya reconocido a las mismas una entidad suficiente como para desnaturalizar el carácter laboral de estas prestaciones de servicios de reparto, siendo calificadas, por el contrario, como auténticas relaciones laborales.

12 Vid. Todolí Signes, A., *El trabajo...* cit. págs. 229 y 238 y Todolí Signes, A., "Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales: a propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid", *Trabajo y Derecho,* núm. 58, 2019, pág. 88.

13 Vid. Cruz Villalón J., "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, págs. 41 y 42, González Ortega, S., "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, págs. 91 y 92 y 114 a 123, Suárez Corujo, B., "La gran transición..." cit. pág. 53 y Ginés i Fabrellas, A., "Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 425-426, 2018, págs. 99 a 101.

Por lo demás, no cabe duda que este ejercicio de adaptación de los indicios de laboralidad a las nuevas realidades de la economía digital no se configura por parte del Tribunal Supremo de una forma estática, sino que, por el contrario, se le dota de un carácter dinámico, con el fin de evitar que los mismos puedan quedar desbordados nuevamente por estas nuevas realidades económicas, como, sin lugar a dudas, pretenderían las plataformas digitales de reparto.

Esta forma de abordar la cuestión permite afirmar que, sin lugar a dudas, el Tribunal Supremo dará la misma respuesta a esta controversia ante cualquier nuevo intento de las plataformas digitales de reparto de desnaturalizar las prestaciones de servicios ejecutadas a través de las mismas, mediante el recurso a nuevas construcciones de ingeniería laboral o de nuevos intentos de deconstrucción de estas actividades de reparto. A tal efecto, ningún recorrido, salvo el de ganar tiempo, cabía augurar a los cambios de modelo anunciados a bombo y platillo por las plataformas digitales de reparto tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

3. LA SOLUCIÓN LEGAL: LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LABORALIDAD DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

Únicamente, mediante la integración de las "nuevas" formas de prestación de servicios surgidas al calor de la economía digital en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se puede empezar a combatir la alarmante precariedad laboral que ineludiblemente acompaña siempre a este tipo de servicios, puesto que, aunque la condición de trabajador por cuenta ajena ya no es un auténtico seguro ni una garantía contra la precariedad laboral, como se desprende del alarmante crecimiento del colectivo de los trabajadores pobres,[14] lo cierto es que fuera de la tutela dispensada por el Derecho del Trabajo —trabajo autónomo y, en particular, trabajo autónomo económicamente dependiente (TRADE digital)—, la precariedad es todavía mayor.[15]

No parece suficiente, por tanto, combatir esta precariedad laboral manteniendo a estos colectivos fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo o dotándolos de una "marco normativo

14 Vid. Martínez Moreno, C., "El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este núevo fenómeno", en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. (Dirs.): *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 y Rodríguez-Piñero Royo, M., "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pág. 147.

15 Vid. Gorelli Hernández, J., "Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (crowdsourcing offline)", *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019, págs. 41 y 42. Vid. también Ginés i Fabrellas, A., "El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica", *Labos*, Vol. 2, núm. 1, 2021, pág. 34.

ad hoc",[16] ya sea como meros trabajadores autónomos o independientes,[17] trabajadores "autónomos de segunda generación" o "trabajadores autónomos 4.0",[18] trabajadores autónomos económicamente dependientes,[19] una "nueva categoría intermedia entre los conceptos tradicionales de trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia"[20] o, en el mejor de los casos, incorporándolos al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo mediante una relación laboral especial,[21] articulando una "nueva categoría de trabajador"[22] o creando un "contrato de trabajo digital".[23] Aunque con estas últimas propuestas se pretenda mejorar las condiciones laborales de este colectivo, otorgándoles derechos laborales y de protección social digitales, lo más similares posibles a los que disfrutan los trabajadores por cuenta ajena ordinarios, con toda seguridad, el resultado final de esta opción sería que el estándar de protección otorgado a este colectivo quedaría notablemente limitado, configurándose de este modo un estatuto laboral menos favorable que el común, en favor únicamente de

16 Vid. Otero Gurruchaga, C., "El complicado encaje de los trabajadores en la economía colaborativa en el Derecho Laboral: nuevos retos para la frontera de la laboralidad", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 1, 2018, pág. 74.

17 Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2018, pág. 6.

18 Vid. Guerrero Vizuete, E., "La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 1, 2018, pág. 216.

19 Vid. Mercader Uguina, J., "La prestación de servicios en plataformas digitales. Nuevos indicios para una nueva realidad", en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 13. Vid. también Gutiérrez Arranz, R., "Las relaciones laborales en la economía colaborativa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 186, 2016, págs. 161 y ss., Grau Pineda, C., "La economía digital o de plataformas ("platform economy") como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018, pág. 13 y Cañigueral Bagó, A., *El mercado laboral digital a debate. Plataformas, trabajadores, derechos y workertech*, Fundación COTEC, Madrid, 2019.

20 Vid. Martínez Escribano, A., "¿Nuevos trabajadores? Economía colaborativa y Derecho del Trabajo. Repensando el Derecho del Trabajo: el impacto de la economía colaborativa", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018, pág. 58. La autora considera al respecto que a esta categoría le sería de aplicación determinada legislación laboral mínima a pesar de que no reúnan la totalidad de las condiciones para ello.

21 Vid. Todolí Signes, A., "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", *IUSlabor*, núm. 3, 2015, págs. 21 y 22, Todolí Signes, A., *El trabajo*...cit. págs. 44 y 45, Cavas Martínez, F., "Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 406, 2017, págs. 53 a 55, González Ortega, S., "Trabajo asalariado..." cit. pág. 123, Aragüez Valenzuela, L., "Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2017, pág. 19 y Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 464, 2021.

22 Vid. Dagnino, E., "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015, pág. 28.

23 Vid. Auvergnon, P., "Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pág. 37.

los intereses empresariales.[24].En otros términos, se estaría dando carta de naturaleza a una especie de relaciones laborales "low cost".[25]

Asimismo, tampoco nos parece plenamente satisfactoria la opción por dotar al colectivo de quienes desarrollan su actividad mediante plataformas digitales de un catálogo común de derechos sociales fundamentales con independencia de su calificación como dependientes, independientes y semi-independientes,[26] no en vano, a pesar de lo loable de esta opción, la misma podría contribuir a justificar la progresiva deslaboralización de estas actividades, en tanto que una cierta protección laboral y de seguridad social ya estaría garantizada con independencia de la calificación jurídica que se diera a las mismas que, por lo demás, intuyo que también sería inferior a la dispensada en la actualidad a los trabajadores ordinarios. Por el mismo motivo, tampoco parece suficiente el desarrollo de un Derecho del Empleo con un sistema de protecciones mínimas extendidas a todo trabajador, por la sola condición de participar en una comunidad productiva.[27]

En la dirección de garantizar la integración de todas estas "nuevas" formas de prestación de servicios en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y, en particular, de la prestación de servicios a través de plataformas digitales de reparto, se encuentra precisamente la regulación de esta materia efectuada por el Gobierno, aprobada inicialmente mediante el Real Decreto-Ley 9/2021 y, posteriormente, recogida en la Ley 12/2021, que no procede a crear una figura propia o específica para este colectivo de repartidores, ya sea mediante algún tipo de trabajo autónomo o parasubordinado, una relación laboral especial, ni tan siquiera, a través de una modalidad contractual particular, sino que, como ya se ha anticipado, se limita a prever que "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 empleado-

24 Vid. Beltran de Heredia, I., "Economía de las plataformas y contrato de trabajo", *Ponencia realizada en las XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona, 2019, pág. 96, Suárez Corujo, B., "La gran transición..." cit. págs. 53 a 55, González Ortega, S., "Trabajo asalariado..." cit. pág. 122 y Jover Ramírez, C., "El fenómeno de la "gig economy" y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico británico y español", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018. Versión digital, pág. 12.

25 Vid. Auvergnon, P. "Angustias de uberización..." cit. pág. 37.

26 Muy contundente en esta dirección se muestra Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021, pág. 19, al indicar que "no parece que lo importante en este asunto sea aclarar quienes son trabajadores por cuenta ajena (...) sino reforzar la protección para aquellos que son trabajadores autónomos. En definitiva, es preciso que la protección de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia converja, sobre todo en estas fronteras del derecho del trabajo". Vid. también, Rodríguez Fernández, M.L., "Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales", en Rodríguez Fernández, M.L., *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, págs. 82 a 87, Cavas Martínez, F., "Breves apuntes..." cit. págs. 86 y 87, Dueñas Herrero, L., "Retos y propuestas para la regulación del trabajo en los procesos productivos de las plataformas digitales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019, pág. 284 y Godínez Vargas, A., "El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes", *Trabajo y Derecho*, núm. 54, 2019, pág. 47.

27 Vid. Raso Delgue, J., "La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1, 2017, pág. 28.

ras 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 (...)".

Veamos a continuación, las principales cuestiones que plantea esta regulación legal del trabajo a través de las plataformas digitales de reparto.

3.1. La conveniencia o no de la propia regulación legal

La primera cuestión que se podría valorar es la propia conveniencia de la aprobación de la referida norma, es decir, hasta qué punto era necesario abordar normativamente la cuestión de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios desarrollada a través de las plataformas digitales y, en particular, aquellas que se dedican a la actividad de reparto, o bien, si ya era suficiente la normativa vigente (arts. 1 y 8 ET), así como con la interpretación jurisprudencial dispensada a dicha materia por el Tribunal Supremo para resolver esta cuestión.

En este punto, cabe constatar que, aunque esta cuestión ya había sido abordada y resuelta por el Tribunal Supremo, lo cierto es que, en el día a día del tráfico mercantil, seguíamos viendo operar a dichas plataformas digitales de reparto con el mismo formato de siempre, es decir, acudiendo para la ejecución de su actividad a repartidores que actuaban como trabajadores autónomos. En este contexto de rebeldía, no cabe duda que la regulación legal de esta materia debe constituir un acicate para normalizar la situación laboral de este colectivo y poner coto a las prácticas de las plataformas digitales dirigidas a desvirtuar la naturaleza laboral de estas prestaciones de reparto.

En esta dirección, se ha indicado que esta norma puede ser valorada "como una herramienta útil para favorecer la consecución del consenso empresarial indispensable para el alcance con el menor grado de conflictividad posible de este objetivo"[28], que no es otro que el de la efectiva laboralización de los repartidores que prestan sus servicios para las referidas plataformas digitales, así como que con la misma, "se viene a poner fin a un debate jurídico que estaba ya terminado, por más que algunas plataformas se empeñaran en mantenerlo vivo".[29]

3.2. La validez y/o adecuación del recurso a un Real Decreto-Ley

Una vez valorada positivamente la intervención normativa llevada a cabo en este ámbito y con carácter previo al análisis del contenido de la misma, cabe valorar el hecho de que para llevar a cabo esa regulación se haya acudido una vez más a la fórmula tan extendida en el ámbito de las relacio-

28 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad,* En el Blog de Wilfredo Sanguineti. La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad | El blog de Wilfredo Sanguineti (wordpress.com)

29 Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. (13 de mayo de 2021), *Por fin la Ley Rider.* En el Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/.

nes laborales del Real Decreto-Ley. A tal efecto, en relación con esta cuestión, el Preámbulo de la norma indica que "a la hora de justificar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, debemos referirnos a la litigiosidad comentada en este Preámbulo y la doctrina contenida en la STS 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, que impone, de lege ferenda, la adopción de una solución legislativa que procure un panorama necesario de normalización y seguridad jurídica para personas trabajadoras y empresas". En este punto, argumentos como el de dotar de seguridad jurídica a esta materia, pero fundamentalmente, la actitud de cierta rebeldía en la que se habían instalado las plataformas digitales de reparto a la hora de cumplir la doctrina del Tribunal Supremo, invocando meros cambios en el modelo organizativo de dichas plataformas, parecen justificar el recurso al Real Decreto-Ley.[30] No han faltado, sin embargo, voces que consideran que en este supuesto no estaba justificado el recurso a esta normativa de urgencia.[31].

En todo caso, esta cuestión deberá ser abordada por el Tribunal Constitucional, por cuanto que se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad contra esta norma, precisamente, por entenderse la inexistencia de la urgente necesidad que justifica el recurso al Real Decreto-Ley. Pese a ello, cabe recordar que, en caso de ser estimado dicho recurso, no tendría efectos reales, dado que, como ya se ha anticipado, este Real Decreto-Ley ha sido posteriormente tramitado como proyecto de ley —Ley 12/2021—.

3.3. El origen pactado de la nueva regulación

En el análisis del contenido de la previsión legal finalmente aprobada deben tomarse en consideración los diferentes borradores presentados a lo largo de las arduas negociaciones que procedieron a la aprobación de esta norma, puesto que ello nos ayudará a valorar el verdadero alcance de los resultados finalmente alcanzados. En este punto, cabe recordar que el texto finalmente aprobado es el resultado del acuerdo alcanzado el 10 de marzo de 2021 en el marco de la mesa tripartita del diálogo social por parte del Ministerio de Trabajo y Economía Social, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, con el que se puso fin a unas negociaciones que se habían iniciado el 28 de octubre de 2020.[32]

No cabe duda que esta circunstancia aporta un gran valor añadido a la norma, puesto que, al estar consensuada por Gobierno e interlocutores sociales, su efectiva implantación debería resultar

30 Vid Rojo Torreccilla, E. (18 de mayo de 2021), *Y llegó la norma que declara la relación laboral de "las persones dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales". Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021, de 11 de mayo,* En el Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html Vid. también, Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo..." cit. pág. 39.

31 Vid. Molina Navarrete, C. (17 de mayo de 2021), *La "Ley" de personas repartidoras en plataformas online ("riders"): pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital?* En el Blog Transforma Work. Blog Información. https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/.

32 Sobre este proceso negociador, vid. Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo..." cit. págs. 20 y ss.

mucho menos traumática para los diferentes colectivos afectados —plataformas digitales y repartidores, fundamentalmente— y, en consecuencia, mucho más efectiva, a lo que cabe añadir el posible impacto que dicho acuerdo pueda tener en la futura interpretación judicial de la norma.[33]

Ahora bien, el hecho de haberse extendido la negociación hasta alcanzar un acuerdo en el que encajaran las diferentes sensibilidades que cohabitan de un modo más o menos soterrado en el propio Gobierno y las que manifiestan públicamente los interlocutores sociales —sindicatos y organizaciones empresariales—, también ha comportado importantes renuncias por todas las partes negociadoras implicadas y, en consecuencia, finalmente se han visto reducidas la expectativas que a priori había generado el anuncio de una nueva regulación sobre la materia y, muy especialmente, los numerosos borradores que habían circulado sobre la misma.[34]

3.4. El título de la norma y su limitado ámbito de aplicación —plataformas de reparto—

Entrando ya en el contenido de la nueva regulación sobre plataformas digitales de reparto, la primera cuestión a valorar es el propio título o la denominación dados a la norma finalmente aprobada, es decir, de Real Decreto-Ley "(...) para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales".

Si se compara este título con el de anteriores propuestas, especialmente, con la inicial de "Anteproyecto de Ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías", se observa que los objetivos de la norma finalmente aprobada son mucho más modestos, puesto que ya no se intenta regular el conjunto de las plataformas digitales,[35] sino únicamente las de un determinado sector de actividad —el de reparto—, probablemente por ser éste el sector más conflictivo y mediático y, cuya laboralización, ya contaba con el aval del Tribunal Supremo, por lo que la laboralización propuesta de estas prestaciones de servicios no constituiría una auténtica novedad, sino una mera plasmación normativa del criterio jurisprudencial ya existente. Por el contrario, no

33 A tal efecto, Cruz Villalón, J. (12 de mayo de 2021), *Una presunción plena de laboralidad de los riders*. En el Bloc de Jesús Cruz Villalón, https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/una-presuncion-plena-de-laboralidad-de.html, pone en valor el acuerdo alcanzado, señalando que el mismo "refuerza la legitimidad de la medida y le otorga dosis superiores de eficacia y efectividad". En parecidos términos, Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad*... cit. afirma que estamos ante una norma que "posee la gran virtud de venir avalada por un acuerdo tripartito en el que han participado activamente los representantes de los empresarios y que sirve para consolidar a nivel normativo los resultados de un proceso de calificación como laboral de la actividad de los trabajadores de las plataformas digitales previamente zanjado a nivel jurisprudencial". Vid. también, Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo..." cit. pág. 36 y Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider" o el arte de volver", *Revista de Derecho Social*, núm. 94, 2021, págs. 21 y ss.

34 Rojo Torrecilla, E. (18 de mayo de 2021), *Y llegó la norma*... cit.

35 Llamaba la atención, sin embargo, que pese a lo ambicioso de este título en el texto de este borrador únicamente se mencionaba de un modo expreso a dos ámbitos de actividad: los de "reparto o distribución de cualquier producto de consumo o de mercancía a terceras personas" y "servicios en el ámbito del hogar familiar". Pese a ello, en aquel momento todo hacía pensar que se ampliaría el ámbito de aplicación de la norma, extendiéndolo a otros ámbitos en los que también actúan las plataformas digitales.

se ven afectadas por la norma aquellas plataformas en las que los trabajadores prestan sus tareas o encargos en línea,[36] quedando las mismas por el momento huérfanas de regulación.

Pese a esta drástica limitación del ámbito de aplicación de la nueva regulación aprobada, cuyo ámbito de aplicación se limita a las plataformas digitales de reparto, muy criticada en el ámbito sindical[37], no cabe duda que la misma deberá tener un impacto decisivo en la solución que en el futuro den los tribunales laborales a otras controversias jurídicas que con toda seguridad se van a plantear en relación con la prestación de otros servicios realizados también en el marco de otras plataformas digitales, por compartir muchas de ellas características comunes con las plataformas digitales de reparto ahora expresamente reguladas, como es el caso de las actividades de cuidados, traducciones, etcétera.

3.5. El alcance de la presunción de laboralidad

El sustancial adelgazamiento de la norma durante el proceso negociador de la misma que se acaba de exponer no afecta únicamente a su denominación y, en consecuencia, al ámbito de aplicación de la misma, sino que afecta, también a su contenido, que finalmente ha quedado reducido a la introducción de una disposición adicional, la vigesimotercera, en el Estatuto de los Trabajadores, así como a la incorporación de un nuevo apartado en el art. 64 de dicha norma, obviándose otras materias que habían ido apareciendo en anteriores borradores dirigidas a combatir cuestiones tales como la disponibilidad permanente del repartidor, la compensación de gastos de mantenimiento de los vehículos mediante los que se desarrolla la actividad de reparto o el establecimiento de un registro de plataformas digitales con el correspondiente algoritmo utilizado.

De conformidad con el objeto de este estudio, nos detendremos únicamente en el análisis de la primera de estas previsiones, a saber, la que incorpora una disposición adicional vigesimotercera en el Estatuto de los Trabajadores, por ser en la misma donde se aborda la naturaleza jurídica de la prestación de servicios que se desarrolla en las plataformas digitales de reparto. A tal efecto, bajo la rúbrica de "presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto", la citada disposición adicional dispone que "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 ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma

36 Vid. González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 459, 2021. La autora considera que urge abordar esta cuestión, en tanto que los efectos disruptivos pueden ser aún mayores que respecto a las plataformas basadas en la ubicación, por ser mayor la heterogeneidad entre ellas y el mayor alejamiento del modelo respecto de la relación de trabajo clásico.

37 Llama la atención que incluso los sindicatos firmantes del acuerdo hayan criticado esta limitación y sigan exigiendo una regulación global de las plataformas digitales, que resuelva los gravísimos problemas que suceden en otros sectores de la economía digital. Por lo demás, también otras organizaciones sindicales —por ejemplo, la CGT— o asociaciones de riders —por ejemplo, Riders X Derechos—, también se han mostrado críticos con esta limitación del ámbito de aplicación de la norma.

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".

Como fácilmente puede apreciarse, nuevamente la regulación finalmente aprobada se configura como una intervención normativa mucho más "suave" respecto a borradores anteriores de la misma en los que se pretendía introducir de forma expresa una "inclusión declarativa" de dichas prestaciones de servicios en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores. A título de ejemplo, en uno de los múltiples borradores presentados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, bajo el epígrafe de "inclusiones declarativas en el ámbito de esta ley (LET)" se establecía lo siguiente: "Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laborales se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicio, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo (...)".

En parecidos términos, en otro de los borradores presentados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, también bajo el epígrafe de "inclusiones declarativas en el ámbito de esta Ley" se indicaba que "Se presume existente una relación laboral en los términos del apartado 1.1 de esta ley entre las personas contratadas por proveedores de servicios de intermediación en línea a través de plataformas, aplicaciones u otros medios tecnológicos, informáticos o digitales, y las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes titulares de dichas plataformas, cuando las facultades de organización, dirección y control de la actividad laboral se ejerciten mediante la gestión algorítmica del servicios, manifestándose de forma implícita a través de la fijación indirecta de las condiciones de trabajo, cuando la ejecución de la actividad laboral por parte de las personas trabajadoras, dentro de los términos flexibles acordados o establecidos, tenga repercusión en el mantenimiento o volumen de su empleo, en su retribución o en cualesquiera otras condiciones de trabajo (...)".

Obsérvese como estos y otros borradores presentados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social contemplaban, al menos nominalmente, la incorporación de una inclusión en el ámbito de aplicación del derecho del trabajo que se sumaría al resto de inclusiones ya existentes actualmente en el art. 2 ET, pero, al mismo tiempo, llama la atención que esta inclusión se formulaba en todos estos supuestos únicamente a modo de presunción de laboralidad cuando concurren determinados elementos/circunstancias, a diferencia de las inclusiones previstas en el referido precepto en las que se afirma categóricamente que son relaciones laborales, sin más matices. Por tanto, parecía que en estos borradores nos encontrábamos ante una especie de inclusión "débil" dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, al menos en comparación con las restantes inclusiones previstas por la ley.

Por lo demás, no cabe duda que como reza el epígrafe de las diferentes propuestas expuestas, nos encontraríamos ante una inclusión de carácter declarativo, puesto que en las prestaciones de servicios a través de plataformas digitales a las que se refiere, como ya ha constatado el Tribunal Supremo, concurren todos los presupuestos sustantivos del Derecho del Trabajo, a saber, voluntariedad, ajenidad, dependencia, remuneración y carácter personal. Lo único que haría la norma, por tanto, sería declarar de forma expresa, por diferentes motivos políticos, económicos y sociales el carácter laboral de estas prestaciones de servicios que, ya de por sí, serían laborales, con independencia de la intervención legal.

Frente a ello, como ya se ha anticipado, en la norma finalmente aprobada se ha optado por no introducir una inclusión declarativa sino una "presunción de laboralidad". En este punto, la primera cuestión que ineludiblemente plantea el hecho de que finalmente se haya recurrido a una presunción a la hora de abordar esta materia es la de determinar el alcance y/o eficacia que cabe conceder a la misma, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico permite distinguir entre las presunciones iuris tantum y las presunciones iuris et de iure, siendo la diferencia esencial entre ambas la admisibilidad o no de prueba en contrario. En este contexto, la doctrina laboral se ha pronunciado en direcciones diversas sobre el alcance que cabe atribuir a esta presunción.

Un sector doctrinal considera que se trata de una presunción de laboralidad iuris tantum al estilo de la contenida en el art. 8.1 ET, al que la disposición adicional vigesimotercera del ET introducida por el Real Decreto-Ley 9/2021 —posterior Ley 12/2021— se remite de forma expresa, que admitiría prueba en contrario siempre que se acredite que los servicios prestados a la plataforma no lo han sido bajo un contrato de trabajo sino con un título jurídico diferente, normalmente como trabajadores autónomos[38]. A tal efecto se indica que "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 (...)", cuando concurran determinados requisitos.[39]

En esta dirección, se ha mantenido que se trata de "la singularización nominativa de uno de los supuestos que aquella presunción general de laboralidad engloba", con la que se pretendía establecer una "presunción legal específica "aseguradora" de la laboralidad de estas actividades, pero que paradójicamente la misma no presume nada nuevo que no estuviera ya presumido con carácter general y reforzado en los arts. 1.1 y 8.1" del Estatuto de los Trabajadores.[40]

Un menor alcance parece conferirle aún a esta presunción otro sector doctrinal, que pese a partir también de que se trata de una presunción iuris tantum similar a la prevista en el art. 8.1 ET, mantiene que para su activación aún se requieren más requisitos que los exigidos en dicho precepto, a saber, que las actividades sean de reparto o distribución; que la empleadora ejerza facultades de

38 Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios..." cit.

39 Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. (13 de mayo de 2021), *Por fin...* cit.

40 Vid. Palomeque López, M., "Las presunciones legislativas de laboralidad", *Trabajo y Derecho*, núms. 79 y 80, 2021.

dirección de forma directa o indirecta a través de una plataforma digital y, finalmente, que se use un algoritmo para gestionar el servicio o para determinar las condiciones de trabajo.[41] Por este motivo, se mantiene que "tiene poco sentido que una normativa, que tiene por objeto reducir la conflictividad, y conseguir la laboralidad de los repartidores en plataformas, añada una carga superior de presupuestos o requisitos de "activación" de los ya existentes antes de la norma".[42] En definitiva, se considera que la nueva normativa no supone una alteración del concepto de trabajador, sino que únicamente afecta a la carga de la prueba, que se hace recaer en quien sustenta en cada caso que no se trata de una relación laboral.[43]

Por el contrario, mayor eficacia le confieren a esta presunción de laboralidad otros autores, que mantienen que se trata de una presunción de laboralidad "más que fuerte",[44] reforzada,[45] más cualificada[46] y que "va más allá de su carácter iuris tantum",[47] siempre, claro está, que se cumplan los requisitos requeridos por el precepto y que refuerza la presunción general de laboralidad ya incorporada en el art. 8.1 ET, que recoge una presunción plena cuando concurren los elementos de ajenidad y dependencia. Pues bien, ahora nos encontraríamos ante una variante de la subordinación que podría demostrarse claramente con los indicios expresamente indicados en la norma y que deberá llevar necesariamente al reconocimiento de la existencia de laboralidad. A tal efecto, se ha llegado a considerar que dándose el presupuesto de la situación descrita por la norma, la relación profesional entre las partes se somete necesariamente a la legislación laboral, sin admisión de prueba en contrario por parte empresarial.[48]

En la misma dirección, se considera que, a partir de la entrada en vigor de esta norma, que introduce una "presunción fuerte de laboralidad", la concurrencia de los requisitos exigidos por la misma hará innecesario el debate judicial sobre la materia, es decir, la intensidad mayor o menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de

41 Vid. Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo: comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *IUSlabor*, núm. 2, 2021, pág. 36. Vid. también, Todolí Signes, A. (12 de mayo de 2021), *Nueva "Ley Rider". Texto y un pequeño comentario a la norma*. En el blog Argumentos en Derecho Laboral. https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/.

42 Vid. Todolí Signes, A. (12 de mayo de 2021), *Nueva "Ley Rider"...*" cit.

43 Vid. Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización..." cit. pág. 35.

44 Vid. Cruz Villalón, J. (12 de mayo de 2021), *Una presunción plena de laboralidad*... cit.

45 Vid. Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. pág. 33. Vid. también, Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 9.

46 Vid. Gil de Gómez Pérez-Aradros, C. y Imaz Montes, M.M., "Economía colaborativa y mercado de trabajo. Un repaso a propósito de la "Ley Rider", *Trabajo y Derecho*, núm. 81, 2021, pág. 15.

47 Vid. Rojo Torrrecilla, E., *Y llegó la norma que declara*... cit. Vid. también, Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo..." cit. pág. 40.

48 Vid. Cruz Villalón, J. (12 de mayo de 2021), *Una presunción plena*... cit. El autor añade que "basta con que el trabajador aporte indicios de que la organización, dirección y control del trabajo se efectúan a través de algoritmos, de modo que, aportados estos indicios, se reconoce la condición de laborales en todo caso, por tanto, sin capacidad empresarial de demostración en contrario".

plataformas digitales. A tal efecto, se indica que ahora "la ley presume de manera terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce cuando se trate de una actividad de reparto gestionada u organizada mediante algoritmos a través de una plataforma digital", lo que hace nacer, a su vez, de manera superpuesta a ésta, "la relación jurídico-pública de seguridad social con las obligaciones consiguientes de alta y cotización por estos sujetos".[49]

No han faltado, sin embargo, autores que llegan a cuestionar que se trate de una verdadera presunción de laboralidad, indicando al respecto que "seguramente haremos mal en intentar extraer consecuencias desde esta perspectiva, puesto que ni es esa su naturaleza, ni cumple en realidad esa función".[50] Para sostener esta posición se recuerda que la institución de la presunción de laboralidad tenía por finalidad facilitar la prueba de la existencia de un contrato de trabajo a quienes eran víctimas de fraude o simulación, de modo que en lugar de tener que demostrar todos los elementos definitorios de la relación laboral únicamente se tuviera que acreditar la prestación de servicios en beneficio de otro. Una demostración a partir de la cual el juez presumía la existencia de los demás elementos del contrato —retribución y subordinación—, salvo prueba en contrario de quien negara la condición de empleador. Por el contrario, en la redacción actual del art. 8 ET se considera que la misma deja de lado cualquier presunción de laboralidad, puesto que ahora se exige al trabajador para "presumir" la existencia de un contrato de trabajo, todos los elementos previstos en el art. 1.1 ET, es decir, que nos encontremos ante una prestación de servicios remunerada por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.[51]

Pues bien, a partir de estas premisas, se indica que la presunción ahora introducida en la disposición adicional vigesimotercera del ET se apoya precisamente en la "presunción" del art. 8.1 ET. Y en este punto, se mantiene que la activación de la nueva presunción requiere la prueba de todos los elementos definitorios de la relación laboral. De un modo muy expresivo se indica "¿qué es lo que se presume? Porque, para que se active esta presunción el rider debe demostrar la presencia de todos los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo exigidos en el art. 1.1 ET. Es decir, la prestación personal de sus servicios por cuenta ajena, la percepción de una retribución y la subordinación al empleador, solo que en el marco de una prestación vinculada a una plataforma. Con lo que, en realidad, es difícil entender que se esté presumiendo algo".[52]

En esta misma dirección, se ha cuestionado "¿Qué aporta realmente esta regla, si lo que se dice es que serán personas con relación laboral las que presten servicios en el ámbito de dirección y control algorítmico? ¿No es redundante, más bien una tautología?".[53]

---

49 Vid. Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas de trabajo y la ciudadanía social.* En el Blog Según Antonio Baylos. https://baylos.blogspot.com/2021/05/por-fin-la-norma-sobre-los-repartidores.html

50 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad...* cit.

51 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad...* cit. Vid. también, Sanguineti Raymond, W., *La laboralidad de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias, Trabajo y Derecho*, núm. 82, 2001.

52 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad...* cit.

53 Vid. Molina Navarrete, C. (17 de mayo de 2021), *La "Ley" de personas repartidoras...* cit.

Frente a ello, se manifiesta que para que se tratara de un auténtica presunción debería haberse optado, por ejemplo, "por señalar que el trabajo prestado a través de plataformas digitales de reparto se presume incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, salvo prueba en contrario que demuestre el carácter autónomo de la prestación de quien lo realiza o su condición de empresario, dotado de la infraestructura y los medios necesarios para el desarrollo de esa actividad".[54]

Llegados a este punto y con independencia de que se trate o no de una auténtica presunción legal de laboralidad y, en caso afirmativo, que la misma sea más o menos fuerte o intensa, lo cierto es que, frente a dicha presunción de laboralidad, cabría en todo caso prueba en contrario, siempre, claro está, que se demuestre que se trata de actividades de reparto a través de plataformas digitales que no cumplen con los requisitos ahora exigidos por la norma.[55] En este punto, sin embargo, lo que sí resulta indiscutible es que en ningún caso parece fácil destruir esta presunción legal de laboralidad en la práctica, más si cabe, teniendo en cuenta la jurisprudencia elaborada al respecto por el Tribunal Supremo con anterioridad a la propia aprobación del Real Decreto-Ley 9/2021 y de la Ley 12/2021 y, por consiguiente, con anterioridad a la propia previsión de la referida presunción de laboralidad. A esta dificultad cabe añadir, además, la fuerza con la que dota a esta presunción el hecho de que la misma haya sido el resultado del acuerdo alcanzado por los interlocutores sociales tras un largo proceso de negociación.[56]

3.6. El contenido de la presunción de laboralidad

Si nos adentramos ya en el contenido de la disposición adicional vigesimotercera del ET, observamos que la citada presunción de laboralidad incorporada inicialmente por el Real Decreto-Ley 9/2021 y con posterioridad por la Ley 12/2021, requiere para su activación que la actividad de los repartidores de las plataformas digitales de reparto reúna acumulativamente los siguientes requisitos constitutivos:

- que presten servicios retribuidos;
- que los servicios consistan en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía;
- que sean empleados por empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita;

54 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad...* cit.

55 En esta dirección, Montoya Melgar, A., "Trabajadores en plataformas digitales..." cit. pág. 30, tras constatar que "nuestro Derecho se decanta, tanto en su vertiente jurisprudencial como en la normativa, por la inclusión de las prestaciones laborales a través de plataformas digitales en el ámbito del Derecho del Trabajo", añade que ello "no impide que, tanto ahora como en lo sucesivo, siga siendo necesario el análisis casuístico de las prestaciones de servicios en plataformas digitales para comprobar si en cada caso concreto los elementos reales de laboralidad tienen mayor peso que los de signo contrario".

56 Vid. Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores...* cit.

— que dichas facultades se ejerzan mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Como fácilmente puede apreciarse, la referida presunción de laboralidad se apoya fundamentalmente en la identificación de la forma en que se ejercen los poderes de organización, dirección y control por parte del empresario, estableciéndose al respecto que entra en juego la referida presunción de laboralidad cuando dichas facultades empresariales se ejerzan "de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital".

Ello supone que siempre que el algoritmo empleado por la plataforma digital determine de algún modo las condiciones del servicio o las condiciones del trabajo de quien lo preste se entenderá cumplida la exigencia de la dependencia jurídica y no únicamente económica o técnica propia de una relación laboral, con lo que se ha venido a atenuar el rigor de este requisito.[57] En otros términos, se ha indicado que cuando se cumplan estos requisitos, "no será necesario, como sin embargo se debatía principalmente en los pleitos planteados, insistir en la intensidad mayor o menor de la dependencia o subordinación de las personas que trabajan para una empresa de reparto a través de plataformas digitales, sino que la ley presume de manera terminante que la inclusión en el ámbito laboral se produce en cuanto se trate de una actividad de reparto gestionada u organizada mediante algoritmos a través de una plataforma digital".[58]

Pese a la mejora que ello supone, especialmente, la referencia expresa a la posibilidad de que los poderes empresariales de organización, dirección y control se ejerzan de forma directa, indirecta o implícita a través de algoritmos, aún puede resultar complejo demostrar el ejercicio por estos medios de todos y cada uno de los poderes empresariales indicados —organización, dirección y control—.[59] A tal efecto, se han expuesto por la doctrina diferentes ejemplos que conducirían a la inclusión del repartidor en el Estatuto de los Trabajadores, a saber, "que el algoritmo asigne las tareas a realizar —jornada—, se establezcan incentivos (ejemplo, mayor salario cuando llueve o en horario de fin de semana), defina como se evalúa el trabajo (ejemplo, reputación digital) —control—, resuelva cuando alguien es "desactivado" de la aplicación —poder disciplinario—, etcétera".[60]

No cabe duda que esta previsión introducida ahora en la disposición adicional vigesimotercera del ET viene a verbalizar de forma expresa en el texto legal una de las manifestaciones de la depen-

57 Vid. Gil de Gómez Pérez-Aradros, C. y Imaz Montes, M.M., "Economía colaborativa..." cit. pág. 15.

58 Vid. Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores...* En esta misma dirección, Sanguineti Raymond, W., "La laboralidad de los trabajadores..." cit., indica que con la presunción introducida en la disposición adicional vigesimotercera del Estatuto de los Trabajadores se pretende "facilitar la concurrencia de estos presupuestos, y en especial de la subordinación jurídica, en situaciones particularmente conflictivas como las que pueden presentarse tratándose del trabajo realizado a través de las plataformas de reparto".

59 Vid. Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), *La presunción de laboralidad...* cit.

60 Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo..." cit. pág. 40.

dencia ya incorporada en su momento por los tribunales y la doctrina laborales.[61] Esta circunstancia se reconoce de forma expresa en Preámbulo de la norma que indica que "la nueva disposición adicional incorpora los criterios y parámetros establecidos por el Tribunal Supremo".

En este punto, cabe recordar que, aunque la concurrencia de subordinación es uno de los elementos más discutidos en las prestaciones de servicios desarrolladas a través de las plataformas digitales,[62] puede concluirse que la misma también concurre en estos supuestos, si atendemos a las diferentes circunstancias habitualmente concurrentes que permiten acreditar la inclusión del prestador de servicios a través de la plataforma digital dentro del ámbito rector, organizativo y de dirección de la empresa titular de la misma.[63] En definitiva, más allá de una dependencia económica y técnica, que también pueden concurrir en el trabajo autónomo,[64] se constata en la actividad de reparto ejecutada a través de plataformas digitales, con mayor o menor intensidad, la existencia de la dependencia jurídica propia de la relación laboral.

Pues bien, como acertadamente se indica en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 9/2021, se introduce en el Estatuto de los Trabajadores una previsión expresa que viene a reconocer que las facultades empresariales, a las que se refiere el artículo 20 de dicha norma, pueden ser ejercidas de numerosas maneras y, entre ellas, por medio de la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo a través de una plataforma digital, que pasan a ser, los activos claves y esenciales de la actividad. De conformidad con esta apreciación, se establece que la forma indirecta o implícita de ejercicio de las facultades empresariales abarca los supuestos en los que una cierta flexibilidad o libertad por parte de la persona trabajadora en la ejecución del trabajo sea solo aparente, por llevar en realidad aparejada consecuencias o repercusiones en el mantenimiento de su empleo, en su volumen o en el resto de sus condiciones de trabajo.

A tal efecto, debe recordarse que, una vez iniciada la prestación de servicios para la plataforma digital, todo el proceso de ejecución del servicio se encuentra supervisado por el titular de la misma a través de su propia aplicación telemática, que quien presta el servicio ha tenido que descargarse en su propio dispositivo digital —móvil o tablet—.[65] Con ello, la plataforma pretende garantizar unos estándares mínimos de calidad —*know-how* empresarial—. La sujeción del prestador de servicios a las órdenes e instrucciones empresariales no es opcional, sino que la realización por el mismo de

61 Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 9, pone de manifiesto que esta presunción de laboralidad no menciona como nota la ajenidad, pero "de la propia lógica de la aplicación del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores habrá que concluir que debe cumplirse igualmente esta condición para que una relación pueda ser declarada como laboral".

62 Vid. Sierra Benítez, E.M., "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, pág. 9 y Todolí Signes, A., *El trabajo...* cit. pág. 31.

63 Vid. Beltran de Heredia, I., *Economía de las plataformas...* cit. pág. 66.

64 Vid. Guerrero Vizuete, E., "La economía digital y los nuevos trabajadores..." cit. pág. 207.

65 Vid. Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador..." cit. pág. 40.

su actividad, apartándose de las instrucciones impartidas por la empresa comporta consecuencias negativas o penalizadoras. La existencia de estas instrucciones o indicaciones permite constatar que quien presta los servicios no lo hace en un régimen de auto-organización, sino bajo la organización del titular de la plataforma digital,[66] es decir, en un régimen de "hetero-organización", aunque se puedan incorporar importantes dosis de independencia.[67] En definitiva, en estos supuestos, pese a las dificultades añadidas puede identificarse igualmente la "trazabilidad" de la subordinación.[68]

A ello cabe añadir las amplias posibilidades de control del prestador de servicios y, en consecuencia, de la ejecución del servicio que tiene la empresa, precisamente a través de la propia plataforma digital a través de la cual se prestan los servicios, además, de otros sistemas de control que se puedan añadir a la misma, como, por ejemplo, la geolocalización del prestador de servicios[69], mediante mensajería —whatsapp, telegram—, etcétera.[70] Estas amplias posibilidades de control just in time mediante los datos obtenidos por la propia aplicación informática, entre los que se incluyen, las evaluaciones del servicio efectuadas por los propios clientes —reputación on line o reputación digital[71] y sistemas de feedback—,[72] se acostumbra a materializar, además, en la valoración/puntuación que realiza la empresa de cada uno de los prestadores de servicios —sistema de evaluación o rating—, en base a elementos de disponibilidad, productividad y satisfacción de los clientes —a través de puntos, estrellas o similares—, con trascendentales efectos sobre el futuro desarrollo de la prestación de los servicios a través de la plataforma y, en consecuencia, con trascendentales efectos desde un punto de vista económico y laboral.[73] En otros términos, se constata un control indirecto, es decir, realizado a través del programa informático, que permite la vigilancia constante del repartidor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo. En definitiva, es la empresa y no el repartidor la que ostenta

66 Vid. González Ortega, S., "Trabajo asalariado..." cit. pág. 119 y Suárez Corujo, B., "La gran transición..." cit. pág. 50.

67 Vid. Raso Delgue, J., "La empresa virtual..." cit., pág. 16.

68 Vid. Cruz Villalón, J., "Las transformaciones..." cit., pág. 42.

69 Sobre la geolocalización como factor de control en las prestaciones desarrolladas a través de Glovo vid. García Quiñones, J.C., "Economía colaborativa y "dodecafonismo judicial": El caso Glovo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2019, págs. 88 y 89. Vid. también, Martínez Escribano, A., "¿Nuevos trabajadores? ..." cit. y Gil Otero, L., "Soluciones "tecnológicas" a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia", *Temas Laborales*, núm. 151, 2020, págs. 41 y 42.

70 Vid. Perán Quesada, S., "Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, pág. 222.

71 Vid. Todolí Signes, A., "El impacto de la "uber economy"..." cit., pág. 10, Sánchez Pérez, J., "Economía colaborativa y crisis del derecho del trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 430, 2019, págs. 92 y 93 y Álvarez Cuesta, H., "Los retos de la economía colaborativa: yacimiento de empleo o precipicio hacia la precariedad de los jóvenes", en Escudero Prieto, A. (Dir.) y Alonso Bravo, M. (Coord.), *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus, Madrid, 2017, pág. 371.

72 Vid. Dagnino, E., "Uber law..." cit. págs. 17 y ss.

73 Vid. Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., "Sharing economy..." cit. pág. 24. Vid. también, García Quiñones, J.C., "Economía colaborativa..." cit. pág. 87 y 88.

la facultad de condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, lo cual se encuentra reforzado, además, por el amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar si otro repartidor no lo hace.

Por el contrario, no obstaculiza la concurrencia de la dependencia la existencia de un cierto margen de libertad que aparentemente ostentan quienes prestan servicios a través de las plataformas digitales a la hora de determinar su horario de trabajo y, por extensión su jornada de trabajo, e, incluso, de rechazar libremente los encargos que le hayan podido ser asignados por la aplicación informática,[74] no en vano, estas facultades deben ser valoradas atendiendo a las condiciones reales en que se prestan estos servicios para las diferentes plataformas digitales, que se definen por la concurrencia de una auténtica multitud de sujetos o bolsa infinita de potenciales empleados que ofertan sus servicios para las referidas plataformas[75] que, de este modo, ven plenamente garantizada la satisfacción de sus necesidades de mano de obra pese a conceder un relativo margen de libertad a quienes deben prestar los servicios que la plataforma oferta al mercado, lo que favorece esta "permisividad meramente contenida" o mera tolerancia por parte de las empresas que gestionan la plataforma.[76] En otros términos, el propio modelo organizativo de las plataformas garantiza la disponibilidad del personal suficiente sin necesidad de una organización específica del tiempo de trabajo de quienes prestan los servicios.[77]

Además, en muchos casos, este aparente margen de libertad a la hora de elegir horarios o de aceptar o rechazar los encargos, no es tan amplio como se pretende indicar, sino que está limitado o sujeto a importantes restricciones, así por ejemplo, el horario se puede elegir únicamente dentro de determinados turnos o franjas horarias preestablecidas por la empresa; el horario elegido o el cambio del mismo, debe comunicarse con una cierta antelación a la empresa para que pueda adaptar la organización de la actividad a los mismos; la elección de determinados horarios se hace depender de la valoración obtenida previamente por el prestador de servicios en función del desarrollo de su actividad; debe justificarse el motivo del rechazo de algún encargo, etcétera.

Por si todo esto fuera poco, en no pocas ocasiones esta libertad de horarios o de aceptar o rechazar encargos es más formal que real, puesto que el ejercicio de estas aparentes facultades comporta consecuencias negativas en la valoración obtenida por quien presta los servicios, con la consiguiente repercusión laboral y, fundamentalmente, económica que puede derivarse de ello.[78] Esta circunstancia permite cuestionar, cuanto menos, que exista una verdadera libertad para elegir los horarios o rechazar los encargos.[79] En definitiva, como ya se ha indicado, es la empresa y no el prestador del

74 Vid. Ginés i Fabrellas, A., "Diez retos del trabajo..." cit. págs. 99 y 100.

75 Vid. Álvarez Cuesta, H., "Los retos de la economía colaborativa..." cit. pág. 355.

76 Vid. Beltran de Heredia, I., "Economía de las plataformas..." cit. pág. 63. Vid. también, Cámara Botia, A., "La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019, cit. pág. 12.

77 Vid. González Ortega, S., "Trabajo asalariado..." cit. pág. 120 y Gorelli Hernández, J., "Indicios de laboralidad..." cit. pág. 59.

78 Vid. Ginés i Fabrellas, A., S.: "*Sharing economy...*" cit. pág. 18.

79 STS de 16 de noviembre de 2017 (núm. rec. 2806/2015).

servicio la que ostenta la facultad de condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, lo cual se encuentra reforzado, además, por el amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar si otro repartidor no lo hace, que supone que, si no se acepta un determinado horario o se rechazan determinados encargos, se corre el riesgo de no volver a ser "llamado" por la plataforma digital.

Todos estos argumentos permiten contrarrestar o matizar los contenidos en el Auto de 22 de abril de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-692/19) que parece atribuir un valor, a nuestro parecer excesivo, a algunas de las circunstancias que se acaban de exponer y que, en mayor o menor medida, suelen acompañar a las prestaciones de servicios desarrolladas a través de las plataformas digitales.[80] A tal efecto, a pesar de que dicho auto no entra a analizar la naturaleza jurídica de esta modalidad de prestación de servicios, remitiendo la cuestión, como en tantos otras ocasiones, a lo que disponga el tribunal nacional, parece dar a entender que, a la luz de las circunstancias del caso, no se dan las características del trabajo subordinado por los siguientes motivos: el prestador del servicio parece tener una gran libertad en relación con su supuesto empleador, así, por ejemplo, se considera que el hecho de que el prestador del servicio pueda designar sustitutos para llevar a cabo las tareas, es una posibilidad que está en principio reservada a quién, precisamente, no presta servicios de forma subordinada; el prestador de servicio tiene libertad para no aceptar las tareas que le fueron asignadas, además, de poder fijar un límite vinculante para la cantidad de tareas que está listo para realizar; el prestador de servicio tiene la posibilidad de prestar servicios similares para otros competidores directos del supuesto empleador; y, finalmente, el prestador del servicio puede establecer sus propias horas de trabajo dentro de ciertos parámetros, así como organizar su tiempo para adaptarse a su conveniencia personal y no únicamente a los intereses del supuesto empleador.

Por lo demás, cabe recordar que, aun considerando que la concurrencia de estos elementos podría cuestionar la naturaleza laboral de la prestación de servicios, el propio Auto del TJUE prevé las siguientes salvedades al respecto: a) que la independencia de esa persona no parezca ficticia y b) que no sea posible establecer una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador.

En este punto, cabe destacar que en la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 9/2021 se plantearon enmiendas dirigidas precisamente a conseguir que la presencia de algunos de los elementos de flexibilidad en la prestación de servicios a los que se acaba de hacer referencia permitieran excluir el carácter laboral de las mismas.[81] Así, por ejemplo, se pretendía que para considerar que se trata de una relación laboral deberían darse tres de las siguientes situaciones: la imposición de asistencia al centro de trabajo del proveedor de servicios de intermediación a través de plataformas digitales; la imposición de horarios e instrucciones o cualquier decisión relacionada con el tiempo de trabajo o de tiempo libre; el impedimento de la prestación de servicios para una o

80 Un análisis crítico de esta resolución judicial en *Camino Frías, J.J., "La consideración de los repartidores a domicilio a través de plataformas digitales como trabajadores. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 448, 2020.*

81 Vid., por ejemplo, la Enmienda presentada por el grupo del PDECat, integrado en el Grupo Parlamentario Nacionalista. Vid. con la misma finalidad, la Enmienda presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos.

más empresas competidoras; la imposibilidad de rechazar encargos; la organización de formación para la prestación de servicios o el ejercicio de la facultad disciplinaria. No cabe duda que de haber prosperado estas enmiendas hubiera sido difícil calificar como laborales a estas prestaciones de servicios, por cuanto, las plataformas digitales de reparto ya han procurado adaptar su modelo organizativo evitando precisamente estos comportamientos. El actual juego de mayorías en Congreso y Senado no han permitido, sin embargo, incorporar ningún cambio en la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 9/2021.

De todo lo expuesto hasta el momento, no cabe duda que, como indica el Preámbulo del Real Decreto-Ley 9/2021, posterior Ley 12/2021, la eficacia de la disposición adicional vigesimotercera del ET, va a depender en última instancia de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de las plataformas digitales, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas, que no se tienen que ver cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial.

En este punto, van a resultar un instrumento determinante las nuevas facultades informativas introducidas en la letra d) del art. 64.4 ET, según la cual el comité de empresa deberá 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".

3.7. La no afectación de la presunción de laboralidad a las previsiones del art. 1.3 ET

Resulta sorprendente la previsión final contenida en la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET, según la cual la presunción de laboralidad que incorpora la norma "no afecta a lo previsto en el art. 1.3 de la presente norma". Recuérdese que dicho precepto regula las exclusiones del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Resulta difícil valorar el alcance de esta previsión, de la cual, además, nada indican los extensos Preámbulos del Real Decreto-Ley 9/2021 y de la Ley 12/2021. En todo caso, la explicación más plausible de la misma parece ser la voluntad de evitar que en el futuro se puedan plantear problemas de deslinde entre la presunción de laboralidad que introduce esta norma y la exclusión de los transportistas contenida en el art. 1.3 g) ET, habiéndose querido dejar claro que la primera en nada afecta a lo previsto por la segunda.[82] De ser esta la intención, tal vez hubiera sido preferible que se hubiera citado de un modo expreso la exclusión de este colectivo de transportistas y no la remisión genérica que finalmente se ha recogido al conjunto de exclusiones recogidas en el art. 1.3 ET. Siendo, sin embargo, esta la

82 Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 10, pone de manifiesto que a partir de esta previsión "hay que concluir que todo el que haga el reparto de las mercancías con un vehículo que precise una autorización administrativa, en ningún caso será un trabajador por cuenta ajena. Quedando de nuevo al arbitrio del tipo de vehículo utilizado la calificación de la laboralidad, como ocurre de forma general". Más dudas plantea al respecto Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios..." cit.

redacción del precepto, cabe concluir que la presunción de laboralidad ahora introducida no puede afectar a ninguna de las exclusiones actualmente recogidas en dicho precepto. en el art. 1.3 ET.[83]

3.8. La previsión de un largo periodo transitorio

El impacto económico y organizativo que, sin lugar a dudas, iba a tener el Real Decreto-Ley 9/2021 sobre la actividad de reparto efectuada a través de las plataformas digitales, tanto en los propios repartidores, pero fundamentalmente en los titulares de dichas plataformas digitales, comportó que, desde los primeros borradores, se estableciera un periodo transitorio, más o menos extenso, para que dichas plataformas se adaptaran al nuevo marco normativo. A tal efecto, en la redacción de la norma finalmente aprobada se incorpora una disposición final segunda que bajo el epígrafe de "entrada en vigor", establece que "el presente real decreto-ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Con ello, como expresa el Preámbulo de la norma, se pretende posibilitar "el conocimiento material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación".[84] A tal efecto, al haberse publicado la norma en el Boletín Oficial del Estado el 12 de mayo de 2021, la entrada en vigor de la misma no se produjo hasta el día 12 de agosto del mismo año. No parece que la entrada en vigor de esta norma en pleno periodo vacacional, sin embargo, haya ayudado a la implementación efectiva de la misma.

En todo caso, cabe constatar que ello no ha comportado, necesariamente, privar de derechos al colectivo de repartidores, puesto que la jurisprudencia existente en este punto ha permitido a los trabajadores seguir reclamando durante todo este periodo el reconocimiento del carácter laboral de su actividad por vía judicial con totales garantías de éxito, al igual que no ha impedido la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Por ello, no parece apropiado afirmar que ha habido una "amnistía" en favor de las empresas hasta la entrada en vigor de esta norma.[85]

4. Y TRAS LA REGULACIÓN LEGAL, ¿CÓMO VAN A ACTUAR LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO?

Si la finalidad declarada de la previsión contenida en la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 9/2021, consistente en posponer la entrada en vigor de la norma durante un amplio período de tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, era la de "posibilitar el conocimien-

83 Vid. Blázquez Agudo, E.M, "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 10.

84 Este plazo de tres meses aún parecía insuficiente para algún grupo parlamentario que en la tramitación de esta norma como proyecto de ley pidió su ampliación hasta los seis meses.

85 Vid. Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo..." cit. pág. 53.

to material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación", en la práctica ha sido utilizado por gran parte de las plataformas digitales de reparto para diseñar sus nuevas estrategias de negocio y, muy especialmente, diseñar nuevas construcciones de ingeniería laboral que les permitan eludir en lo esencial la finalidad última de dicha norma, que no era otra que "regularizar" la contratación laboral de los repartidores por las citadas plataformas digitales para las que desarrollan su actividad de reparto.[86]

Aunque no haya sido la respuesta mayoritaria, llama la atención la coincidencia en el tiempo entre la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2021 y el anuncio de una de las grandes plataformas digitales de reparto que operan en España de abandonar el mercado español de reparto, es decir, la actividad de delivery. A tal efecto, los medios de comunicación, especialmente los económicos, se hacían eco en julio de 2021 de la intención de Deliveroo de cesar su actividad de reparto en España. Obviamente, la empresa alegó motivos económicos para tomar dicha decisión, pero no puede olvidarse que dicho anuncio se produjo a pocas semanas de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2021, hasta el punto que los medios de comunicación establecieron una relación de causa efecto al respecto.

En esta dirección, el diario *Cinco días* de 30 de julio de 2021 indicaba que "Aunque en su nota Deliveroo no habla de la ley de *riders*, el cambio que esta acarrearía en su operativa parece determinante en la decisión de la multinacional, pues desde el sector siempre se ha indicado que la nueva normativa va a elevar los costes de las empresas de *delivery*, al tener que contratar directamente a los repartidos o subcontratar flotas de *riders* a terceras empresas". A dicha conclusión conducen, además, las declaraciones efectuadas por la propia empresa en las que se expone en forma de queja que "España es el único país de Europa donde se ha hecho una reclasificación laboral de los *riders*".

Cabe constatar, sin embargo, que esta decisión empresarial de abandonar el mercado español de delivery no se encuentra exenta del riesgo de generar nuevas responsabilidades laborales para la plataforma o plataformas digitales de reparto que la puedan adoptar, no en vano, la misma constituye de facto un despido colectivo de todos aquellos repartidores que hasta el momento hubieran podido prestar sus servicios para dicha o dichas plataformas.[87] A tal efecto, diferentes bufetes de abogados ya han anunciado que interpondrán las correspondientes demandas judiciales al respecto.[88]

Fuera de estas opciones más radicales, el resto de plataformas digitales ha optado por diferentes estrategias a la hora de continuar con su actividad económica y "dar cumplimiento" a lo previsto ahora por la disposición adicional vigesimotercera del ET.[89]

---

86 Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios..." cit., pone de manifiesto la "fragmentación estratégica" de las diferentes plataformas digitales de reparto a la hora de abordar el nuevo contexto normativo.

87 Por este motivo, Deliveroo ya ha anunciado que está trabajando para dar de alta en la Seguridad Social a todos aquellos repartidores que no lo estuvieran ya y que una vez lo haga se negociará con los representantes de los trabajadores las condiciones del despido colectivo. Vid. *Cinco días*, 9 de agosto de 2021.

88 Vid. *Cinco días*, 11 de agosto de 2021.

89 Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios..." cit. constata que la anunciada por la prensa "implosión" del negocio, y con ella de los miles de puestos de trabajo precario de los/las "riders" o personas repartidoras, no parece haberse producido.

A tal efecto, lo menos común ha sido la opción de dar cumplimiento pleno, al menos en apariencia, a lo previsto por la ley, siendo escasas las plataformas digitales de reparto que han manifestado la voluntad de integrar en sus plantillas a sus repartidores o, al menos, a una parte sustancial de los mismos. Este ha sido el caso de Just Eat y de Stuart que abogan por la laboralización plena o, en todo caso, mayoritaria de sus plantillas.[90] En este punto, cabe recordar que Just Eat ya había respaldado en su momento el acuerdo alcanzado en la Mesa de Diálogo.

En todo caso, cabe tener en cuenta que según las propias declaraciones de responsables de Just Eat, "en España operan con dos modelos de contratación. Uno basado en acuerdos de colaboración con empresas especializadas en logística de última milla que emplean a repartidores por cuenta ajena y se comprometen a respetar los derechos laborales de sus plantillas, y otro, que pusieron en marcha en noviembre de 2020, basado en una red propia de repartidores que trabajan bajo contrato laboral".

En este contexto favorable a la laboralización de sus repartidores, además, la empresa Just Eat ha anunciado la negociación de un convenio colectivo de empresa con CCOO y UGT que, sin lugar a dudas, permitiría adaptar las normas laborales a las características propias del sector de delivery, en materia de jornada, horarios, salarios, salud laboral, etcétera. No cabe duda que, aunque sería preferible que este objetivo se abordara desde la negociación colectiva sectorial, la aprobación de este convenio colectivo constituiría un verdadero hito en la normalización de las relaciones laborales de los repartidores que prestan sus servicios a través de las plataformas digitales. En esta misma dirección, la plataforma digital Stuart se ha mostrado dispuesta a formar parte de cualquier conversación que vaya en la línea de un convenio colectivo, incluido el que impulsa Just Eat.[91]

No cabe duda, sin embargo, que la aprobación de este convenio colectivo específico de este ámbito de actividad va encontrar fuertes reticencias por parte de aquellas empresas de reparto que abogan por la aplicación del convenio colectivo de mensajería.[92]

La misma dirección es la que parece que va a seguir otra plataforma digital de reparto, denominada Rocket, que ha anunciado su progresiva implantación en España, que además de abogar por la contratación indefinida de los repartidores que vayan a prestar sus servicios para la plataforma, ha anunciado su compromiso de negociar un convenio colectivo que reconozca y garantice a dichos trabajadores los mejores beneficios sociales del sector. Según la empresa, estos beneficios sociales deberán incluir cuanto menos "flexibilidad de horarios, oportunidades de formación para el personal de reparto, oportunidades de ascenso dentro de la compañía y almacenes en el centro de la ciudad para descanso, reuniones operativas y formación".[93]

90 Vid. *Cinco días*, 11 de marzo de 2021.

91 Vid. *Cinco días*, 11 de agosto de 2021.

92 A tal efecto, Glovo está valorando la posibilidad de aplicar el convenio colectivo de mensajería o el de la logística.

93 Vid. *Cinco días*, 11 de octubre de 2021.

Otras plataformas digitales, entre las que destaca Glovo, sin embargo, han anunciado que, para la ejecución de su actividad de reparto, seguirán acudiendo indistintamente a trabajadores por cuenta ajena —con horarios y retribuciones fijas y rutas concretas para aquellos servicios que, por su naturaleza, sean viables tecnológica y operativamente— y a trabajadores autónomos, si bien, adecuando los contratos de estos últimos para no incumplir la ley.[94] Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, no cabe duda que esta opción se antoja a priori de muy difícil compatibilidad con la legalidad vigente, por mucho que, como ya ha anunciado la empresa, se dote a los repartidores de mayor autonomía y flexibilidad en el desarrollo de su actividad —libre conexión, discrecionalidad horaria, libertad de fijación de precios (el multiplicador), posibilidad de subcontratar, eliminación del sistema de puntuación y penalizaciones—.[95] Como era de esperar, las organizaciones sindicales no han tardado en denunciar a esta plataforma digital por incumplir la Ley rider.[96]

Otras plataformas digitales de reparto, por su parte, han ido desistiendo de emplear a trabajadores autónomos, para acudir a otras fórmulas más "imaginativas", entre las cuales cabe destacar, el recurso a la subcontratación de la fase final de esta actividad de reparto con empresas especializadas al efecto —empresas de reparto de última milla, como por ejemplo, Ara Vinc, Sargo, Deelivers o grupo Mox— anunciada, entre otras, por Uber Eats,[97] o bien, acudiendo y/o fomentando, la constitución de cooperativas de riders. Opciones a las que cabe añadir también el recurso a empresas de trabajo temporal digitales —por ejemplo, JobantTalent y BuscoExtra—.[98] Todas estas opciones de externalización del servicio de reparto, al tiempo que permiten a las plataformas digitales reducir los costes laborales que asumen, también les permiten reducir o eliminar muchos gastos de logística —por ejemplo, garajes, vehículos, mantenimiento, etcétera—.

No cabe duda que el recurso a la subcontratación por parte de las plataformas digitales plantea serias dudas de encaje con la legalidad y, específicamente, con lo preceptuado por el art. 42 ET, por cuanto estas empresas, aunque jurídicamente sean reales e independientes, difícilmente van a ejercer sobre los repartidores los poderes empresariales que corresponden al empresario, sino que, por el contrario, todo hace prever que los mismos y, muy especialmente, el poder de dirección y organi-

94 A tal efecto, inicialmente la plataforma digital Glovo había anunciado a finales de julio de 2021 como iba a ser su nuevo modelo operativo para cumplir la ley, que consistía en contratar a 2.000 repartidores en España antes de final de año, pero seguir operando con autónomos (entre 7.000 y 10.000), bajo un modelo que, a su criterio, permitiría cumplir la ley y seguir el criterio establecido por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Vid. *Cinco días*, 28 de julio de 2021).

95 En la misma dirección, vid Sanguineti Raymond, W., "La laboralidad de los trabajadores de las plataformas..." cit., que pone de manifiesto que este modelo de negocio de las plataformas "no precisa de la estandarización de los tiempos y las tareas, e incluso del abono de retribuciones homogéneas".

96 Vid. *Cinco días*, 9 de agosto de 2021.

97 Vid. *Cinco días*, 9 de agosto de 2021. Muestra del auge que puede tener este modelo son las expectativas de negocio del sector que prevé doblar en el próximo año su facturación. Vid. *Cinco días*, 24 de mayo de 2021.

98 En este contexto, ya se están produciendo movimientos corporativos entre empresas de reparto de última milla y empresas de trabajo temporal para mejorar su oferta para las plataformas de delivery. Vid. *Cinco días*, 28 de julio de 2021.

zación, seguirán ejerciéndose por parte de la empresa titular de la plataforma digital a través de los algoritmos mediante los que se gestiona la actividad de reparto.[99] En otros términos, si las empresas subcontratadas se limitan a facilitar la mano de obra —los repartidores—, pero sigue siendo la plataforma digital la que organiza y controla a dichos repartidores mediante la aplicación y el correspondiente algoritmo, se estaría incurriendo en una cesión ilegal de trabajadores, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico (art. 43 ET).[100] A tal efecto, el apartado segundo de dicho precepto establece que "En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

Frente a ello, las empresas de reparto de última milla, como Deeliveers, ya alegan que no usan el algoritmo de las plataformas digitales de reparto, sino que utilizan su propia tecnología.

En este contexto, como era de esperar, ya se han presentado las primeras denuncias por subcontratar los repartos, invocándose al respecto que los repartidores siguen utilizando la misma aplicación con la que trabajaban antes y que la organización del trabajo se sigue realizando desde la empresa principal, de modo que se convierte a la subcontrata "en una empresa pantalla que le permite burlar la legislación laboral" y, en consecuencia, nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores.[101]

Antecedentes como la multa impuesta por la inspección de trabajo de Cataluña a Cabify por incurrir en una cesión ilegal de trabajo pueden ser un buen referente de cómo vayan a resolverse estas reclamaciones. A tal efecto, la inspección de trabajo concluyó que la empresa contratada por Cabify no disponía de una estructura productiva esencial para realizar la prestación de servicios, destacándose a tal efecto que la plataforma pertenece a la empresa principal, lo que posibilita que el poder directivo sobre los trabajadores sea ejercido directamente por el algoritmo del que es propietario la plataforma.

Probablemente, conocedor de las dificultades de encaje de la subcontratación de los servicios de reparto por parte de las plataformas digitales, el Grupo parlamentario popular en el Senado presentó una enmienda a la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 9/2021 mediante la que se pretendía introducir una nueva disposición adicional en el Estatuto de los Trabajadores que bajo

99 En parecidos términos, Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo..." pág. 33, considera que, en estos supuestos, la empresa que pone a disposición los trabajadores contratados, aun teniendo entidad propia conforme a derecho, no cumple con las obligaciones empresariales propiamente dichas y que en realidad están a cargo de las empresas de reparto que, aunque no contraten directamente, siguen teniendo efectivamente el poder de dirección y organización de la actividad empresarial.

100 También advierte de este riesgo Sanguineti Raymond, W., "La laboralidad de los trabajadores de las plataformas..." cit. al considerar que la gestión y asignación de los pedidos es realizada también en estos casos, dada la naturaleza de la actividad, por la plataforma. En otros términos, podría entenderse, según el autor, que quien organiza y dirige la actividad de los trabajadores es la plataforma, "limitándose el contratista o la cooperativa a actuar como un suministrador de personal, que no ejerce en realidad ninguna de las funciones nucleares propias de la condición de empleador".

101 A título de ejemplo, UGT ya ha denunciado a Glovo, Uber Eats y Amazon por este motivo. Vid. *Cinco días*, 26 de abril de 2021.

el epígrafe de "subcontratación", permitiría de forma expresa a las plataformas digitales prestar sus servicios "directa o indirectamente, pudiendo subcontratar prestaciones de servicios siempre que se realicen al amparo del art. 42 ET". Aunque no parece que dicha previsión aportara nada nuevo, no en vano, la misma seguiría exigiendo que se cumplieran con los requerimientos del art. 42 ET, sin establecer ninguna regulación específica al respecto, lo cual, por otra parte, no parece de recibo, a riesgo de desnaturalizar esta institución jurídica, seguro que la misma hubiera añadido un plus de legitimidad a estas prácticas. Esta enmienda, sin embargo, finalmente no prosperó.

Asimismo, sin perjuicio del espacio que puedan ocupar las cooperativas de riders creadas para competir con las grandes plataformas digitales de reparto, al estilo de Mensakas, en Barcelona o La Pájara, en Madrid,[102] el recurso a cooperativas de trabajo asociado por parte de las plataformas digitales tradicionales para poder desarrollar su actividad de reparto, también resulta complicado, puesto que, como acertadamente se ha indicado, aunque la presunción del laboralidad introducida por el Real Decreto-Ley 9/2021 no coincida con este supuesto, al concurrir en las cooperativas de trabajo asociado una relación societaria, debe tenerse en cuenta "la fuerza expansiva de esa presunción", que "incide de manera decisiva en la eliminación de la figura de falsos autónomos y por lo tanto asimismo en la desvirtuación de estas formas societarias para escapar a la calificación de laboralidad plena de la relación laboral".[103]

En este punto, podría considerarse que el contrato de servicios entre la cooperativa de repartidores autónomos y la plataforma digital de reparto se limitaría a la mera puesta a disposición de los repartidores por parte de la cooperativa en favor de la plataforma digital, sin que la cooperativa llegue a disponer de una auténtica organización propia y estable al margen de la plataforma. En definitiva, continuaría siendo la plataforma digital de reparto el empresario real, actuando la cooperativa como un instrumento formal para la aportación de repartidores.

Más tolerante con esta práctica se muestra otro sector de la doctrina que tras indicar que nos encontramos ante normativas contradictorias, a saber, la normativa sobre cooperativas y la disposición adicional vigesimotercera del ET, considera que la previsión genérica recogida por esta última disposición, según la cual la misma no afectará a las exclusiones del art. 1.3 ET, incluiría la exclusión de los cooperativistas, en base a lo previsto en el art. 1.3. g) ET, que excluye del ámbito del Derecho del Trabajo a "todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1".[104]

En este contexto, se ha reclamado la previsión de pautas de control en la subcontratación fraudulenta a través de empresas aparentes e interpuestas, especialmente sobre el recurso a cooperativas de trabajo asociado por parte de las plataformas.[105]

---

102 Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. pág. 34, llama la atención sobre "el trabajo jurídico desplegado en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado para impedir el fenómeno de los falsos autónomos". Vid. también Auvergnon, P., "Angustias de la Uberización..." cit.

103 Vid. Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores...* cit.

104 Vid. Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo..." cit. pág. 39.

105 Vid. Gil de Gómez Pérez-Aradros, C. y Imaz Montes, M.M.: "Economía colaborativa..." cit. 15.

En este punto, no cabe duda que a la hora de abordar la legalidad del recurso a la subcontratación de empresas de última milla o a cooperativas de riders puede resultar de gran utilidad la presunción de laboralidad prevista en la disposición adicional vigesimotercera del ET. A tal efecto, aunque la misma se limita a establecer que quien realiza la actividad de reparto debe estar contratado laboralmente, sin obligar a que dicha contratación la realice directamente la plataforma digital de reparto,[106] al reconocer que las facultades empresariales de organización, dirección y control mediante gestión algorítmica pueden ejercerse tanto de forma directa, como de forma indirecta o implícita, dando pie al "empleador algorítmico indirecto", estaría limitando la posibilidad de subcontratar a terceros la actividad de reparto. A tal efecto, se ha manifestado que dicha previsión "puede ser un buen escudo frente a las alternativas que parece ahora están diseñando las plataformas de reparto basadas en la ubicación, a fin de reducir el ámbito aplicativo de la ley, como son las formas de gestión indirecta, a través de la contratación ex art. 42 ET con cooperativas de personas repartidoras, es decir, formas de autoempleo colectivo o asociado".[107]

No menos problemático en estos casos resulta el recurso a empresas de trabajo temporal, puesto que, al menos inicialmente, el mismo únicamente era posible en los supuestos previstos por la ley — art. 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal—, que básicamente se centraban en la cobertura de necesidades temporales de mano de obra y no para satisfacer la actividad habitual de reparto de las plataformas digitales. En este punto, sin embargo, habrá que ver la incidencia que pueda tener el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que abre la puerta para que las empresas de trabajo temporal puedan celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 ET.

De todo lo expuesto hasta el momento, cabe concluir que la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, hoy Ley 12/2021, no va a poner fin a la conflictividad en el mercado del reparto, sino que, por el contrario, va a ser la causa de nuevos litigios. En este punto, ya se anuncian actuaciones de la inspección de trabajo y denuncias por parte de sindicatos, bufetes de abogados, repartidores, etcétera. La solución que se dé a todas las controversias que se vayan suscitando no resulta baladí, no en vano, no afectará únicamente a los derechos laborales y de seguridad social de los repartidores que prestan sus servicios a través de plataformas de reparto, sino a la ineludible exigencia de que todos los operadores del sector del reparto compitan en condiciones de igualdad.

106 Vid. Todolí Signes, A., "Cambios normativos en la digitalización del trabajo..." cit. pág. 38.

107 Vid Molina Navarrete, C. (17 de mayo de 2021), *La "Ley" de personas repartidoras...* cit. Vid. también, Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. pág. 34.

5. EPÍLOGO

El carácter dinámico de las nuevas realidades económicas de la economía digital y, muy especialmente, de las plataformas digitales de reparto dificulta que la calificación como laboral de las mismas pueda fijarse por la normativa laboral, más allá de la definición de relación laboral que ya lleva a cabo el art. 1.1 ET, no en vano, cualquier intento de fijar por ley los indicios de laboralidad en estos supuestos puede verse inmediatamente desbordado por las nuevas prácticas diseñadas por las empresas titulares de dichas plataformas. A tal efecto, podría albergarse el temor de que una vez incorporados dichos indicios de laboralidad en el texto normativo del Estatuto de los Trabajadores, primero por el Real Decreto-Ley 9/2021 y después por la Ley 12/2021, los mismos pudieran quedar nuevamente superados en un breve período de tiempo ante las nuevas estrategias organizativas adoptadas por las plataformas digitales.

En este punto, sin embargo, no cabe duda que el ejemplo de la STS de 25 de septiembre de 2020, al igual que otras resoluciones judiciales dictadas en su momento por el mismo Tribunal, permite mantener que la jurisprudencia sobre la delimitación de la relación laboral acuñada a lo largo de muchas décadas, pero siempre actualizada a las circunstancias del momento, resulta del todo suficiente para poder seguir abordando los nuevos retos que con toda seguridad pueda plantear en el futuro la economía digital en general y, más específicamente, la economía de plataformas.

En esta dirección, la intervención normativa llevada a cabo en relación con la calificación de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de reparto a través de plataformas digitales también constituye una declaración pedagógica muy potente, a través de la cual se va a ver claramente reforzado el carácter laboral de estas y otras prestaciones de servicios desarrolladas a través de plataformas digitales que, por otra parte, ya se desprendía de lo dispuesto por el art. 1.1 y 8 del ET y de la interpretación que de dichos preceptos ha realizado la jurisprudencia a lo largo del tiempo y, muy recientemente, la STS de 25 de septiembre de 2020 (núm. rec. 4746/2019).

A tal efecto, cabe esperar que con esta intervención normativa se ponga fin de una vez por todas a la inaceptable actitud de "rebeldía" de las plataformas digitales de reparto que, sorprendentemente, a día de hoy aún pretenden seguir actuando como si el legislador y los tribunales laborales, incluido el Tribunal Supremo, no se hubieran pronunciado todavía sobre esta cuestión, ya sea manteniendo la calificación de autónomos de sus repartidores, o bien, acudiendo a empresas interpuestas para la ejecución de su actividad de reparto.

Es cierto que con el reconocimiento del carácter laboral de estas prestaciones de servicios por parte del legislador y de los tribunales laborales se pueden limitar algunas de las bondades que, sin lugar a dudas, cabe reconocer al trabajo a través de plataformas digitales de reparto,[108] a saber: ofrece grandes posibilidades de conciliación con otras necesidades de quien lo ejecuta, ya sea el cuidado de hijos o per-

108 En esta dirección, Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 15, constata que "hay que valorar que justamente en algunas ocasiones el atractivo de esta actividad se encuentra en la independencia para desarrollar la actividad que no tienen los trabajadores por cuenta ajena".

sonas dependientes, compatibilización con estudios, etcétera; permite obtener ingresos complementarios a otras actividades; facilita la inserción laboral de aquellos colectivos con especiales dificultades de inserción laboral; e, incluso, puede contribuir a poner coto a la economía sumergida.[109] Frente a ello, cabe poner de manifiesto que no resulta admisible la consecución de estos a priori loables objetivos mediante el incremento de la precariedad laboral y, en todo caso, que el actual marco jurídico-laboral ya es lo suficientemente flexible como para alcanzar dichos objetivos de un modo mucho más equitativo, sin necesidad de expulsar a todas estas prestaciones de servicios del marco jurídico-laboral.

Por lo demás, en el supuesto en que se considere que algunas de estas prestaciones de servicios pudieran encontrar aún un encaje adecuado en el trabajo autónomo, especialmente, cuando las mismas se desarrollen a través de plataformas digitales que efectivamente limitan su actividad al mero contacto entre usuarios y prestadores de servicios —empresas tecnológicas—, aún existe la posibilidad de destruir la presunción de laboralidad, mediante la prueba de la ausencia de concurrencia de alguno de los presupuestos definidores de la relación laboral a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo y, en especial, de la ajenidad y la dependencia, de modo que, en estos supuestos, nos encontraríamos ante auténticos trabajadores autónomos o, en su caso, trabajadores autónomos económicamente dependientes. En este supuesto, sin embargo, aún sería del todo necesario reforzar la protección dispensada a estos colectivos en materia laboral, pero fundamentalmente, en materia de seguridad social.[110]

En cualquier caso, como ya se ha ido anticipando a lo largo de este trabajo, el reconocimiento del carácter laboral de la relación existente entre las plataformas digitales de reparto y quienes prestan servicios a través de las mismas por parte del legislador y del Tribunal Supremo, no es más que la primera batalla que, con toda seguridad, no pondrá fin a la conflictividad existente en este ámbito, sino que, por el contrario, será el inicio de otras batallas jurídicas dirigidas a dignificar el trabajo que se desarrolla a través de las plataformas digitales en materia de jornada, horarios, descansos, retribución mínima, privacidad, portabilidad de evaluaciones, conciliación de la vida laboral y familiar, prevención de riesgos laborales, igualdad y no discriminación, régimen de penalizaciones, etcétera[111], así como también, a garantizar los derechos de carácter colectivo de estos trabajadores y que también merecen ser protegidos —libertad sindical, convenio colectivo aplicable, derechos de representación, conflictos colectivos, etcétera—.[112]

---

109 Vid. Suárez Corujo, B., "La gran transición..." cit. pág. 50 y Páramo Montero, P., "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017, págs. 186 y 189.

110 Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías..." cit. pág. 19.

111 Vid. Cuadros Garrido, M.E., "Hacia una reinterpretación de la relación de trabajo por la disrupción de las plataformas digitales", en AAVV, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT". XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, págs. 61 a 62. Vid. también, Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. págs. 35 y ss.

112 Vid. Guerrero Vizuete, E., "La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores", en Torres Coronas, T., Belzunegui Eraso, A. y Moreno Gené, J. (Dirs.), *Finding solutions to societal problems*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2018, págs. 41 y ss. Vid. ampliamente en Valle Muñoz, F.A., "Los derechos colectivos en los nuevos escenarios de trabajo tecnológico", en Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coords.), *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 539 y ss.

En otros términos, una vez reconocido el carácter laboral de estas prestaciones de servicios, aún habrá que seguir dando la batalla para que esta declaración legal y judicial no se quede en una mera declaración formal o retórica, sino que la misma debe comportar que dichas prestaciones reciban toda la protección laboral y de seguridad social que se asocia a esta calificación jurídica y que reclaman los más elementales estándares constitucionales e internacionales.[113]

Con esta finalidad, ya durante el mes de agosto de 2021, a los pocos días de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2021, se produjeron diferentes movilizaciones y huelgas por parte de los repartidores de una de las principales plataformas digitales de reparto —Glovo—, con la finalidad de reclamar mejoras laborales, no únicamente relacionadas con el salario, sino también en reclamación de contratos indefinidos, reducción de las altas tasas de parcialidad actualmente existentes, regulación del tiempo de trabajo y los descansos, adopción de medidas de prevención de riesgos laborales, mejora de las condiciones en que debe realizarse el reparto, etcétera.[114]

En este contexto y a falta de una regulación específica que adapte el marco jurídico laboral y de la seguridad social a las particularidades o especialidades que, sin lugar a dudas, plantea la prestación de servicios a través de las plataformas digitales de reparto,[115] al estilo de lo que ya se ha hecho con el trabajo a distancia mediante la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia[116], no cabe duda que todas estas cuestiones deberán abordarse mediante el recurso a la normativa laboral común. En este punto, sin embargo, se han planteado ciertas dudas sobre si la escueta regulación que se contiene actualmente en la Ley 12/2021 sobre el trabajo en plataformas digitales de reparto, es capaz de hacer frente a los problemas de fondo planteados por esta forma de trabajar, a saber, la precariedad laboral y la pobreza que padecen estos trabajadores.[117]

Pese a las limitaciones normativas actualmente existentes, ya se están ofreciendo por parte de la doctrina interesantes soluciones a cuestiones puntuales que plantea en la actualidad el trabajo a través de plataformas digitales de reparto, siempre partiendo, claro está, de la laboralización de este colectivo.

---

113 Vid. Suárez Corujo, B., "La gran transición..." cit. pág. 45 y Cavas Martínez, F., "Breves apuntes..." cit. pág. 66.

114 Vid. *Cinco días* de 27 de agosto de 2021.

115 Muy partidario de esta intervención se muestra Pérez del Prado, D., "El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una directiva", *Trabajo y Derecho*, núm. 77, 2021, pág. 19, para el que "las acciones tomadas en nuestro país, por positivas y avanzadas que pudieran parecer, no debieran detenerse ni considerarse suficientes, sino ser un primer paso en una acción legislativa continuada en el tiempo y estructurada regulatoriamente".

116 Vid. Cruz Villalón, J., "Las transformaciones..." cit. pág. 43 y Suárez Corujo, B.: "La gran transición..." cit. pág. 55.

117 Vid. Sanguineti Raymond, W., "La laboralizacion de los trabajadores..." cit. En esta dirección, Ginés i Fabrellas, A., "El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider", *IUSlabor*, núm. 2, 2021, pág. 2, pone de manifiesto que "el trabajo en plataformas genera una precariedad laboral que va más allá de la naturaleza jurídica de la relación. Existen características intrínsecas del singular modelo de negocio de las plataformas que, más allá de la consideración formal del trabajo como autónomo, contribuyen a generar una insoportable precariedad laboral". Vid. también, González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea..." cit.

A título de ejemplo, se sostiene que la normativa sobre jornadas de trabajo, así como los criterios jurisprudenciales ya existentes en materia de cómputo del tiempo de trabajo, serían suficientes a la hora de abordar el tiempo de trabajo de los repartidores que, en la actualidad, de facto se asemejan al contrato de cero horas, ilegal en el ordenamiento jurídico español.[118] A tal efecto, se considera que, a diferencia de la situación actual impuesta por las plataformas digitales de reparto, según la cual los "tiempos de espera" entre la activación del trabajador en el sistema y la recepción de un encargo, así como entre el fin de un encargo y la atención de otro, no son considerados como tiempo de trabajo, sino como descansos, sujetos a una especie de pacto implícito de disponibilidad, la aplicación de la normativa laboral permitiría que dichos tiempos fueran considerados como de trabajo y como tal deberían ser retribuidos,[119] quedando sujetos, por lo demás, a los límites de jornada.[120].

También en relación con el tiempo de trabajo, se ha propuesto reconducir la prestación de servicios desarrollada a través de las plataformas digitales de reparto al contrato a tiempo parcial, por ser el que mayor nivel de flexibilidad ofrece para adaptarse al modelo de negocio de las plataformas digitales, al tiempo que ofrece una mínima seguridad y estabilidad jurídica de las personas trabajadoras[121]. No cabe duda, sin embargo que, en estos supuestos, la pugna entre flexibilidad y mínima estabilidad con toda seguridad se inclinará hacia la primera.[122]

A partir de esta premisa, se mantiene que todo el tiempo de prestación de servicios —tiempo de ejecución de servicios o tareas y tiempo de conexión a la plataforma— debe ser considerado tiempo de trabajo y, por tanto, tiempo retribuido, por venir exigido por la normativa comunitaria y que la configuración del tiempo de trabajo en plataformas digitales debe respetar unas mínimas exigencias de transparencia y previsibilidad.[123]

Igualmente, en relación con la protección de la seguridad y salud en el trabajo del colectivo de los repartidores de plataformas digitales se considera que sería sencillo adaptar la protección de este colectivo a las previstas para el trabajo en misión, si bien, ello debería comportar un cambio normativo en la concepción de esta, por cuanto el requisito de habitualidad del lugar de trabajo está ausente en las plataformas digitales de reparto.[124] En este contexto, urge abordar la problemática que plan-

118 Vid. Ginés i Fabrellas, A., "El derecho a conocer el algoritmo..." cit. pág. 2. Vid. también, Ginés i Fabrellas, A., "El tiempo de trabajo en plataformas..." cit. pág. 29.

119 Vid. Sanguineti Raymond, W., "La laboralización de los trabajadores..." cit.

120 González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea..." cit. La autora cita al respecto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid de 11 de diciembre (núm. Rec. 1079/2020), dictada en relación a un conductor que presta sus servicios para la plataforma Uber.

121 Vid. Ginés i Fabrellas, A., "El tiempo de trabajo en plataformas..." cit. pág. 35.

122 En esta dirección se pronuncia González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea..." cit.

123 Vid. Ginés i Fabrellas, A., "El tiempo de trabajo en plataformas..." cit. pág. 36.

124 Vid. Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. pág. 36.

tea la alta siniestralidad vial de este colectivo, motivada, sin lugar a dudas, por la draconiana gestión de los tiempos de trabajo que se lleva a cabo por las plataformas digitales —presión del tiempo de trabajo—,[125] así como también, los riesgos psicosociales que se derivan de esta forma de trabajar.

Pese a estos esfuerzos, las limitaciones y dificultades que puede plantear la aplicación indiscriminada de la normativa laboral al trabajo desarrollado a través de plataformas digitales a la hora de hacer frente a las particularidades que plantea esta actividad, hace del todo necesario que dichas cuestiones sean abordadas a través de la negociación colectiva.[126]

En este contexto se ha mantenido que un convenio colectivo de sector sería la opción más interesante en la medida que posibilitaría generalizar unas condiciones salariales y de empleo homogéneas en el sector. No parece, sin embargo, que la actual configuración de las partes negociadoras que deberían llegar a este acuerdo —plataformas digitales y/o asociaciones de plataformas digitales y los repartidores, cuyos sujetos sindicales se encuentran aún por definir— permita albergar muchas esperanzas en esta dirección. Llegados a este punto, además, se plantean dudas en torno a si sería preferible un convenio sectorial de las plataformas digitales de reparto o bien la inclusión de estas plataformas en algún convenio sectorial ya existente.[127]

A tal efecto, ya se ha expresado el temor de que se acuda a acuerdos colectivos extraestaturarios, en los que las plataformas digitales "seleccionen previamente al interlocutor y elaboren un acuerdo colectivo que les "blinde" respecto de las condiciones laborales que impone, en defecto de convenio, la legislación laboral".[128] En esta dirección, no resulta muy esperanzador al respecto el hecho de que nos encontremos ante un tipo de empresas cuyo modelo de éxito económico se basa, en no pocas ocasiones, en la precarización extrema de las condiciones laborales de quienes prestan sus servicios para las mimas.

No cabe duda que más allá de las actuaciones normativas y acuerdos colectivos que puedan llevarse a cabo a nivel nacional, van a jugar un papel muy relevante aquellas iniciativas que ya se están fraguando a nivel internacional, especialmente, en el ámbito de la Unión Europea, en el que ya se está gestando una directiva relativa a esta materia, en la que deberán abordarse aspectos tan

125 González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea..." cit. La autora identifica esta presión del tiempo de trabajo con el hecho de que "cuanto más rápido se vaya, más servicios o encargos se podrán realizar, porque mayor es la puntuación y, por tanto, la oportunidad de lograr una retribución mayor, en otro caso pírrica)".

126 Vid. Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"..." cit. págs. 28 y ss.

127 Vid. Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider"... cit. pág. 29. El autor opta por esta segunda posibilidad, por considerar que es la más apropiada para evitar prácticas de competencia desleal y de dumping social por parte de las plataformas digitales.

128 Vid. Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores*... cit. El autor prevé en esta dirección, que la utilización de la negociación colectiva con esta finalidad "puede ser la siguiente ofensiva de las multinacionales que actúan en el sector del food delivery en su largo combate contra la consecución de derechos laborales para el personal a su servicio", por lo que "habrá que estar atentos a esta posible nueva fase del conflicto".

espinosos como la propia laboralidad de esta actividad y la adaptación de la regulación de las condiciones de trabajo a las características específicas de este sector de actividad (salarios mínimos, tiempo de trabajo, etcétera).[129]

Bajo estas premisas y a la espera de ver como se acaban definiendo en la práctica los derechos laborales y de seguridad social del colectivo de los repartidores al servicio de las plataformas digitales de reparto, corresponde a los ciudadanos, en su faceta de clientes y/o usuarios de dichas plataformas, ejercer de un modo responsable su libertad de elección de los proveedores de servicios que requieran —consumo responsable—, de modo que opten por acudir a aquellos proveedores que garanticen derechos laborales y de seguridad social justos y equitativos a las personas que efectivamente prestan los servicios que los mismos ofertan al mercado, y descartando, por tanto, a aquellos proveedores de servicios que pretenden desarrollar una actividad económica tan lucrativa, sin reconocer unos derechos laborales y de seguridad social dignos a quienes efectivamente ejecutan dicha actividad de reparto. En otros términos, corresponde al cliente y/o usuario de las plataformas digitales de reparto efectuar un consumo con responsabilidad social.

Únicamente desde una acción colectiva que englobe al conjunto de la sociedad, a los propios trabajadores afectados, a los sindicatos, a la inspección de trabajo, a los órganos judiciales, etcétera—, se puede contrarrestar en cierto grado la gran capacidad económica (y de influencia jurídica, mediática y social) de estas empresas tecnológicas, en no pocas ocasiones, multinacionales, que operan como auténticos monopolios u oligopolios, y que necesitan de marcos normativos muy flexibles, por no decir inexistentes, para poder obtener los ingentes beneficios que las mismas persiguen.[130]

6. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alonso, D. y Martínez Moreno, C., "Trabajo y plataformas digitales: primera sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un repartidor de Glovo", *Trabajo y Derecho*, núm. 72, 2020.

Álvarez Cuesta, H., "Los retos de la economía colaborativa: yacimiento de empleo o precipicio hacia la precariedad de los jóvenes", en Escudero Prieto, A. (Dir.) y Alonso Bravo, M. (Coord.), *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus, Madrid, 2017.

129 Vid. Pérez del Prado, D., "El debate europeo sobre el trabajo de plataformas...". El autor mantiene que esta intervención es necesaria para garantizar "unos estándares comunes en todos los Estados miembros que, a su vez, aseguran el correcto funcionamiento del mercado interior y una justa competencia entre todos los sujetos intervinientes".

130 Vid. Morón Prieto, R., "El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso globo", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, p. 163.

Aragüez Valenzuela, L., "Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2017.

Auvergnon, P., "Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.

Barceló Fernández, J., "Cerco a los falsos autónomos en las plataformas digitales. Notal al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 805/2020, de 25 de septiembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

Baylos Grau, A. (12 de mayo de 2021), *Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas de trabajo y la ciudadanía social*, En el Blog Según Antonio Baylos. https://baylos.blogspot.com/2021/05/por-fin-la-norma-sobre-los-repartidores.html

Beltran de Heredia, I., "Economía de las plataformas y contrato de trabajo", Ponencia realizada en las *XXIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Barcelona, 2019.

Blázquez Agudo, E.M., "La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 15, 2021.

Cámara Botía, A., "La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019.

Camino Frías, J.J., "La consideración de los repartidores a domicilio a través de plataformas digitales como trabajadores. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 2020.

Cañigueral Bagó, A., *El mercado laboral digital a debate. Plataformas, trabajadores, derechos y workertech*, Fundación COTEC, Madrid, 2019.

Cavas Martínez, F., "Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 406, 2017.

Cavas Martínez, F., "Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

Cruz Villalón, J., "Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

Cruz Villalón, J., "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.

Cruz Villalón, J. (12 de mayo de 2021), *Una presunción plena de laboralidad de los riders*. En el Bloc de Jesús Cruz Villalón, https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/una-presuncion-plena-de-laboralidad-de.html.

Cuadros Garrido, M.E., "Hacia una reinterpretación de la relación de trabajo por la disrupción de las plataformas digitales", en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.

Dagnino, E., "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 3, 2015.

Dueñas Herrero, L., "Retos y propuestas para la regulación del trabajo en los procesos productivos de las plataformas digitales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019.

García Quiñones, J.C., "Economía colaborativa y "dodecafonismo judicial": El caso Glovo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2019.

Gil de Gómez Pérez-Aradros, C. y Imaz Montes, M.M., "Economía colaborativa y mercado de trabajo. Un repaso a propósito de la "Ley Rider", *Trabajo y Derecho*, núm. 81, 2021.

Gil Otero, L., "Soluciones "tecnológicas" a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia", *Temas Laborales*, núm. 151, 2020.

Ginés i Fabrellas, A., "Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 425-426, 2018.

Ginés i Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital", *InDRET*, núm. 1, 2016.

Ginés i Fabrellas, A., "El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica", *Labos*, Vol. 2, núm. 1, 2021.

Ginés i Fabrellas, A., "El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider", *IUSlabor*, núm. 2, 2021.

Godínez Vargas, A., "El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes", *Trabajo y Derecho,* núm. 54, 2019.

González Cobaleda, E., "La regulación del trabajo de plataformas en línea: puntos críticos más allá de la punta del iceberg", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 459, 2021.

González Ortega, S., "Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

Gorelli Hernández, J., "Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (crowdsourcing offline)", *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019.

Grau Pineda, C., "La economía digital o de plataformas ("platform economy") como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?" *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018.

Guerrero Vizuete, E., "La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 1, 2018.

Guerrero Vizuete, E., "La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores", en Torres Coronas, T.; Belzunegui, A., y Moreno Gené, J. (Dirs.), *Finding solutions to societal problems, Universitat Rovira i Virgili*, Tarragona, 2018.

Gutiérrez Arranz, R., "Las relaciones laborales en la economía colaborativa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 186, 2016.

Jover Ramírez, C., "El fenómeno de la "gig economy" y su incidencia en el derecho del trabajo: aplicabilidad del ordenamiento jurídico británico y español", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018.

Martínez Escribano, A., "¿Nuevos trabajadores? Economía colaborativa y Derecho del Trabajo. Repensando el Derecho del Trabajo: el impacto de la economía colaborativa", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018.

Martínez Moreno, C., "El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: análisis de las reglas jurídicas conectadas con este núevo fenómeno", en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. (Dirs.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Mercader Uguina, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Mercader Uguina, J., "La prestación de servicios en plataformas digitales. Nuevos indicios para una nueva realidad", en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Molina Navarrete, C. (17 de mayo de 2021), *La "Ley" de personas repartidoras en plataformas online ("riders"): pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital?* En el Blog Transforma Work. Blog Información. https://www.transformaw.com/blog/la-ley-de-personas-repartidoras-en-plataformas-online-riders-pequeno-paso-legal-gran-paso-para-humanizar-el-precariado-digital/.

Monereo Pérez, J.L., y Martín Muñoz, R.M., "La laboralidad de quienes prestan servicios a través de plataformas digitales", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020.

Montoya Melgar, A., "Trabajadores en plataformas digitales: la STS 805/2020 y el RDL 9/2021", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021.

Moreno Gené, J., "El carácter laboral de la prestación de servicios a través de plataformas digitales: el caso de Glovo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

Moreno Gené, J., "El carácter laboral de la prestación de servicios de reparto a través de la plataforma digital Glovo: el Tribunal Supremo zanja el debate", *IUSlabor*, núm. 3, 2020.

Moreno Gené, J., "El impacto de las nuevas tecnologías en la difuminación de los contornos de empresario y trabajador: el trabajo en plataformas digitales como ejemplo paradigmático", en Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (Coords.), *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Morón Prieto, R., "El necesario fortalecimiento del concepto de trabajador por cuenta ajena: algunas reflexiones con ocasión del caso globo", *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019.

Ojeda Avilés, A., "Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 464, 2021.

Otero Gurruchaga, C., "El complicado encaje de los trabajadores en la economía colaborativa en el Derecho Laboral: nuevos retos para la frontera de la laboralidad", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 1, 2018.

Palomeque López, M., "Las presunciones legislativas de laboralidad", *Trabajo y Derecho*, núms. 79 y 80, 2021.

Páramo Montero, P., "Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017.

Perán Quesada, S., "Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia", *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2018.

Pérez del Prado, D. (14 de mayo de 2021). *La Ley Rider: un muy buen comienzo*. En el Blog Foro de Labos. https://www.elforodelabos.es/la-ley-rider-un-muy-buen-comienzo/.

Pérez del Prado, D., "El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una directiva", *Trabajo y Derecho*, núm. 77, 2021.

Raso Delgue, J., "La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1, 2017.

Rodríguez Fernández, M.L., "Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales", en Rodríguez Fernández, M.L., *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019.

Rodríguez-Piñero Royo, M., "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social", *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.

Rodríguez-Piñero Royo, M. (13 de mayo de 2021), *Por fin la Ley Rider*. En el Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/13/por-fin-la-ley-rider/.

Rojo Torrecilla, E., *Y llegó la norma que declara la relación laboral de "las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. Primeras notas y comentarios al RDL 9/2021, de 11 de mayo. En el Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.*http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/05/y-llego-la-norma-que-declara-la.html.

Rojo Torrecilla, E., "De la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 al RDL 9/2021. La relación laboral de los repartidores de las empresas de reparto", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021.

Sánchez Pérez, J., "Economía colaborativa y crisis del derecho del trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 430, 2019.*

Sanguineti Raymond, W. (15 de mayo de 2021), La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad, En el Blog de Wilfredo Sanguineti. La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad | El blog de Wilfredo Sanguineti (wordpress.com)

Sanguineti Raymond, W., "La laboralidad de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias", *Trabajo y Derecho*, núm. 82, 2001.

Serrano Olivares, R., "Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa o mejor, economía digital a demanda-trabajo 3.0 y laboralidad", en Rodríguez-Piñero, M. y Hernández Bejarano, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017.

Sierra Benítez E.M., "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015.

Suárez Corujo, B., "La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social", *Temas Laborales*, núm. 13, 2018.

Todolí Signes, A., "El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", *IUSlabor*, núm. 3, 2015.

Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Todolí Signes, A., "Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales: a propósito de la sentencia que confirma el acta de la Inspección de Trabajo de Deliveroo en Madrid", *Trabajo y Derecho*, núm. 58, 2019.

Todolí Signes, A. (12 de mayo de 2021). *Nueva "Ley Rider". Texto y un pequeño comentario a la norma*. En el Blog Argumentos en Derecho Laboral. https://adriantodoli.com/2021/05/12/nueva-ley-rider-texto-y-un-pequeno-comentario-a-la-norma/.

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

Trillo Párraga, F., "Economía digitalizada y relaciones de Trabajo", *Revista de* Derecho Social, núm. 76, 2016.

Trillo Párraga, F., "La "Ley Rider" o el arte de volver", *Revista de Derecho Social*, núm. 94, 2021

Valle Muñoz, F.A., "Los derechos colectivos en los nuevos escenarios de trabajo tecnológico", en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.



SOBRE EL IMPACTO DE LA HUELGA EN LAS CONTRATAS O DEL POR QUÉ LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO DE HUELGA NO RESPONDE A LAS NECESIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI

THE IMPACT OF THE STRIKE ON OUTSOURCING OR WHY THE SPANISH REGULATION OF THE RIGHT TO STRIKE DOES NOT RESPOND TO THE NEEDS OFTHE 21ST CENTURY LABOR RELATIONS

Carmen Grau Pineda

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)

carmen.grau@ulpgc.es ORCID ID 0000-0003-0274-8875

Recepción de trabajo: 03-01-2022 - Aceptación: 24-02-2022

Páginas: 208-230

■1. INTRODUCCIÓN. ■2. LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS COMO LAS CONTRATAS DE OBRA Y SERVICIOS: EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO. 2.1. La falta de consenso sobre la denominación de este nuevo tipo de esquirolaje. 2.2. Los distintos supuestos incardinables en el esquirolaje comercial u organizativo en el marco de las contratas. ■3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO EN EL MARCO DE LAS CONTRATAS. 3.1. Los antecedentes de la cuestión: la doctrina Samoa. 3.2. La doctrina más reciente: los claros-oscuros del asunto Altrad. 3.3. El último, por el momento, pronunciamiento: el asunto Indra/Vodafone. ■4. A MODO DE CIERRE. ■5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

RESUMEN

La premisa básica según la cual pensar que las empresas conservan intactas sus facultades empresariales y que, por tanto, pueden reaccionar frente a la huelga como mejor consideren dentro de la libertad de empresa que les garantiza el art. 38 CE, tiene como límite constitucional la integridad del derecho fundamental de huelga que exige que las empresas afectadas, principales o no, soporten la inactividad que encuentra causa en el paro (ex art. 28.2 CE). En consecuencia, el respeto de este derecho fundamental se puede exigir frente a cualquier vulneración y ello no solo frente al empresario sino frente a cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario (ex art. 177.4 LJS)-, admitiendo, de este modo, posibles lesiones procedentes de una "especial vinculación" interempresarial sea laboral como mercantil, como se tendrá ocasión de analizar en las sentencias que se comentan en la presente aportación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de huelga, conflicto colectivo, contratas y subcontratas de obras y servicios, esquirolaje, jurisprudencia.

ABSTRACT

The basic premise according to which to think that companies retain their business powers intact and that, therefore, they can react to the strike as they deem best within the freedom of business guaranteed by art. 38 CE, has as constitutional limit the integrity of the fundamental right to strike, which requires that the affected companies, main or not, bear the inactivity that is caused by the strike (ex art. 28.2 CE). Consequently, respect for this fundamental right can be demanded against any violation and this not only against the employer but against any other subject who is responsible, regardless of the type of bond that binds the employer (ex art. 177.4 LJS) -, thus admitting possible injuries arising from a "special relationship" between companies, whether labor or commercial, as will be analyzed in the judgments discussed in this contribution.

KEYWORDS: Right to strike, collective conflict, outsourcing, strike-breaking, jurisprudence.

1. INTRODUCCIÓN

Si de algo hay que advertir a la persona que se inicia en el iuslaboralismo es del hecho cierto e incontestable de que el Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica sometida a un proceso de cambio constante, subordinado a la existencia de factores económicos, políticos, sociológicos, etc., que tienen una relevancia inmediata en la adecuación de las instituciones que disciplinan las relaciones laborales objeto de aquéllas. No cabe la menor duda de que en tal hecho se residencia su principal atractivo, que, a la par, es su principal hándicap o inconveniente. Y ello porque conviene advertir que con una regulación jurídica no todo lo dinámica que debiera/pudiera se ha de hacer frente a una ingente diversidad de factores condicionantes de las relaciones laborales en un contexto cambiante como el de la cuarta revolución industrial, disruptivo y veloz, en el que la irrupción de formas de organización empresarial en red o reticulares, en las que se interconectan las empresas, se ha generalizado en la práctica totalidad de sectores y actividades suponiendo todo un reto para el Derecho del Trabajo del Siglo XXI.

La legislación laboral española sigue anclada, esperemos que por poco tiempo,[1] en la misma forma de concebir el contrato de trabajo y sus instituciones basilares, poniendo de manifiesto una cierta "parálisis legislativa"[2] para afrontar las nuevas situaciones y problemáticas que se plantean. Y ello es fundamentalmente evidente en el marco de la descentralización productiva que ha experimentado en las dos últimas décadas, y con el advenimiento del Siglo XXI, de forma especialmente latente, una expansión tal que hoy por hoy puede decirse que "es una realidad completamente instalada en el modo de producción de la economía del siglo XXI (...) En la era de la globalización económica, los cánones dominantes han contribuido poderosamente a incentivar formaciones empresariales complejas que actúan tanto a escala nacional como internacional".[3] No obstante lo cual, interesa advertir que dicha expansión no ha tenido como compañera de viaje la adaptación legal oportuna, de tal suerte que "los conceptos manejados por el legislador resultan técnicamente obsoletos para enfrentar la problemática laboral asociada a este modelo de organización empresarial".[4]

Todo ello ha tenido un substancial impacto en el ámbito específico de la autotutela colectiva y, a mayor abundamiento, en el derecho fundamental de huelga. La realidad evidencia no sólo que los conflictos colectivos presentan nuevas formas y manifiestan desconocidas consecuencias, sino la renovación de las medidas de conflicto a las que recurren los trabajadores para trasladar "toda la tensión hacia los poderes públicos, y hacia el resto de los ciudadanos revistiendo de un fuerte componente político un problema que en origen es de carácter económico y empresarial".[5]

---

1 Y es que a fecha de cierre estas páginas es ya *vox populi* que la reforma laboral anunciada por el Gobierno de coalición presente parece estar en ciernes y se anuncia su comienzo del trámite parlamentario para finales de este mismo año y antes del parón navideño.

2 Cruz Villalón, J., "Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales", *Revista Relaciones Laborales*, nº 2, 2005, p. 323.

3 Ramos Quintana, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, 2015, p. 9.

4 Illueca Ballester, H., *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 97-98.

5 Monereo Pérez, J.L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Editorial Comares, 2002, p. 3.

Las empresas han reorientado sus tácticas empresariales hacia el mantenimiento a toda costa de su producción y cumplir con sus compromisos comerciales generando un renovado interés empresarial por el recurso a herramientas destinadas a impedir cualquier incidente que dé al traste con este objetivo. Y ello está legitimando la relectura o reinterpretación, en clave conflictiva, del poder de dirección de tal suerte que se pueda minimizar el impacto de las huelgas en el cada vez más recurrente recurso a las formas reticulares de colaboración entre empresas, que permite, por ejemplo, que los pedidos que dejarán de ser satisfechos puedan ser desviados hacia colaboradores externos para su atención. En suma, la posibilidad de proyectar el deber de soportar los efectos del ejercicio del derecho de huelga más allá de la esfera del empresario afectado y hacerla extensible a quienes mantienen con él relaciones comerciales y carecen de todo vínculo con los huelguistas, tiene por consecuencia que unos y otros pretendan procurarse las prestaciones de las que los priva el paro por otras vías.

Y es en esta sede en la que se acuña el término, todavía no unánime, de esquirolaje comercial u organizativo, caracterizado por la proyección del derecho de huelga en empresarios ajenos al conflicto (terceros empresarios distintos del principal pero relacionados con éste a través de compromisos comerciales) y, en el seno del cual, lo que se plantea es la licitud o no de las medidas que éstos pueden decidir para resistir a las consecuencias negativas que para ellos se derivan de la huelga en la empresa principal y a la inversa.

Esta forma de esquirolaje ha ido cobrando relevancia en nuestro país por el impacto reciente que han tenido algunos conflictos laborales en determinadas empresas y la repercusión en los medios de comunicación que algunos de estos conflictos han tenido. En un escenario de crisis —económica, sanitaria o del tipo que sea pero con repercusión en el empleo— la proliferación de los conflictos laborales y las huelgas realizadas han terminado por reclamar la intervención judicial y, a buen seguro, continuará haciéndolo.

Con todo, conviene insistir en la premisa básica según la cual pensar que las empresas conservan intactas sus facultades empresariales y que, por tanto, pueden reaccionar frente a la huelga como mejor consideren dentro de la libertad de empresa que les garantiza el art. 38 CE,[6] tiene como límite constitucional la integridad del derecho fundamental de huelga que exige que las empresas afectadas, principales o no, soporten la inactividad que encuentra causa en el paro (*ex* art. 28.2 CE). En consecuencia, el respeto de este derecho fundamental se puede exigir frente a cualquier vulneración y ello no solo frente al empresario sino frente a cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario (*ex* art. 177.4 LJS)-,admitiendo, de este modo, posibles lesiones procedentes de una "especial vinculación" interempresarial sea laboral como mercantil, como se tendrá ocasión de analizar en las sentencias que se exponen a continuación.

6 Como diría el Tribunal Constitucional en su emblemática sentencia 11/1981, siguiendo esa línea más tradicional que considera su consideración como terceros justificaría que no debieran "imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios".

2. LA PROHIBICIÓN DE SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES HUELGUISTAS EN ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS COMO LAS CONTRATAS DE OBRA O SERVICIOS: EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO

2.1. La falta de consenso sobre la denominación de este nuevo tipo de esquirolaje

Lo primero que quiere advertirse es la falta de unanimidad o consenso sobre la denominación de esta nueva fórmula de esquirolaje que, junto a las ya clásicas del externo e interno y más modernas como el tecnológico,[7] evidencian el uso torticero del fenómeno de la externalización o descentralización productiva para debilitar, incluso anular, la eficacia del derecho de huelga.

Se trata, en definitiva, de abordar una nueva y atípica manifestación de la prohibición de esquirolaje, esto es, de prohibición de la sustitución de huelguista como forma de desactivar/neutralizar/paralizar el ejercicio legítimo de este derecho fundamental, que la mayoría de la doctrina iuslaboralista denomina como el "esquirolaje comercial" (por las redes comerciales que se tejen entre las empresas) u "organizativo" (en referencia a la forma de organización triangular), incluso "mercantil" (en clara alusión a las relaciones mercantiles imperantes en estos casos). Se focaliza, de este modo, la atención en el hecho mismo de la existencia de un red empresarial que, adopte la forma societaria que adopte, pone de manifesto una trilateralidad o triangularidad contractual que es la que le da cobertura al acontecimiento concreto del esquirolaje como representación de la vulneración del derecho fundamental de huelga.

Con todo, hay quienes[8] prefieren denominarlo como "impropio" o "interno indirecto", en tanto en cuanto, según el supuesto concreto en que haya de enmarcarse puede aproximarse a un caso equiparable de esquirolaje externo (contratas) o interno (grupos de empresa). Incluso hay quienes[9] prefieren hablar del "esquirolaje decidido por un tercero" y que sirve para designar aquel esquirolaje

7 Todas ellas exhaustivamente analizadas en Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, 2021, con referencias a toda la bibliografía existente al respecto.

8 Es el caso de la STS de 20 de abril del mismo año que la anterior (Rec. 354/2014) conocida como el caso Coca Cola, comentada exhaustivamente por Molina Navarrete, C., "Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del "esquirolaje interno indirecto" (diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, Rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola))", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 388, 2015.

9 Vivero Serrano, J.B., "Redes empresariales y Derecho de huelga: Nuevos escenarios para la tutela y la limitación", en Sanguineti Raymond, W. Y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, 2018, p. 283 que sostiene que se trata de "un tercero desde la perspectiva puramente formal del contrato de trabajo porque (...) el tercero en cuestión no es ni mucho menos alguien completamente ajeno a los trabajadores huelguistas. En definitiva, un tercero más formal que material".

que tiene lugar con ocasión de la huelga ejercida por los trabajadores de una o varias empresas integrantes de una red empresarial, en el cual, algún empresario formalmente ajeno a la convocatoria de huelga, pero con una posición de liderazgo jurídico y/o económico dentro de la red, se ve especialmente perjudicado por la misma y pretende ejercer sus poderes jurídico-mercantil para eludir o minimizar el perjuicio en cuestión.

Si bien pudiera parecer que se trata de supuestos fácilmente subsumibles, por tanto, en las formas típicas de esquirolaje, esto es, el externo[10] (expresamente previsto en el art. 6.5 RDLRT) o el interno[11] (ampliación jurisprudencial), hay, sin embargo, elementos propios que aconsejan tal diferenciación clasificatoria. Y, precisamente por ello, prefiere esta aportación alejarse de esta propuesta terminológica germinal o inicial, en tanto en cuanto, la propia evolución de los hechos está favoreciendo una cierta multiplicación de las modalidades de sustitución de trabajadores huelguistas y se opta por evitar la confusión entre modalidades típicas y atípicas de esquirolaje en pro de resaltar las características que le son propias a cada modalidad.

Llegados a este punto, el punto de partida no puede ser otro que el reconocimiento de que el marco normativo vigente pone en evidencia una doble precariedad, esto es, no solo respecto del esquirolaje en sí mismo considerado, sino respecto del concreto fenómeno de la descentralización productiva en relación con el derecho de huelga, que sigue considerando al empresario titular de la relación laboral como el sujeto sobre el que se configura el deber de respetar el ejercicio de ese derecho por los trabajadores y, por tanto, el que debe abstenerse de realizar prácticas que lo limiten, restrinjan o, incluso, lo dejen sin efectos prácticos.[12]

En este sentido, de nuevo la falta de regulación —ni general ni específica— ha tenido por consecuencia que haya sido la doctrina judicial ordinaria y constitucional, la que haya puesto en evidencia que este modelo no puede discurrir de forma tan lineal, exclusivamente entre los trabajadores y la

10 El esquirolaje externo es el único que viene expresamente prohibido por la ley (art. 6.5 Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo) en los siguientes términos: "En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". Es por ello por lo que se ha dicho que "la huelga supone así una clara limitación de la libertad empresarial de contratación toda vez que, para garantizar su efectividad, el empresario no podrá proceder a la contratación directa de trabajadores (temporales) con la finalidad de sustituir a los huelguistas", en Goerlich Peset, J.M., Los efectos de la huelga, Tirant lo Blanch, 1994, p. 96.

11 El segundo de los supuestos en los que se contemplan límites a los actos empresariales que están materialmente dirigidos a la neutralización de la eficacia del derecho de huelga, no proviene de una indicación legal, sino de una doctrina judicial tanto ordinaria como constitucional asentada y pacífica de la norma de referencia. Y ello porque "una interpretación literal (y simplista en exceso), podría llevar a pensar que, bajo el célebre principio general del derecho conforme al cual "todo lo que no está prohibido está permitido", a la empresa le era dable sustituir a los trabajadores huelguistas por otros integrantes de la plantilla de la empresa que hubieran decidido no secundar la huelga", en opinión de Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018, p. 53. Sin embargo, admitir esto sin más planteaba problemas interpretativos respecto del respeto de la finalidad perseguida por la prohibición expresa de esquirolaje externo, esto es, la eficacia del derecho de huelga como contenido esencial del mismo y la potestad empresarial para su desactivación ha de ser interpretada en el marco del modelo constitucional de huelga.

12 Gualda Alcalá, M., *Intervención legal ante la externalización de la actividad productiva*, Bomarzo y Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO, 2017, p. 225.

empresa titular de la relación laboral, sino que, el fenómeno de descentralización productiva ha venido a propiciar prácticas lesivas del derecho fundamental por parte de otros sujetos que, aunque no tienen formalmente la condición de empleador, no son completamente ajenos al marco de obligaciones que derivan de la relación laboral y pueden desarrollar una conducta que, *de facto*, lesione o deje sin efecto el ejercicio del derecho de huelga. En otras palabras, la triangularidad en las relaciones contractuales termina generando otras triangularidades predicables, en este caso, respecto de los potenciales vulneradores —voluntarios o no— del derecho fundamental de huelga.

Quiere advertirse sobre la rabiosa actualidad de la cuestión litigiosa surgida al albur de las nuevas formas emanadas de la descentralización productiva, pero que ya han alcanzado el estatus de permanentes. Todo ello no hace sino evidenciar de forma meridiana la necesidad acuciante de exponer y analizar la doctrina judicial más relevante en esta temática concreta por ser ésta la que pone de manifiesto, primero, el aumento de la litigiosidad de un fenómeno que va *in crescendo* y, segundo, la falta de unanimidad en sede judicial de la solución a aplicar en estos casos y los giros interpretativos en torno a lo que ya se califica como "elasticidad de la prohibición del esquirolaje"[13] generados por la situación de anomia vigente y que no hacen sino requerir con más fuerza, si cabe, la aprobación de una Ley Orgánica postconstitucional reguladora del derecho de huelga que acometa, de una vez por todas, los grandes retos reguladores de este derecho en el Siglo XXI.

2.2. Los distintos supuestos incardinables en el esquirolaje comercial u organizativo en el marco de las contratas

Dejando a un lado, por exceder de las coordenadas de esta aportación, la compleja realidad que los grupos empresariales plantean en este mismo sentido y que encuentran tantos puntos de conexión con el esquirolaje interno,[14] interesa centrar el objeto de esta aportación en sede de contratas y subcontratas de obras y servicios (en adelante, contratas) cuya regulación gira alrededor del art. 42 ET y constituye, como se ha dicho, "uno de los pasajes más atractivos y al mismo tiempo más problemáticos de nuestro Derecho del Trabajo".[15] Ello explica la inusitada frecuencia con la que los jueces y tribunales se han pronunciado acerca de la misma desde alguna de sus múltiples perspectivas y el interés con que la doctrina laboralista parece haberse empleado en el análisis e investigación de la correspondiente normativa. En cualquier caso, se trata de una regulación que no deja de generar nuevos escenarios y problemas interpretativos a los que hacer frente.

13 Desdentado Bonete, A, "Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, p. 429.

14 Con jurisprudencia tan relevante al respecto como los asuntos Pressprint o Prisa, Coca Cola o Vocento y Zeta que en apenas un trienio (2015-2018), han conseguido sentar una doctrina más asentada y unánime sobre los grupos empresariales en el seno de los cuales la "especial vinculación" se ha consolidado como criterio interpretativo en este tipo de cuestiones litigiosas.

15 García Murcia, J., "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 48, 2004, p. 13.

Tan es así que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) que se tendrá ocasión de analizar con ocasión del asunto Samoa, late un cierto "reproche a la normativa vigente en materia de contratas y subcontratas, fundamentalmente al art. 42 ET [dado que] no existe en la misma previsión alguna a cuyo amparo, ante vulneraciones imputables a la empresa principal, puedan garantizarse los derechos de los trabajadores de la contratista".[16] Su centro de imputación sigue situado en el art. 42 ET, pero hoy en día tal precepto no es más que uno entre los muchos que componen el régimen laboral de las contratas y subcontratas de obras y servicios junto al que deben incluirse otras numerosas previsiones de ese imprescindible soporte legal, pero que en muchos casos tratan de responder a problemas más específicos o sectoriales.

El régimen jurídico actual de las contratas se presenta, por tanto, de una manera un tanto dispersa y variada, con una notable dosis de complejidad, y con alguna deficiencia desde el punto de vista sistemático, con la consecuencia lógica de que no hayan desaparecido del todo, ni mucho menos, sus tradicionales dificultades interpretativas y de aplicación. Y es que, como acertadamente se ha dicho "es claro que no estamos ante un silencio inocente sino muy elocuente (...). Hoy en día, el legislador prefiere la desregulación, la ineficacia tutelar de la normativa laboral, pues aporta evidentes elementos de flexibilidad laboral, por tanto, de pretendida eficiencia en el plano económico (...). No se trata de un abstencionismo provocado por las dificultades típicas de una regulación compleja, sino que es un silencio elocuente, esto es, una opción deliberada de política jurídica: no fijar nuevas reglas legales (...)".[17] Concretamente, el citado precepto, ni atribuye responsabilidad alguna a la principal que incurre en incumplimientos graves ni establece mecanismos que permitan a los trabajadores de las contratistas actuar directamente contra la empresa cliente. Y ello habida cuenta de la óptica contractualista desde la que se elaboró y, por tanto, dada la consideración de la empresa principal como sujeto ajeno a la relación laboral, que, *a priori*, no va a ser considerado por el legislador como posible agente vulnerador de los derechos de unos trabajadores con los que jurídicamente no se halla vinculado.

En la actualidad, la acelerada transformación del sistema productivo y el cambio continuo en los modos de organización y articulación de la actividad empresarial, no han hecho más que reavivar e, incluso, acrecentar tales problemas. En lo que al interés de esta aportación se refiere, se levantan nuevas e impensables interrogantes sobre el ejercicio y las garantías del derecho de huelga en el marco de las contratas cuyas respuestas han de buscarse, más allá de en la deficitaria regulación legal específica, en la regulación constitucional de los derechos fundamentales en liza.

Pero conviene insistir en que la visión contractualista bilateral ha quedado del todo superada por los acontecimientos expuestos y el tránsito hacia un modelo contractualista triangular es ya una rea-

16 Fernández Prol, F., "Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo", *Revista de Derecho Social*, nº 69, 2015, p. 185.

17 Molina Navarrete, C., "La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas", en VVAA, *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008, p. 121.

lidad incontestable que el ordenamiento jurídico tendrá que integrar so pena de no dar respuesta a los problemas que ya se están planteando. Como acertadamente se ha señalado, "la incorporación de la efectividad del paro al contenido esencial del derecho de huelga ha tenido como efecto entender que su ejercicio limita las posibilidades de la empresa afectada de externalizar la actividad desarrollada por los huelguistas mediante la subcontratación de obras y servicios. Aunque no encajan en la literalidad de las normas legales existentes y no existe posibilidad de analogía directa dada la diferente fisonomía de contrata y cesión, resulta razonable de la configuración última del derecho de huelga".[18] La externalización actúa entonces como "un arma arrojadiza" a disposición de la empresa afectada por la huelga, como "un arma antihuelga".[19]

Se está en presencia de un situación compleja en la que es posible encuadrar varias realidades. Así:

a. En primer lugar, conviene tener presente que hay casos en los que el recurso a la descentralización productiva durante la huelga no lo contraviene, discurre por cauces de legalidad, incluso los hay en lo que por vulnerarse "los servicios mínimos, relacionados con seguridad y mantenimiento o en garantía de los servicios esenciales para la comunidad", se descarta la comisión de atentado alguno contra el citado derecho fundamental.[20]

b. En el lado opuesto, hay casos en los que la contrata se celebra con el único propósito de eludir los efectos de la huelga convocada en la empresa principal. Tanto el inicio del conflicto como la convocatoria de huelga coincidirían pues con la suscripción de la contrata. En estos casos, la consideración como esquirolaje externo es factible, máxime dadas las similitudes con la prohibición expresa de contratar trabajadores a través de las ETTs y el hecho cierto de que la sustitución de trabajadores huelguistas se lleve a cabo en el marco de una relación mercantil (y no laboral), en el marco de una relación de intermediación, cuyo propósito es eludir los efectos adversos de la huelga en los compromisos comerciales convenidos.

c. En una zona gris, intermedia entre los dos supuestos extremos anteriores, es posible encontrar casos en que la contrata no se celebra con el propósito de eludir los efectos de la huelga convocada, pero se manifiesta *a posteriori* un conflicto colectivo que deriva en huelga en la empresa principal y ésta aprovecha para sustituir trabajadores huelguistas con personal de la contrata. Al igual que en el caso anterior, parece perfectamente aplicable el esquirolaje externo y por las mismas razones, si bien es preciso tener en cuenta la posibilidad de pactar cláusulas

18 Goerlich Peset, J. Mª, "Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva", XXVIII Congreso Nacional AEDTSS, 31 de mayo-01 de junio de 2018, disponible en www.aedtss.es, p. 12 de la versión electrónica.

19 *Ídem*, p. 9.

20 Es el caso planteado en sentencias como las SSTSJ de Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2009 (Rec. 2756/2009), de Cataluña de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 6189/2015), de Madrid de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 608/2016), entre otras. Téngase en cuenta que de tratarse de una contrata de servicios que cubriera los servicios mínimos exigibles a una empresa principal que realiza servicios esenciales para la comunidad, en caso de huelga del personal de las empresas contratistas, la responsabilidad de garantizar los servicios mínimos corresponde a la principal y no a aquellas como plantea Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 330.

contractuales que prevean las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga del personal de la empresa principal sobre el personal de las empresa/s contratista/s. Con la incorporación de este tipo de pactos puede establecerse que, en caso de huelga, la empresa principal podrá suspender los servicios de las empresas contratistas, comprometiéndose a reembolsar el costo de la mano de obra de éste, que cobrará aún sin trabajar y, en su caso, las pérdidas de materias primas que pudieran eventualmente producirse con motivo de la huelga.[21]

d. Por último, y también en una zona de claros-oscuros, los casos en que la contrata no se celebra con el propósito de eludir los efectos de la huelga convocada, pero se manifiesta *a posteriori* un conflicto colectivo que deriva en huelga en la empresa contratista y que, ante la imposibilidad de poder cumplir con los compromisos pactados, comunica tal circunstancia a la principal que procede a la revocación de la contrata por incumplimiento contractual. En este grupo se concentran los principales problemas interpretativos porque no habiendo sustitución de trabajadores huelguistas, lo que se produce es la finalización de las relaciones comerciales por imposibilidad de cumplimiento consecuencia directa de la huelga y la correspondiente extinción de contratos laborales en la empresa contratista en la que se residencia el conflicto colectivo, seguida o no de la suscripción de otra/s contrata/s. En estos casos, lo que se aduce es la lesión directa del derecho fundamental de huelga que encuentra su justificación en la resolución del contrato mercantil (o civil) suscrito y que no puede cumplirse como consecuencia de la convocatoria de huelga que trasciende del marco contractual laboral bilateral para irradiar sus efectos en un marco contractual mercantil triangular mucho más amplio y extenso. Se trata de supuestos complejos, controvertidos y que ya han tenido ocasión de plantearse y resolverse en asuntos como Samoa (2010), Altrad (2016) e Indra (2017) a cuyo análisis se dedicarán las páginas siguientes.

3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL ESQUIROLAJE COMERCIAL U ORGANIZATIVO EN EL MARCO DE LAS CONTRATAS

3.1. Los antecedentes de la cuestión: la doctrina Samoa

En todos estos supuestos, se viene considerando que la empresa principal o contratante (en adelante, EP) carece de derecho alguno para condicionar, restringir, limitar o menoscabar de algún

21 Este tipo de cláusulas contractuales no ofrecen problema alguno de legalidad, encontrándose fundamentadas en la libertad de contratación, sin otro límite que el de respetar las normas legales imperativas por no existir norma legal alguna que prohíba trasladar a la contraparte contractual un eventual riesgo de la empresa principal. Más detalles en Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 563.

modo el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de las empresas contratistas (en adelante, EC). Y ello no solo por el reconocimiento constitucional del derecho de huelga como derecho fundamental (*ex* art. 28.2 CE), sino por la ausencia de toda relación jurídica entre la EP y los trabajadores de las EC, tanto de los que realizan el trabajo en los centros de trabajo de aquélla como de los que trabajan fuera de ellos.

Ahora bien, lo que se viene planteando en todos estos pronunciamientos es, de un lado, qué pasa cuando con motivo de una huelga legal de los trabajadores de las EC, la EP rescinde la contrata con la primera y ésta última procede a extinguir objetivamente por la vía del art. 52 c) ET los contratos de sus trabajadores; y, de otro, hasta qué punto en los supuestos de subcontratación se les garantiza efectivamente a los trabajadores (los de las EC) el ejercicio de un derecho fundamental como es el de huelga afectado por quien no es su empleador directo (EP).

La construcción jurisprudencial clásica, que conduce a entender que la huelga producida en una empresa contratista constituye un hecho jurídico por completo ajeno a la principal, empezará a fracturarse a través de una saga de pronunciamientos iniciada por la STC 75/2010, la saga Samoa,[22] todos ellos referidos a un singular supuesto de presunta vulneración del derecho de huelga que se habría producido mediante la extinción de los contratos de trabajo de varios trabajadores participantes en una huelga, realizada por el contratista al que prestaban servicios con base en la decisión previa de la principal de dar por terminada la contrata que los unía para evitar los efectos del conflicto, esto es, por rescindir la contrata mercantil.[23] Los pronunciamientos de esta saga han sido polémicos desde el principio, no solo porque fueron aprobados por una escueta mayoría (tres votos particulares) sino, sobre todo, porque la valoración doctrinal evidencia ciertas contrariedades y, en definitiva, no se acaba de entender el alcance de un fallo que considera nulos los despidos cuando parece más oportuna una declaración de procedencia/improcedencia dada la pérdida del encargo por parte de la contratista.[24]

El Alto Tribunal comienza por plantearse que si el supuesto se hubiera planteado en una relación ordinaria, habría sido evidente que los despidos se habían producido como "represalia" por el ejercicio de sus derechos fundamentales y habrían sido declarados nulos. Advierte así que si ello no se ha producido, ha sido "exclusivamente, por la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación", lo que implica que "quien reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el

22 Compuesta por una docena de sentencias: SSTC 75 y 76, de 19 de octubre y 98 a 112, de 10 de noviembre de 2010.

23 Los votos particulares de la Sentencia, especialmente el pronunciado por el Magistrado Conde Martín de Hijas, ponen de manifiesto lo que, en su parecer, constituyen debilidades del novedoso razonamiento llevado a cabo y que, en lo que aquí importa, básicamente se concentrarían en que no puede ignorarse apriorísticamente la dualidad de planos de los empresarios principal y contratista respecto de los trabajadores de éste, sin que pueda darse una respuesta unívoca al alcance limitativo de las garantías de indemnidad protagonizado por una u otra empresa y, por tanto, la extensión del elemento subjetivo de la relación laboral, a estos efectos, a quien ostenta la condición de empresario principal, no encuentra amparo normativo y la Sentencia no hace declaración de inconstitucionalidad por omisión.

24 Goerlich Peset, J. Mª, "Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva", *op. cit.*, 2018, p. 15 de la versión electrónica.

empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquéllos". En definitiva, el efecto "se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil" (F.J. 6).

Resumidamente, y solo para contextualizar, los hechos referidos en la causa fueron los siguientes: en la empresa Unigel S.L, contratista de la empresa Samoa S.L. dedicada a la fabricación de equipos de lubricación para automoción y agricultura, se produjo una huelga en demanda de mejores condiciones de empleo que llevó a que la contratista comunicara a la principal un incremento del 1,62% del precio de los servicios contratados. Como consecuencia de ello, la principal rescindió el contrato de arrendamiento de servicios con la contratista y esta terminó por rescindir los contratos laborales de veinticuatro de sus trabajadores con base en el art. 52.c ET. Estos despidos dieron lugar, en último término, a los correspondientes recursos de amparo, en cuya resolución el TC declaró la nulidad de éstos.

Se afronta en este conflicto esta espinosa cuestión, resolviendo que los derechos fundamentales —y, en concreto, el derecho de huelga y también el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de garantía de indemnidad— de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas deben ser garantizados en todo caso, pues no sería admisible que, en los procesos de descentralización productiva, los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad centralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos.

Esta serie de sentencias contienen consideraciones relativas a la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones externalizadas y, en particular, respecto de aquellos supuestos en que la vulneración no es directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la EP, que resultarán de decisiva importancia para la posterior proyección de la garantía de efectividad del ejercicio del derecho de huelga. La respuesta del TC a la pregunta de si es posible que un sujeto que, como la EP, ocupa la posición de tercero ajeno a las relaciones laborales (que no a las mercantiles) suscritas respecto de los directamente concernidos por el ejercicio derecho de huelga, pueda llevar a cabo una vulneración de éste, va a ser positiva.

Para ello va a recurrir a la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es, a lo que se ha denominado "la fragmentación de la posición empresarial" en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador y el que efectivamente recibe sus servicios de una manera mediata y merced al contrato mercantil al que esta técnica da lugar. Esta peculiar situación determina que el ejercicio del derecho de huelga se proyecte de manera principal sobre la actividad de la EP, a la que la contrata sirve, y ello porque puede estar igual o más interesado que la EC en combatirla. Pese a que las empresas clientes no tienen relación laboral con los huelguistas, al contratar con terceros comprometen los efectos y repercusión de la huelga, ocasionando un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o, cuanto menos, una minoración de la presión asociada a su ejercicio y limitando, de esa forma, la visibilidad de la perturbación creada por el conflicto. Y, precisamente por ello, va a ser posible responsabilizarles de los actos del tercero cuando es éste el que reacciona frente a los trabajadores por considerarse dañado por sus acciones y adoptar una decisión de terminación de la contrata

que es la que realmente origina los despidos acordados. La lesión no puede separarse de esa compleja relación causal y, por ello, se estima que esa cadena causal tiene su causa primera y principal en el titular de la actividad contratada, pues es él quien despide a los trabajadores, porque es el único que puede hacerlo obviamente, y lo hace por la previa decisión de la EP de rescindir la contrata mercantil que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil.

La conclusión que de todo ello puede extraerse es que, si a través de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una EC se vinculen directamente a la actividad productiva de una EP, es claro que la efectividad de los derechos de esos trabajadores puede verse afectada no sólo por la actuación del contratista, como ocurre de ordinario, sino también por la de la EP. El respeto de dichos derechos debe, por ello, salvaguardarse en el ámbito de estas actuaciones también frente al mismo. Lo contrario supondría la práctica eliminación del derecho de huelga dentro de aquéllas o, en palabras de la propia sentencia, "(...) no sería admisible que, en los procesos de descentralización productiva, los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y de tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos (...)". Y, no cabe la menor duda que, entre esos instrumentos de garantía y tutela se encuentra, desde luego, la prohibición del esquirolaje o de sustitución de huelguistas, por lo que cabría plantear que la misma debería operar también en supuestos de descentralización, afectando no solamente al empresario contratista sino al principal.

3.2. La doctrina más reciente: los claros-oscuros del asunto Altrad

El caso Altrad nos coloca en una perspectiva privilegiada[25] para seguir examinando los variados y diferentes problemas que el derecho de huelga plantea y, en concreto, la extensión de la protección de ese derecho fuera del marco del contrato de trabajo.

En apretada síntesis, lo sucedido fue que la empresa Altrad, con centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas y dedicada al montaje, desmontaje y alquiler de andamios metálicos, aislamiento térmico, protección contra la corrosión, así como a la construcción de mediana envergadura, actividades orientadas al sector químico, petroquímico y nuclear, instó el 13 de julio de 2015, la iniciación de un periodo de consultas para la modificación de condiciones de trabajo del 13 al 26 de agosto. La modificación consistía en una reducción de varios conceptos salariales, que se fundaba en una caída de las ventas y en unos resultados económicos negativos. Ante la propuesta empresarial se declaró una huelga en el centro de Tarragona el 14 de agosto. Cuatro días después, la empresa comunicó a la representación de los trabajadores que estaba obligada a informar a sus clientes (contratistas) de la huelga ante la posibilidad de intervenciones de seguridad o urgencias en los servicios contratados, dado que la parte social no había adquirido ningún compromiso sobre los servicios por estas posibles intervenciones, al entender esta última que no existía obligación de

25 Desdentado Bonete, A., "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *Revista de Información Laboral*, nº 2, febrero/2017, p. 2 de la versión electrónica.

prestar servicios mínimos, ya que la empresa no realizaba ni servicios públicos, ni esenciales para la comunidad. El día 26 de ese mismo mes terminó el periodo de consultas sin acuerdo, el 31 de agosto fue desconvocada la huelga y, finalmente, la empresa decidió modificar las condiciones de trabajo a fecha de 1 de septiembre.

Altrad es un caso que tiene la ventaja de poder confrontar dos soluciones:[26] una más radical que contiene la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 30 de noviembre de 2015[27] y otra más moderada que se ha impuesto en lo que, por el momento, aparece como la solución final del litigio en la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016).[28] La primera, la de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), ha estimado la pretensión principal, esto es, anulando la modificación de condiciones de trabajo pretendida al estimarse que durante el desarrollo de la huelga habían tenido lugar actos de esquirolaje para sustituir a los trabajadores, quebrando así la fuerza de los trabajadores en la comisión negociadora. Sin embargo, y como ya se ha advertido, el fallo de la AN ha sido revocado por el TS a partir de referencias constantes a la doctrina del TC en asuntos como el Samoa abordado líneas atrás.

La sentencia de la AN —reproduciendo la doctrina Samoa— considera que la protección de los derechos fundamentales debe ser objeto de una garantía efectiva incluso en aquellos casos en que la prestación de servicios se realiza a través de una contrata, pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos. Y ello porque al existir una "especial vinculación" entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la EC y la EP, tal vinculación determina que el derecho de huelga pueda verse afectado o lesionado por la actuación del empresario principal. La sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social de la AN declaró la nulidad de la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo adoptada por la Altrad, ordenando la reposición de los trabajadores en las condiciones anteriores a su adopción por entender que la contratación por los clientes de la empleadora de terceras empresas para realizar el trabajo que deberían desempeñar los huelguistas vulnera el derecho a la huelga de éstos.

No obstante lo cual, recurrida en casación, el TS comienza por admitir que la empresa demandada (Altrad) no subcontrató con otras empresas los servicios que debía prestar a sus clientes, sino que fue su cliente, la EP, la que contrató esos servicios. Esta precisión es fundamental, dado que de existir subcontratación, se estaría ante un supuesto claro de extensión del esquirolaje, en la medida en que sería la propia empresa afectada por la huelga la que habría recurrido a la subcontrata para sustituir a sus trabajadores. El TS, en definitiva, se ocupa de discernir si el recurso por la EP o empresa cliente a contratar con otras empresas contratistas la prestación de los servicios de instalación o montaje

26 *Ídem.*

27 AS 2016/298.

28 RJ 2016/6285.

atenta o no el derecho de huelga de los trabajadores de Altrad. Y para darle respuesta a la anterior cuestión tiene en cuenta, primero, que no se produce ni la rescisión de la contrata ni despido alguno, sino que concluye sin acuerdo el preceptivo periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva que suponía una reducción en los complementos salariales y se desconvoca la huelga asumiéndose por la plantilla tales modificaciones; y, segundo, que la presunta lesión del derecho de huelga generada como consecuencia de que los clientes de Altrad, en lugar de soportar las consecuencias negativas de la falta de los servicios de Altrad, optaron por contratar esos servicios con otros contratistas, no es tal lesión, a juicio del TS. Lo que, *sensu contrario*, hace pensar que la situación hubiera podido ser bien distinta de haberse producido la rescisión de la contrata o despidos conforme al art. 52.c) ET, como ocurrió en el asunto Samoa.

En este caso, entiende el TS, que para considerar lesivo del derecho de huelga el prohibir a su cliente que recurriera a otras contrataciones para mitigar las perturbaciones que en su actividad productiva produce una huelga que no les afecta, habría sido preciso que ese tercero, con su comportamiento, hubiera intentado potenciar el perjuicio sobre los usuarios para presionar sobre el EC, aumentando así el daño producido por la huelga y proyectándolo fuera del vínculo contractual. En otras palabras, el TS, a diferencia de la solución adoptada por la AN, no ve factible emitir una solución equiparable a la dispensada por el TC con motivo del asunto Samoa.

Y ello porque mientras en aquella ocasión se estimó que la decisión de la EP de dar por terminada la contrata se debía a "las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que Samoa Industrial, SA, no quería verse involucrada y que propicia su decisión de poner fin a la contrata";[29] en el asunto Altrad, los clientes, que ni siquiera han sido demandados, se han limitado a cubrir la falta de prestación del servicio prestado por Altrad mediante el recurso a otros contratistas sin por ello rescindir la contrata. De nuevo surge la interrogante de qué hubiera pasado de haber sido codemandados los clientes en un supuesto como éste en el que en la medida la EP afectada recurre a suscribir una nueva contrata ante el incumplimiento del contrato mercantil con la EC que tiene a sus trabajadores en huelga. Una oportunidad desperdiciada y que hubiera permitido seguir hilando la construcción jurisprudencial alrededor de esta cuestión litigiosa.

No cabe la menor duda de que "la solución de la Audiencia Nacional resulta más interesante por su carácter radical",[30] pero el TS, de forma extremadamente conservadora, opta por mantener una línea de continuidad y no romper, por el momento, la asentada doctrina jurisprudencial según la cual:

— Los actos vulneradores del derecho de huelga pueden ser realizados por empresarios distintos del titular de la empresa o centro de trabajo en cuyo ámbito se produce la huelga, si tales empresarios tienen una "especial vinculación" con ese titular.

29 Lo que llevó al TC a concluir que "ha quedado plenamente acreditado" que los trabajadores perdieron su empleo "como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos", es decir, que el despido fue una medida de represión de la huelga.

30 Desdentado Bonete, A. (2017), "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *op. cit.*, p. 2 de la versión electrónica.

— La vulneración puede, por tanto, producirse mediante los actos de esos empresarios clientes cuando contratan los servicios de otros contratistas para realizar los trabajos que debían ser desarrollados por los trabajadores que ejercen su derecho a la huelga.

— Si la vulneración indicada tiene como efecto, intencionado o no, neutralizar el legítimo ejercicio del derecho a la huelga como medio de presión en la negociación propia de un periodo de consultas, queda viciada de nulidad la medida que se adopte por la empresa de ese periodo. Por el contrario, de no quedar probado tal efecto, no habrá vulneración.

Y estos son los argumentos que, prudentemente y sin ir más allá por el momento, utiliza el TS en el caso Altrad, en el que la modificación de condiciones de trabajo colectivas (por causas económicas) se declara ajustada a derecho al quedar acreditadas las pérdidas y la disminución del volumen de ventas, y no constituir lesión del derecho de huelga la contratación por empresas clientes de trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga, sin que exista una "especial vinculación" entre la empleadora y las empresas clientes que le permita codecidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas, ni podía impedirlo ni se benefició de ello, ni quede acreditado un efecto neutralizador, ni intencionado ni no intencionado, por la falta de "repercusión directa" en la contrata a la que el EP no intenta producir un perjuicio directo como consecuencia de la huelga de su personal informada y comunicada con carácter previo.

Se concluye, pues, que la EP se limita a —informada de la misma— contratar con terceros los servicios urgentes y perentorios —que no esenciales y necesitados de servicios mínimos— en tanto en cuanto dure la misma y la EC no toma ningún tipo de "represalia" contra los huelguistas que ponen fin al preceptivo periodo de consultas en el caso de modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo sin avenencia y dan por zanjado el conflicto colectivo. La "supuesta" merma de la capacidad negociadora, como consecuencia de la decisión de la EP de contratar con otros tales servicios sin rescindir por ello la contrata con Altrad, no queda acreditada a lo largo del proceso, siendo un elemento crucial y determinante, sin el cual, resulta complicado alcanzar soluciones como la del asunto Samoa.[31]

En definitiva, el TS declaraba la inexistencia de un supuesto de esquirolaje debido a que "Altrad no tiene vinculación con sus clientes que le permita codecidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clien-

31 Algunos titulares daban a entender que el TS cambiaba de criterio sobre la vulneración del derecho de huelga al sustituir la actividad de una empresa cuyos trabajadores están en huelga por otra empresa, pero esta interpretación no se corresponde con la realidad ya que el tribunal analiza la actuación de una sola empresa y un caso muy particular. El sindicato UGT recuerda, en una nota de prensa, que existen otros pronunciamientos, tanto del TS como del TC, en los que se determina que la sustitución de los trabajadores huelguistas y la sustitución de la actividad de una empresa cuyos trabajadores están en huelga por otra empresa con la que existe una "especial vinculación" vulneran el derecho de huelga. En este caso concreto, el TS analiza la actuación de la empresa Altrad y dice que no vulnera el derecho de huelga porque se limitó a informar de la situación de huelga. Procesalmente no puede entrar a valorar la actuación de las empresas subcontratistas al no haber sido demandadas. De hecho, los propios demandantes dicen que las otras empresas no vulneran el derecho de huelga.

tes las contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, y sin que tampoco conste que hubiese colaborado en su realización, por lo que no puede imputarse a la demandada *Altrad* una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga, o menoscabado la posición negociadora de los RLT". Es más, en esta misma línea argumental hay quienes apuntan que "la apreciación que hace la sentencia recurrida sobre la supuesta vinculación de Altrad con sus empresas clientes es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios".[32]

Sea como fuere, la cuestión no está zanjada, ni mucho menos, antes al contrario. Hay voces, tanto doctrinales como jurisprudenciales, más próximas a la opinión de la AN y que ven factible en virtud de la "especial vinculación" el aplicar soluciones implementadas en el ámbito de los grupos de empresas a la compleja realidad que suponen las contratas y que se enmarcan en la construcción de ese nuevo modelo contractual mercantil triangular al que se ha hecho referencia en las líneas anteriores. Pero parece que el momento propicio para ello no ha llegado aún y que habrá que esperar a que soplen vientos favorables.

3.3. El último, por el momento, pronunciamiento: el asunto Indra/Vodafone

Y llegamos así a la última de las sentencias habidas, por el momento, sobre la cuestión litigiosa que se aborda y que resuelve sendos asuntos que interesa conocer al propósito de esta aportación.[33]

---

32 García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., "Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017, p. 6 de la versión electrónica (BIB 2017/12414).

33 Quiere destacarse, siquiera a pie de página, que hay un auto y una sentencia del TS que conviene traer a colación. El primero, es el auto 7 febrero 2017 (Rec. 412/2016) en el que se inadmite la unificación de doctrina contra STSJ Andalucía (Sevilla) de 14 enero 2016, (Rec. 2662/2015), que había desestimado la existencia de vulneración del derecho de huelga en un supuesto en el que ésta se había declarado en MercaSevilla y las empresas que habitualmente utilizaban sus servicios procedieron a asumirlos directamente. Formulada la unificación por la eventual contradicción con la sentencia Pressprint, el ATS inadmite el recurso por no existir contradicción, insistiendo en que en este último caso existía un grupo de sociedades, dato de hecho que no concurre en el primero. Podemos pensar que el TS está valorando únicamente la dimensión de hecho de la contradicción. Pero tengamos también en cuenta que, desde la reforma procesal de 2011, en los casos de vulneración de derechos fundamentales los requisitos fácticos de la contradicción parecen menores (*ex* art. 219.2 LRJS). Dicho de otro modo, el ATS de 7 febrero 2017 permite llegar a la conclusión de que el criterio establecido en Pressprint únicamente resulta aplicable en el ámbito del grupo y no en las restantes relaciones de externalización.

La segunda, la STS de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016), conocida como el asunto subcontratistas de Telefónica, se contempla otro supuesto en el marco limitado de la pretensión de tutela del derecho de huelga y de libertad sindical. Se cuestiona si, convocada una huelga en varias empresas subcontratistas de Telefónica, operan para ésta los deberes de negociación que impone en situaciones de huelga el artículo 8.2 RDL 17/1977. La respuesta es negativa porque los

La STS 624/2017, de 13 de julio, (Rec. 25/2017), aunque en el ámbito de una impugnación de despido colectivo, aborda la reclamación sobre esquirolaje tecnológico en el que lo que en realidad subyace es un problema incardinable en el esquirolaje comercial. Se trata de un asunto complejo, con cuestiones diversas que entremezclan esquirolaje tecnológico y comercial.

Grosso modo, los hechos probados sobre lo que se sustenta este asunto evidenciaron que la empresa Indra (que presta servicios de diverso tipo) suscribió con ONO (actual Vodafone) un contrato de prestación de servicios telefónicos para atención a clientes y resolución de averías —que también tiene suscritos con otras empresas auxiliares, distribuyendo entre ellas las necesidades mediante una aplicación informática—. Desde enero de 2016 Vodafone disminuyó el caudal de servicios requeridos a Indra, basándose en la escasa calidad de los prestados y, sin solución de continuidad, se suceden los siguientes hechos: el 12 de febrero de 2016 Indra extingue 34 contratos de trabajo de la modalidad de obra o servicio; entre 21 de abril y 18 de mayo de 2016 Vodafone comunica a Indra la extinción de tres contratos mercantiles de prestación de servicios; en mayo y junio de 2016 Indra acuerda la extinción de otros dos bloques de contratos de trabajo para obra o servicio determinados (38 y 72 personas, respectivamente). Finalmente, el 31 de mayo de 2016 CCOO convoca una huelga tendente a evitar el despido colectivo, extendiéndose durante numerosos días de junio y julio, tanto en el centro de trabajo de Madrid cuanto en los otros afectados por el despido colectivo y el 9 de junio de 2016 Indra notifica su decisión de iniciar un procedimiento de despido colectivo como consecuencia de haber perdido los reseñados contratos de prestación de servicios (con acuerdo).

La sentencia recurrida (sentencia 157/2016 de 24 octubre, la Sala de lo Social de la AN) va a declarar ajustado a Derecho el despido y a desestimar su nulidad por vulneración del derecho de huelga porque las empresas clientes venían reduciendo progresivamente los servicios de la empresa desde el mes de enero con base en la pérdida de calidad del servicio y porque la reducción producida no fue relevante. Luego el TS señala que, respecto de la concreta vulneración del derecho de huelga denunciada, ni queda acreditado que las empresas activasen estrategia o

trabajadores en huelga no pertenecen a la plantilla de Telefónica, sino a la de diferentes empresas que subcontratan con ella la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones. Según la argumentación de la Sala IV "toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo aunque de manera colectiva frente a un empresario, tal y como se desprende con claridad de los artículos 3, 5, 7 y 8 del RDL 17/1977, de manera que si, como ocurre en el presente caso, esa vinculación entre la huelga convocada y llevada a cabo por los trabajadores de las empresas contratadas y subcontratadas por Telefónica en virtud de la ejecución de los denominados "contratos bucle" para la ejecución de servicios finales de telecomunicaciones, no existió, no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegítima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga, y particularmente en el artículo 8.2 del RDL 17/1977 que el recurrente denuncia como infringido por la sentencia recurrida". En consecuencia, a falta de vinculación directa entre aquellos y la empresa principal, "no cabe que se le exija que adopte una posición que resultaría ilegitima en la estructura del desarrollo del derecho de huelga".

tecnología específica para boicotear la huelga,[34] ni resulta viable la comparación con supuestos de esquirolaje comercial pero en los grupos empresariales.[35]

Se descarta, en definitiva, que haya vulneración del derecho de huelga, cuando en un supuesto de subcontratación, la empresa principal, contratante del servicio de telefonía (atención de llamadas telefónicas y resolución de averías), utiliza, como es habitual, un dispositivo automático para redistribuir entre los demás contratistas del servicio los requerimientos de llamadas cuando se producen picos de demanda. Con fundamento en la STC 17/2017 (sobre esquirolaje tecnológico)[36], se argumenta que "ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga —ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar— a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario "que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa", pues ello supone imponerle "una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente".

En ninguno de los dos asuntos (AN y TS) se reconoce la existencia de esquirolaje, si bien se describen sendos supuestos de hecho en los que concurren elementos singulares que no permiten la generalización de una interpretación jurisprudencial como en el caso Altrad. Y ello porque, al margen de que la cuestión debatida gira en torno a la vulneración o no del derecho de huelga y de que los dos pronunciamientos la descarten, hay una nota común. Los dos supuestos afrontan la subcontratación de bienes o servicios que (pertenecientes o no a la propia actividad de la EP) se producen entre empresas independientes entre sí que carecen de otro vínculo previo —salvo el contrato mercantil de subcontratación—. Son casos en los que el fenómeno de la descentralización productiva se produce libremente en el mercado y no en el seno de un grupo empresariales. Esta característica es clave para que las resoluciones examinadas entiendan que las relaciones interempresariales se limitan a la vertiente estrictamente mercantil, y no están condicionadas, en modo

34 En referencia al esquirolaje tecnológico de la STC 17/2017 (Telemadrid) donde se dice que 1º El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal, no por Indra, para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2º Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3º Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista Indra.

35 En referencia a supuesto de esquirolaje comercial pero en grupos empresariales como el asunto abordado en la STS 20 abril 2015 (*Coca-Cola*). A diferencia de lo que acaece en el caso de la STS 20 abril 2015, el sindicato convocante de la huelga (CCOO) no considera que se haya vulnerado ese derecho, como tampoco lo entienden así los otros dos con mayor presencia (UGT y USO). En fin, ahora se está ante una negociación que acaba en un acuerdo masivamente respaldado por los trabajadores y por sus representantes.

36 Al respecto, *vid.* grau Pineda, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018 y todas las referencias bibliográficas allí hechas.

alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo. En esas condiciones, no existiendo ninguna "especial vinculación", ni ningún otro tipo de circunstancia que a la empresa principal le obligara a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras que ya tenía contratadas, su actuación encargando las tareas a un tercero, se rechaza la vulneración del derecho de huelga.

Como se ha señalado, "en estos casos, prevalece el modelo bilateral contractual laboral frente a otro posible triangular contractual mercantil, no quedando vulnerado el derecho de huelga pese al mantenimiento de la actividad en la empresa principal, que estaba prestando la empresa contratista en conflicto".[37] En definitiva, con ocasión de esta nueva oportunidad, el TS llega a una solución diferente que se fundamenta, en dos circunstancias a considerar: de un lado, el sistema venía operando con carácter previo a la huelga de la contratista; de otro, dicho sistema estaba creado por la EP, lo que supone reconocer la libertad de esta última para actuar en relación con la huelga en sus EC.

4. A MODO DE CIERRE

La fortuna ha querido que, durante el proceso de gestación de esta aportación, haya visto la luz una nueva sentencia, del Juzgado de lo Social N° 1 de Toledo,[38] a la que todavía le queda un largo recorrido, en la que se asegura que "la garantía extracontractual del derecho de huelga" asegura que este derecho se pueda ejercer frente a terceras empresas ajenas a la relación laboral, aunque siempre que exista cierta vinculación, confirmando la sanción impuesta a una empresa que decidió rescindir su contrato con otra externa cuando sus empleados ejercieron su derecho a la huelga.

En este nuevo asunto, la compañía principal decidió rescindir su contrato con la empresa a la que subcontrataba determinados servicios cuando se enteró de que sus empleados estaban en huelga. Como se relata en la resolución, la empresa principal en lugar de destinar a sus propios trabajadores para cubrir los trabajos de los empleados declarados en huelga, acudió a otras subcontratas vinculadas a ella para que realizaran dichas tareas.[39]

37 Lahera Forteza, J., "Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 de Octubre, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, Jurisprudencia en detalle, marzo, n° 3., 2019, p. 311.

38 Juzgado de lo Social N° 1 de Toledo, Sentencia 515/2021 de 4 Oct. 2021, Proc. 69/2021, Ponente: Sevilleja Luengo, Pilar Elena, N° de Sentencia: 515/2021, N° de Recurso: 69/2021.

39 Resumidamente aconteció que tras la visita de la ITSS se concluyó que existía un conflicto laboral en la sede de la mercantil Airbus Operations, S.L. en Illescas cuyo origen se hallaba en la no asunción de trabajadores por la nueva empresa (ISS) tras cambio por Airbus de contrata de obra o servicios correspondientes a la propia actividad después de un largo proceso de licitación. Tras la convocatoria de la huelga y ante la falta de prestación del servicio por el hecho de ser secundada por la totalidad de los trabajadores de la contrata ISS Facility Services la empresa Airbus procedió a suspender el contrato de la empresa en huelga (ISS) y contratar con tres empresas los trabajos que se tendrían que haber desarrollado si no se hubiera producido la huelga. Conviene

Para la juez de lo social encargada de justiciar este asunto, obligar a las otras empresas subcontratadas a realizar trabajos diferentes a los inicialmente pactados excede de los términos propios de las contratas de servicios y supone una suerte de "esquirolaje interno" —lo que evidencia lo poca asentada que esta la categoría de "esquirolaje comercial u organizativo"— dentro del conglomerado de empresas contratistas de la principal y concluye que la empresa principal articuló mecanismos para privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva, vulnerando así este derecho fundamental, aunque no tuviera relación laboral con los trabajadores que la secundaron.

No cabe la menor duda para la jueza competente que la situación de hegemonía de hecho sobre las EC, que les impone actuar fuera del ejercicio regular de los términos de las contratas, es un indicio reforzado en los casos en los que la actividad de la EC directamente afectada por la huelga, está integrada en el ciclo productivo de la EP, sin la cual este ciclo no podría funcionar. Por ello, si la EP articula mecanismos para privar a la huelga de su plena efectividad como medio de presión colectiva, vulnera el derecho fundamental a la huelga. Y ello aunque no sea directamente la empleadora de los trabajadores subcontratados, porque se incurre en una radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas vinculadas, motivada en una convocatoria de huelga, y, con ello, no solo se demuestra esa "vinculación especial" a la que se hizo referencia líneas atrás, sino que se vacía de contenido el derecho fundamental al excederse de los términos propios de las contratas de servicios.

Sea como fuere y hasta el momento en que se cierra este relato todo indica que se ha ido abriendo la necesidad de una nueva tutela del derecho de huelga que comprenda atentados y lesiones que provienen, cada vez más, de frentes variados y diversos, no siempre conocidos. Que se esté aprovechando la descentralización productiva como arma antihuelga que posibilita huir, vadear la protección constitucional de derechos fundamentales como el concernido es no solo preocupante sino buena muestra de las constantes amenazas que se ciernen sobre el derecho fundamental de huelga consagrado en nuestro texto constitucional, pero sin desarrollo normativo más de cuarenta años después. La perentoriedad de la actuación del legislador referida al derecho de huelga, pero también a la externalización productiva, es ya incuestionable y urgente, aunque nada augure ser optimistas en el medio plazo al respecto.

el organismo inspector que tal actuación tuvo por finalidad eliminar las consecuencias directas de la falta de prestación del trabajo de los trabajadores en huelga, perdiendo esta toda virtualidad y concluyó que la mercantil demandante vulneró el derecho de huelga porque siendo secundada la huelga por la totalidad de los trabajadores suspendió durante su celebración el contrato con la mercantil ISS Facility Services, S.A. y contrató los trabajos en huelga con Duralcor, S.L., De la Fuente International Movers, S.L. y Aeronáutica Gestión, S.L. Y concluyó que los hechos descritos constituyen infracción del art. 28.2 CE, derecho fundamental del derecho a la huelga, en relación con art. 4.1.e) ET y art. 6.5 RDL 17/1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo. Siendo tal infracción tipificada como muy grave en el art. 8.10 LISOS y atendiendo a la intencionalidad en la conducta de la empresa titular del centro de trabajo y al número de trabajadores afectados (55) se gradúa en el grado medio proponiendo sanción en cuantía de 25.001 euros.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Cruz Villalón, J., "Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales", *Revista Relaciones Laborales*, nº 2, 2005.

Desdentado Bonete, A., "Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015.

Desdentado Bonete, A., "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", *Revista de Información Laboral*, nº 2, febrero/2017.

Fernández Prol, F., "Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo", *Revista de Derecho Social,* nº 69*,* 2015.

García Murcia, J., "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº 48, 2004.

García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., "Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017.

Goerlich Peset, J. Mª., "Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva", XXVIII Congreso Nacional AEDTSS, 31 de mayo-01 de junio de 2018, disponible en www.aedtss.es.

Goerlich Peset, J.Mª., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch 1994.

Grau Pineda, C., "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018.

Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, 2021.

Gualda Alcalá, M., *Intervención legal ante la externalización de la actividad productiva*, Bomarzo y Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO, 2017.

Illueca Ballester, H., *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Tirant lo Blanch, 2015.

Lahera Forteza, J., "Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 de Octubre, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, Jurisprudencia en detalle, marzo, nº 3., 2019.

Molina Navarrete, C., "Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del "esquirolaje interno indirecto" (diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015, Rec. Núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola))", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 388, 2015.

Molina Navarrete, C., "La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas", en AA.VV., *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, 2008.

Monereo Pérez, J.L. (coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Editorial Comares, 2002.

Ramos Quintana, M.I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, 2015.

Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 563.

Sala Franco, T., *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 2017.

Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018.

Vivero Serrano, J.B., "Redes empresariales y Derecho de huelga: Nuevos escenarios para la tutela y la limitación", en Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales,* Comares, 2018.



CRITERIOS DELIMITADORES DEL PERSONAL DIRECTIVO COMO RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL:
La recíproca confianza en el vínculo

LIMITING CRITERIA OF THE MANAGERIAL STAFF OF SPECIAL CHARACTER:
Mutual Trust in the Bond

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
portega@ugr.es ORCID ID 0000-0001-9880-4231
Recepción de trabajo: 18-06-2021 - Aceptación: 03-12-2021
Páginas: 231-264

■1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIOS DELIMITADORES Y DIFERENCIADORES DE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN. ■2. RÉGIMEN JURÍDICO-EXTINTIVO DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN. ■3. EL ACTO DE DESPEDIR MATERIALIZADO EN LA VOLUNTAD UNILATERAL EXTINTIVA DEL EMPRESARIO. ■4. PRESCRIPCIÓN, ACCIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EN LA EXTINCIÓN DEL ALTO DIRECTIVO. ■5. BALANCE Y PERSPECTIVAS: REFLEXIONES JURÍDICAS. ■6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Se estudia en profundidad la relación laboral de carácter especial del personal directivo o de alta dirección. Para ello hacemos referencia a los criterios doctrinales y jurisprudenciales más relevantes en su confirmación, para, posteriormente, introducirnos en algunas especialidades muy dudosas de su régimen jurídico, con especial incidencia en la pérdida de confianza del empresario en la persona que participa en la toma de decisiones fundamentales de gestión de la actividad empresarial.

PALABRAS CLAVE: **Directivo, dirección, relación, laboral, especial, confianza.**

ABSTRACT

The present paper constitutes an in-depth study of the special labour relationship of managerial staff or senior management. To do so,the most relevant doctrinal and jurisprudential criteria in its confirmation are described and, subsequently, very dubious specialities of its legal regime are addressed, paying particular attention to the loss of confidence of the employer in the person who participates in the fundamental decision-making of management of the corporate activity.

KEYWORDS: Managerial, management, relationship, labour, special, confidence.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DIRECTIVO: CRITERIOS DELIMITADORES Y DIFERENCIADORES DE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN

Nos encontramos ante una relación laboral de alta dirección cuando concurren los siguientes requisitos:[1] a) Que se ejerciten poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas,[2] con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento.[3] b) Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales,[4] o, lo que es igual, a la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial,[5] con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad, dado que el ejercicio de los poderes corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen.[6] c) Se ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que ha de excluirse quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora.[7]

Al hilo de lo anterior, la doctrina jurisprudencial ha establecido los siguientes criterios delimitadores de la relación laboral del personal de alta dirección:[8] a) Uno de los elementos indiciarios de la relación

---

1 Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L., "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección", en Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Granada, Comares, 2010, p. 3. Ortega Lozano, P. G., "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo", en AA. VV., *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 241 y ss. Ortega Lozano, P. G. y Navarro Contreras, C. C., "Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje", en *Economist & Jurist*, núm. 198, 2016, pp. 44 y ss. STSJ Galicia 27 de diciembre de 2014 [AS 2014\316], STS 23 de mayo de 2012 [AS 2012\2274], STS 16 de mayo de 2012 [AS 2012\2670], STS 25 de mayo de 2012 [JUR 2012\228651] y STS 12 de abril de 2013 [AS 2013\1517].

2 STS 6 de marzo de 1990 [RJ 1990\1767].

3 STS 18 de marzo de 1991 [RJ 1991\1870] y STS 17 de junio de 1993 [RJ 1993\4762].

4 STS 30 de enero de 1990 [RJ 1990\233] y STS 12 de septiembre de 1990 [RJ 1990\6998].

5 STS 11 de enero de 2001 [RJ 2001\2804].

6 STS 24 de enero de 1990 [RJ 1990\205], STS 2 de enero de 1991 [RJ 1991\43], STS 22 de abril de 1997 [RJ 1997\3492] y STS 4 de junio de 1999 [RJ 1999\5067].

7 STS 13 de marzo de 1990 [RJ 1990\2065], STS 17 de junio de 1993 [RJ 1993\4762], STS 4 de junio de 1999 [RJ 1999\5067] y STS 3 de octubre de 2000 [RJ 2000\8290].

8 STS 4 de junio de 1999 [RJ 1999\5067], STSJ Madrid 27 de abril de 2015 [AS 2015\1325] y STSJ Santa Cruz de Tenerife 4 de julio de 2014 [AS 2015\274].

especial de servicios de los empleados de alta dirección es que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas —normalmente— a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad. Ello es así, porque este contrato especial de trabajo se caracteriza, de acuerdo con el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (en adelante, DPAD), de un lado, por la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios —autonomía y plena responsabilidad— y de otro lado, por el ejercicio de los poderes que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen —poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma—. b) Para atribuir a una relación laboral el carácter especial que es propio de las de alta dirección —y que explícitamente figura en el mencionado artículo 1.2 DPAD— se exige que la prestación de servicios se ejercite asumiendo, con autonomía y plena responsabilidad, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y que además, el alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y facultades, goce de autonomía asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa. Por ello, los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común. c) No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores —fenómeno de delegación de poderes siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad— con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 DPAD en relación con el artículo 2.1.a) ET. d) Lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial. Por tanto, para apreciar la existencia del personal directivo se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio sólo subordinado al órgano rector de la sociedad. Y, precisamente, como consecuencia de estas consideraciones referentes a la delimitación de la noción de alto cargo, es por lo que se ha proclamado que este especial concepto ha de ser de interpretación restrictiva y hay que atender, para precisarlo, al ejercicio de funciones de rectoría superior en el marco de la empresa. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes no viene condicionada por la denominación que le otorguen los propios interesados, pues los contratos poseen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, debiendo estarse, para determinar su auténtica naturaleza, a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre la denominación —*nomen iuris*—[9] atribuida por las partes contratantes[10] (en ocasiones con especiales confusiones en categorías tales como las de director/a de RRHH, director/a Financiero/a, director/a de Operaciones, etcétera).

9 STS 23 octubre 1989 [RJ 1989\7310].

10 Ramos Moragues, F., "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: peculiaridades extintivas", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021, pp. 970 y ss. En las siguientes sentencias la relación sí se ha considerado de alta dirección: STSJ Cataluña 17 julio 2018 [AS 2019\186], STSJ Asturias 14 mayo 2019 ([AS 2019\1597], STSJ Madrid 29 marzo 2019 [AS 2019\1480], STSJ Castilla y León 20 diciembre 2018 [AS 2019\426] y STSJ Comunidad Valenciana 16 abril 2019 [AS 2019\2248]. En cambio, no se ha considerado alta dirección en las siguientes sentencias: STSJ Islas Canarias 12 febrero 2019 [AS 2019\1786], STSJ Andalucía 29 junio 2018 [AS 2018\2195], STSJ Madrid 23 mayo 2018 [AS 2019\878], STSJ Cataluña 8 julio 2019 [JUR 2019\261363] y STSJ 25 STSJ 15 noviembre 2018 [AS 2019\1019].

Al hilo de lo comentado, es evidente que el personal directivo constituye una categoría de trabajadores de tardía aparición. A diferencia de los obreros y empleados, los directivos surgen, aproximadamente, en la segunda mitad del siglo XIX como consecuencia del crecimiento progresivo de las fábricas y explotaciones industriales. El nuevo tipo de empresa industrial, surgido con la consolidación del modelo fordista de producción,[11] se caracterizaba por el aumento considerable de su dimensión, que se reflejaba tanto en la cuantía del capital invertido como en la planta física y en el volumen de trabajadores empleados, lo que significaba una mayor división y especialización del trabajo, con una compleja jerarquización, y, en consecuencia, la necesidad de una gerencia profesional. Dada esta situación, el empresario necesitaba de la colaboración de unos profesionales de la dirección en el ejercicio de su actividad, con objeto de lograr, satisfactoriamente, los objetivos sociales y económicos perseguidos.[12]

El contrato del personal directivo o alta dirección regulado por el DPAD se ubica a medio camino "*entre el Derecho del Trabajo y el Derecho civil*".[13] Existe una diferencia notoria entre el personal que ocupa cargos de alta dirección dentro de la empresa (personal directivo) y el resto de los trabajadores de la misma (trabajadores normales por cuenta ajena). Las razones para este tratamiento jurídico diferenciado se localizan, especialmente, en el vínculo de necesaria confianza que debe existir entre el empresario y el personal directivo. Distinción entre el supuesto de hecho de las personas genéricamente ligadas con la empresa por un contrato de trabajo y el supuesto de hecho más restringido de las personas que ocupan puestos de dirección que puede ser establecida por el legislador sin violar el artículo 14 CE y extraer de ella consecuencias jurídicas.[14] De esta manera, se justifica la trascendencia reguladora de la voluntad de las partes.

La normativa específica del personal directivo se encuentra contenida en el DPAD: "*el presente Real Decreto, de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y al amparo de la Disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*".[15] Este "viejo" Real Decreto, más que una norma de rango reglamentario viene a ser una recopilación de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo por los que —y antes de la publicación de este texto— ya se

11 El término "*fordismo*" se refiere al modo de producción en cadena que llevó a la práctica Henry Ford; fabricante de coches de Estados Unidos. Este sistema que se desarrolló entre fines de la década del 30 y principios de los 70, supone una combinación de cadenas de montaje, maquinaria especializada, altos salarios y un número elevado de trabajadores en plantilla. Este modo de producción resulta rentable siempre que el producto pueda venderse a un precio bajo en una economía desarrollada.

12 Monereo Pérez, J. L. y De val Tena, Á. L., "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección", en Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Granada, Comares, 2010, p. 3.

13 Molero Manglano, C., *El contrato de alta dirección*, Madrid, Civitas, 1995, p. 23.

14 STC 79/1983, de 5 de octubre [RTC 1983\79].

15 Artículo 1.1 DPAD.

había delimitado la figura especial del alto directivo.[16] En materia de Seguridad Social, el personal de alta dirección queda comprendido en el régimen general. Diferente sería que nos encontráramos ante consejeros y administradores de las sociedades de capital, los cuáles, se regirán por un contrato mercantil, siendo de aplicación en este caso el artículo 136.2.c) 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, cuando establece lo siguiente: "*como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b)* (referido al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos), *cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma. Estos consejeros y administradores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial*".

A estos efectos, se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que "*ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*",[17] con exclusión expresa de la actividad delimitada en el artículo 1.3.c) ET. Sin embargo, del contenido de esta norma especial, se deduce que no todo directivo de una empresa debe de incluirse en la categoría especial de personal alto directivo. Y es que, para ostentar esa condición, no solo es suficiente con ocupar cargos de mando o tener la facultad de impartir órdenes en el ámbito de actuación de la empresa, sino que es necesario que concurran tres criterios o exigencias: a) que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica la capacidad de concluir actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, poseyendo la facultad de obligar a la empresa frente a terceros —criterio funcional— b) que esos poderes afecten a objetivos generales de la compañía, sin que se califiquen como tales, los objetivos que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de la empresa —criterio objetivo— y, c) que el ejercicio de esos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que represente la titularidad de la empresa —criterio jerárquico—.[18] Al hilo de lo anterior, el hecho de que exista una relación de confianza no es suficiente para apreciar la existencia de un trabajo de alta dirección, y ello porque ni la confianza es elemento privativo de esta especial relación, ni la existencia de la misma podría justificar la falta de los requisitos legales.[19]

16 Salguero Molina, P., "La relación laboral especial de alta dirección: Particularidades extintivas en empresas en crisis. La autoextinción por el directivo y el desistimiento por la empresa", *Anuario del Pensamiento Crítico*, 2011, p. 114.

17 Artículo 1.2 DPAD.

18 Alcázar Ortiz, S., Ortiz De Solórzano Aurusa, C. y De Val Tena, Á. L., *Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección*, trabajo realizado en el marco del Proyecto "Derecho de Trabajo y Crisis Económica: del diálogo social a las intervenciones normativas", 2010, p. 11.

19 STS 16 de marzo de 2015 [RJ 2015\2013] y STS 12 de septiembre de 2014 [2014\5746].

Una rápida lectura de la descripción legal del personal de alta dirección podría hacernos pensar que se trata de un supuesto ajeno al ámbito laboral. Sin embargo, y dejando atrás esta primera impresión, el personal directivo reúne las notas caracterizadoras del contrato de trabajo: voluntariedad, ajenidad, dependencia o subordinación y salario. Comenzando por el elemento de la ajenidad, de este se desprende que es un tercero quien se beneficia del fruto de la prestación de servicios —en concreto, el empleador o empresario—, debiendo compensarse a través de la remuneración correspondiente. Respecto a la retribución, el personal de alta dirección es un asalariado más que vive de su trabajo y no plantea mayores particularidades que las derivadas de la propia naturaleza de la prestación de servicios, corroborándose el especial "*reforzamiento*" de este criterio, pues los altos directivos son los trabajadores mejor pagados de la empresa. En relación al elemento de la dependencia, este es el que presenta mayores dificultades, dado que el personal directivo se caracteriza por el ejercicio autónomo de las funciones atribuidas. Y es que, la dependencia queda atenuada en esta relación laboral especial, entendiéndose la misma, no tanto como subordinación, sino más bien como inserción en el ámbito organizativo y directivo del empresario, de forma que la existencia de un control más intenso que el derivado de las instrucciones y criterios emanados del órgano de gobierno de la empresa, puede llevar a negar la condición de alto directivo; sin embargo, esta relación especial laboral es peculiar, porque en el extremo contrario, en referencia a la inexistencia de dichas instrucciones, debe conducirse igualmente a la negación de la alta dirección.[20] En suma, el personal de alta dirección debe disponer de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y actuar con autonomía y responsabilidad.[21]

Por otro lado, los derechos y las obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas del DPAD. En referencia al derecho supletorio, y en lo no regulado por este texto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales.[22] Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar específicamente en el contrato [artículo 3 DPAD]. Consecuencia de esa remisión expresa para aplicar la normativa laboral se ha dicho que el legislador pretendía que ni las normas laborales ordinarias, ni siquiera sus principios y criterios, fueran aplicables "*como fuentes supletorias, siquiera de segundo grado*".[23]

Dentro del régimen jurídico del personal de alta dirección, las particularidades más significativas son las siguientes:[24] 1º) Las libertades sindicales y el derecho de huelga se regulan por la normativa

20 Salguero Molina, P., "La relación laboral especial de alta dirección: Particularidades extintivas en empresas en crisis. La autoextinción por el directivo y el desistimiento por la empresa", *Anuario del Pensamiento Crítico*, 2011, pp. 115 y 116.

21 STSJ Canarias, Las Palmas, 28 de agosto de 2019 [AS 2020\1309] y STSJ Andalucía, Granada, 24 de octubre de 2003 [AS 2014\419].

22 *Vid.* Hurtado Cobles, J., *Régimen extintivo de contrato de alta dirección: un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual*, Barcelona, CEF, 2014, p. 104.

23 De Val Tena, Á. L., *Los trabajadores directivos de la empresa*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 153.

24 Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª. N. y Vila Tierno, F., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020.

general, ocasionando problemas de encuadramiento sindical. Sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector, ni tampoco como elegible, en los órganos de representación regulados en el Título II del ET [artículo 16 DPAD]. 2º) El contrato de trabajo del personal de alta dirección se formalizará por escrito. No obstante, y en ausencia de pacto escrito, se entiende que el empleado posee categoría de personal de alta dirección cuando se reúnan los requisitos del artículo 8.1 del ET [artículo 4 DPAD] y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del Real Decreto regulador de esta figura. 3º) El contrato de trabajo del personal de alta dirección tendrá la duración que las partes acuerden. En carencia de pacto escrito, se presume celebrado por tiempo indefinido [artículo 6 DPAD]. 4º) Para el tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas y permisos, así como para vacaciones, se estará a lo fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente [artículo 7 DPAD]. 5º) Se establece un pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa. Conforme al pacto de no concurrencia, el personal de alta dirección no podrá celebrar contratos de trabajo con otras empresas —salvo autorización expresa del empresario o pacto escrito en contrario—. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo. Conforme a la obligación de permanencia en la empresa, ha de ponerse en relación con la especialización profesional recibida por el trabajador con cargo a la empresa: en estos casos, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del término fijado [artículo 8 DPAD]. 6º) Bajo la denominación de "*promoción interna*" se regula la conversión de un contrato de trabajo de un empleado vinculado a una empresa por una relación laboral común cuando se promociona al ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar [artículo 9 DPAD]. 7º) En materia de salarios, la cuantía se establece por acuerdo individual y con utilización sistemática de fórmulas de salario por rendimiento. La disposición adicional quinta del ET ha asimilado el sistema de garantías personales para este personal al de los trabajadores comunes a efectos de protección por el Fondo de Garantía Salarial [artículo 33 del ET].

En materia de régimen extintivo del contrato de alta dirección, el DPAD dedica dos artículos en los que se consignan algunas reglas particulares y determinadas especialidades frente a la extinción laboral común: su artículo 10 se refiere a la conclusión por voluntad del alto directivo; y su artículo 11 por voluntad del empresario; pero se añade un tercer artículo "*de cierre*" del sistema que remite a otras causas y procedimientos previstos en el ET —artículo 12—. La justificación de estas especialidades se localiza en la propia exposición de motivos: precisamente, por las características especiales de la relación laboral que une al directivo con la empresa se ha optado por proporcionar amplio margen al pacto entre las partes de esta singular relación laboral como elemento de configuración del contenido de la misma, correspondiendo a la norma fijar el esquema básico de la materia a tratar en el contrato, profundizando más en cuestiones como las relativas a las causas y efectos de extinción del contrato, respecto de las que se ha considerado que debía existir un tratamiento normativo más completo al ser menos susceptibles de acuerdos entre las partes. Hasta tal punto existen peculiaridades que incluso se determina una causa resolutiva totalmente ajena a la legislación

laboral común u ordinaria: el libre desistimiento empresarial en cualquier momento de la relación laboral existente con el trabajador alto directivo, previo cumplimiento de ciertas formalidades y del abono de una indemnización al trabajador, lo que provoca la quiebra del principio de causalidad —a diferencia de lo que ocurre en la legislación laboral común donde tal posibilidad de desistimiento únicamente existe restringida al periodo de prueba, de acuerdo con el artículo 14 ET—. Por lo tanto, el propio fundamento del contrato de alta dirección exige un tratamiento con reglas particulares diferenciadas frente a las normas comunes sobre extinción del contrato de trabajo, siendo reflejo, además, del principio constitucional de libertad de empresa —artículo 38 CE—.

Del mismo modo, continuando con las especialidades de los empleados directivos, ha de tenerse en cuenta las particularidades del personal de alta dirección en el marco de los procedimientos concursales. En tal sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, establece, en sus artículos 186 a 188, una serie de reglas especiales que se aparta del régimen regular aplicable a esta relación laboral especial. Veámoslas: 1) Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá extinguir o suspender los contratos de este con el personal de alta dirección. 2) En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando sin efecto en ese caso la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo. 3) En caso de suspensión del contrato, este podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del artículo anterior. 4) Finalmente, la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago del crédito relativo a la indemnización que corresponda al alto directivo se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación. Lo anterior se caracteriza por el sometimiento a la decisión de los órganos especiales del concurso: administración concursal y juez del concurso.

A fin de frenar el despilfarro cometido en el sector público en los años precedentes, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y, en concreto, la Disposición adicional octava sobre especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público, introdujo un régimen de restricciones legales tanto para las retribuciones como para las indemnizaciones de ruptura del personal alto directivo en este ámbito, aplicable a todos los niveles de la Administración —estatal, autonómica y local—. Así, se pretende evitar las denominadas "*cláusulas de blindaje*" a costa del Erario Público.[25]

En lo que se refiere a las faltas y sanciones del personal de alta dirección, el artículo 13 DPAD establece la posibilidad de sancionar al personal directivo en los términos que se hayan pactado en el contrato. Además, las faltas y correspondientes sanciones serán revisables ante el orden jurisdiccional social. Tales faltas, cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión, o desde que el empresario tuviese conocimiento de ellas. Por lo que se refiere a las infracciones laborales de los empresarios, les será de aplicación el artículo 57 ET.

25 Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2020, p. 703.

Por otro lado, los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el DPAD, serán de la competencia de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social [artículo 14 DPAD].

2. RÉGIMEN JURÍDICO-EXTINTIVO DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN

En referencia a la extinción de la relación laboral del personal de alta dirección, como ya hemos anunciado, se localizan una serie de reglas especiales que, básicamente, podrían sintetizarse en las siguientes:

1. Por voluntad del alto directivo [artículo 10 DPAD]. El contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá ser extinguido por voluntad de éste, debiendo mediar, como mínimo, un preaviso de tres meses. No obstante, dicho período podrá ser de hasta seis meses, si así se establece por escrito en los contratos celebrados por tiempo indefinido o de duración superior a cinco años. Por otro lado, no será preciso respetar el preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario. En caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso del personal de alta dirección, el empresario tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. Sin perjuicio de lo anterior, el alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y, en su defecto, fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario siempre que se funde en las causas siguientes: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario. b) La falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los presupuestos de fuerza mayor, en las que no procederá el abono de las indemnizaciones a las que se refiere este número. d) La sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios. Estas causas recogidas expresamente en el DPAD son antológicas a las del artículo 50 ET.

2. Por voluntad del empresario [artículo 11 DPAD]. El contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso conforme los términos previstos en el artículo 10.1 del Decreto regulador. En estos casos, el personal de alta dirección tendrá derecho a las indemnizaciones pactadas en el contrato. En defecto de pacto, la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite

de seis mensualidades: respecto a su tratamiento fiscal, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha modificado doctrina en sentencia de fecha 5 de noviembre de 2019:[26] esa indemnización debe considerarse como la indemnización mínima y, por tanto, se encuentra exenta de tributación). En caso de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. Igualmente, el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET. En estos casos, en relación a las indemnizaciones, si el despido ha sido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades. Cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán, si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos del artículo 11, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas. Si el despedido se reintegrase al empleo anterior en la empresa, se estará a lo dispuesto en el artículo 9.3 de este Real Decreto.

El DPAD solo comprende singularidades en lo atinente al despido disciplinario. Las otras formas de despido —colectivos, por causas objetivas, o por fuerza mayor— quedan sometidas a la legislación sustantiva común: "*dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*" —artículo 12 DPAD—. Efectivamente, y de acuerdo con el artículo 11.2 DPAD, el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET. Comparando el precitado artículo con el régimen ordinario del despido disciplinario —artículo 54 ET— se da buena muestra de las especialidades que atañe a la extinción del contrato de trabajo del personal directivo o de alta dirección. Es cierto que, en un principio, el despido disciplinario del directivo se constituye y configura de la misma forma que la del trabajador ordinario o común, pues la resolución de la relación laboral se produce por el incumplimiento grave y culpable del trabajador; no obstante, existen diferencias notables y de trascendencia en torno a las causas específicas, sus efectos y las consecuencias económicas del despido.

Para justificar la decisión extintiva del empresario, cobra vital importancia la obligación específica de las partes de acomodar el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe: "*la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes*" —artículo 2 DPAD—. De acuerdo con esta afirmación, se confirma que toda actuación contraria al principio de buena fe fractura —inevitablemente— el citado sustento fiduciario. La consecuencia última del incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales por parte del alto directivo siempre será la pérdida de confianza. No obstante, la causa del

26 STS 5 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4658], STS 4 de septiembre de 2020 [RJ 2020\3482], STS 23 de julio de 2020 [RJ 2020\2903].

despido no es esta circunstancia añadida —pérdida de confianza— sino el comportamiento, precisamente anterior, que ha dañado a la buena fe que habita en estas relaciones de confianza.[27] De no existir tal actitud del trabajador directivo y concurriendo —por cualquier otro motivo— la pérdida de confianza, se justificará el desistimiento empresarial —*ex* artículo 11.1 DPAD— pero no el despido basado en un incumplimiento grave y culpable —*ex* artículo 11.2 DPAD— del personal directivo.[28] El poder disciplinario no es un elemento relevante en la relación contractual del personal de alta dirección, por lo que, si no se incluye un régimen disciplinario *ad hoc* en el propio contrato de trabajo que une a ambas partes, este no existirá —*ex* artículo 13 DPAD que dispone "*el alto directivo podrá ser sancionado en virtud de incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta relación especial, en los términos que se pacten en el contrato*"—. La realidad es que el propio fundamento de esta especial relación laboral —la recíproca confianza— casa mal con la propia lógica coercitiva del incumplimiento laboral. No obstante, cuando exista incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, puede ejercitarse la facultad del despido disciplinario, recobrando la extinción del contrato de trabajo del personal directivo, ese efecto influyente que le convierte en un mecanismo de responsabilidad contractual de derecho común frente a la institución típicamente laboral de la responsabilidad disciplinaria.

3. Otras causas de extinción [artículo 12 DPAD]. Dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el ET. Esta es la denominada clausula "*de cierre*".

De acuerdo con el artículo 49 ET, y relacionando estas causas con los preceptos citados del DPAD que se refieren a la resolución del contrato de trabajo, puede delimitarse el siguiente esquema de causas extintivas de la relación laboral de alta dirección: A) Voluntad concurrente de las partes: mutuo acuerdo, término final y condición resolutoria —artículo 49.1.a), b) y c) ET—. B) Voluntad unilateral del empresario fundada en un incumplimiento del alto directivo —artículo 49.1.k) ET solo aplicable en la forma y con los efectos del artículo 55 ET, según el artículo 11.2 DPAD—,simple desistimiento empresarial —artículo 11.1 DPAD—,despido individual por causas objetivas —artículo 49.1.1 ET—,y despidos colectivos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por fuerza mayor —artículo 49.1.h), e i) ET—. C) Voluntad unilateral del trabajador alto directivo, bien por dimisión con preaviso —artículo 10.1 DPAD— bien por resolución causal del trabajador previo incumplimiento del empresario —artículo 10.3 DPAD—. D) Acontecimientos externos: muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta y jubilación del trabajador —artículo 49.1.e) y f) ET—,y muerte, jubilación, incapacidad del empresario, o extinción de su personalidad jurídica —artículo

27 *Vid.* Guindo Morales, S., *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020. Guindo Morales, S., *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020. Guindo Morales, S., *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021. Gómez Salado, M. Á., *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 D) del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2019.

28 STS 22 enero 1991 [RJ 1991\70].

49.1.g) ET—. De acuerdo con lo expuesto nos permitimos adelantar una conclusión: la existencia de la alteración profunda del régimen extintivo común en este contrato de trabajo especial. Si ordenamos las causas atinentes al empresario que pueden provocar la resolución del contrato de trabajo, localizamos las siguientes: la muerte, jubilación e incapacidad o la extinción de su personalidad jurídica, siempre que comporte el cese de la actividad —artículo 49.1.g) ET— la fuerza mayor que impida la prestación de trabajo o la cesación de la actividad empresarial por crisis —artículo 49.1.h) e i) ET— el despido disciplinario del trabajador —artículo 11.2 y 3 DPAD— o por causas objetivas —artículo 49.1.1 ET— y el desistimiento *ad nutum* —artículo 11.1 DPAD—.[29] El precitado catálogo nos permite diferenciar: por un lado, las causas apoyadas en acontecimientos externos a la voluntad del empleador; por otro lado, las causas razonadas en la voluntad unilateral del empresario. Dentro de estas últimas causas —voluntad unilateral del empresario— el DPAD desarrolla solo dos: el desistimiento unilateral y el despido disciplinario —objeto de nuestro estudio— estableciendo para cada una de estas causas, un régimen jurídico diferenciado entre sí y, también, frente a la legislación laboral común.

Es frecuente que, durante la investigación de los incumplimientos o la valoración de los hechos por parte de la empresa, se suspenda cautelarmente de empleo y sueldo al personal directivo. Esta medida, sin perjuicio de que pueda ser impugnada por el alto cargo, no puede considerarse como desistimiento empresarial. En estos casos, y ante la existencia de un conflicto entre las partes, la empresa actúa conforme a las exigencias y necesidades de dirección y gestión empresariales.[30]

3. EL ACTO DE DESPEDIR MATERIALIZADO EN LA VOLUNTAD UNILATERAL EXTINTIVA DEL EMPRESARIO

A continuación, desarrollaremos el análisis de la causa, modalidad y procedimiento para la extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario fundada en justa causa. El acto de despedir materializa la voluntad unilateral extintiva del empresario. El despido disciplinario ha de encontrar cometido en alguna de las justas causas del incumplimiento grave y culpable del trabajador. Además, el artículo 11.2 DPAD remite al artículo 55 ET en lo referente a la forma y efectos del mismo, por lo que, en este contexto, se localiza también el acto estrictamente formal y recepticio, en virtud del cual, se produce la extinción del contrato de trabajo. De acuerdo con el artículo 55 ET, "*el despi-*

29 Monereo Pérez, J. L., "Transmisión de empresa y personal de alta dirección", en Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Monereo Pérez, J. L., "Transmisión de empresa y personal de alta dirección", en Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Granada, Comares, 2010, p. 319, pp. 321 y 322. *Vid.* también, Bautista Soravilla, J. y VIDAL, P., "La extinción del contrato por parte del personal de alta dirección", en Valls, A. (Dir.) y Serrano, R. (Coord.) *et al*, *Manual del Personal de Alta Dirección*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 118 y ss.

30 STSJ Navarra 22 de enero de 2008 [AS 2008\1059].

do deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos". La carta de despido constituye una garantía para el trabajador, también para el alto directivo, con la que tendrá derecho a impugnar el despido dentro de un contexto procesal y con conocimiento de los hechos que motivaron la decisión de despedir del empleador. Por otro lado, el artículo 55.1 ET manifiesta que "*por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido*", continuando con referencia expresa a los representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales, o empleados afiliados al sindicato: sin embargo, estas previsiones de índole formal no son exigibles al alto directivo porque por su categoría laboral y por su ámbito de aplicación, se encuentra excluido de las formalidades establecidas por convenio colectivo, y, además, porque el expediente contradictorio previo y la audiencia a los delegados sindicales presuponen que el directivo sea representante legal o tuviera la condición de afiliado a un sindicato, situaciones totalmente aisladas de la realidad. Además, puede existir también despido tácito del alto directivo: cuando el empresario incumple las exigencias formales propias del despido y del desistimiento, su decisión puede ser calificada como despido tácito.[31]

El DPAD solo alude a una "*causa genérica*": el incumplimiento contractual grave y culpable del alto directivo. Omite por completo las causas justas del despido disciplinario del artículo 54.2 ET rompiendo con el principio general de tipicidad. No ha de obviarse que esta relación especial se constituye con fundamento en la "*ubérrima fides*".[32] Que la justificación del despido del trabajador alto directivo solo aluda al incumplimiento contractual grave y culpable supone —en contra de lo que pudiera parecer— dotar al empresario de mayor libertad en el momento de valorar los comportamientos del trabajador de alta dirección aptos para propiciar la extinción del contrato, por supuesto, siempre que la conducta o el incumplimiento reúna las notas de gravedad y culpabilidad del alto directivo. Más flexibilidad o libertad que se traduce en una mayor rigidez o severidad en la configuración de los supuestos que pueden dar lugar al despido. Teniendo en cuenta la confianza, el grado de libertad y los medios operativos que posee el personal de alta dirección, el incumplimiento ha de examinarse valorando especialmente la posición que ocupa, sus funciones, sus responsabilidades y la especial diligencia en el desempeño de su trabajo: en definitiva, ha de observarse el cumplimiento de los deberes de buena fe, lealtad, diligencia y recíproca confianza.

Que el DPAD no haga referencia expresa al catálogo de incumplimientos contractuales del artículo 54.2 ET no significa que éstos no sean aplicables a la alta dirección. La aplicación de las causas de despido disciplinario del artículo 54 ET, en caso de calificarse la relación laboral como alto cargo o personal directivo, resultaría del artículo 11.2 DPAD que regula esta relación especial. Por tanto, el contrato podría extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo en la forma y con efectos establecidos en el artículo 55 ET: "*en consecuencia son de aplicación las causas del artículo 54 ET para el despido tanto en la rela-*

31 STSJ País Vasco 20 de noviembre de 2001 [AS 2002\1239] y STSJ Cataluña 24 de octubre de 2008 [JUR 2008\21543].

32 STSJ Cataluña 6 de julio de 1994 [AS 1994\3027].

ción común, como en la especial".[33] Es cierto que las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo —artículo 54.2.a) ET— no se acoplan correctamente con el cargo de alto directivo —más cuando "*no estaba sometido a horario fijo ni fichaba y gozaba de total libertad en su actividad*"[34]—. En el mismo sentido, la indisciplina o desobediencia en el trabajo —artículo 54.2.b) ET— o la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado —artículo 54.2.e) ET—. Sin embargo, por la especial relación contractual del alto directivo, la traslación de la aplicación al personal de alta dirección de la mayor parte de las causas tasadas respecto del trabajador ordinario o común, han de ser formuladas e interpretadas de distinta manera, sobre todo las ofensas verbales o físicas que más bien serán dirigidas a los miembros de los órganos de gobierno y administración de la sociedad o al empresario individual —artículo 54.2.c) ET—,la embriaguez o toxicomanía pues en función de la plena responsabilidad en la dirección de la empresa no se requerirá de forma tan decorosa la habitualidad —artículo 54.2.f) ET— y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo —artículo 54.2.g) ET—.

Sin embargo, queda aludir a la verdadera causa de despido por la que se fundamenta la extinción del contrato de trabajo del alto directivo: la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo —artículo 54.2.d) ET—. Lo normal será que el "*incumplimiento grave y culpable*" quede incardinado "*en el apartado d) del número segundo del artículo 54 del referido Texto Estatutario*" con las modulaciones precisas.[35] Si la buena fe es elemento integrador de toda relación contractual, tal como dispone el artículo 1258 del Código Civil, "*su relevancia es significativamente destacada cuando la relación laboral de que se trata está matizada y caracterizada por la confianza que, recíprocamente, cada una de las partes deposita en la otra*",[36] tal como queda establecido expresamente en la relación especial del personal de alta dirección a que se refiere el artículo 2.1.a) ET y el artículo 2 DPAD. La fundamentación de esta afirmación nos permite confirmar que la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culposa o negligente; todo ello en aplicación de lo prevenido en los artículos 5.a) y 20.2 ET; diligencia que ha de exigirse con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del puesto desempeñado y confianza que la empresa deposita en el cargo de directivo; nota ésta de la confianza que precisamente es un elemento fundamental en el personal de alta dirección y que es transgredido cuando este realiza una operación "*anómala y temeraria*".[37] Por tanto, para apreciar este tipo de faltas no es necesario que se acredite

33 STS 30 de abril de 1991 [RJ 1991\3399].

34 STSJ Baleares 14 de marzo de 1992 [AS 1992\1215].

35 STS 26 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6523].

36 STS 13 de diciembre de 1988 [RJ 1988\9608].

37 STS 9 de diciembre de 1986 [RJ 1986\7294], STS 19 de enero de 1987 [RJ 1987\66], STS 12 de febrero de 1987. [RJ 1987\843], STS 30 de abril de 1987 [RJ 1987\2841], STS 29 de marzo de 1988 [RJ 1988\2404], STS 21 de julio de 1988 [RJ 1988\6221] y STS 14 de febrero de 1990 [RJ 1990\1086].

"*la existencia de lucro personal, ni el haber causado daño o perjuicio a la empresa, pues basta el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, precisando también la jurisprudencia que en la pérdida de confianza no cabe establecer grados*",[38] más cuando se trata de la alta dirección, porque cuando se ocupa un puesto de máxima confianza, ejerciendo la dirección de la empresa con autonomía y plena responsabilidad, el alto directivo está obligado a desempeñar su cargo respetando reglas de conducta totalmente diferentes —por interpretación— a las de un trabajador común: por ello, se admite ciertas matizaciones en el cumplimiento e incumplimiento de ciertos deberes y en el ejercicio de determinados derechos, pero siempre, bajo el reseñado principio de buena fe: las previsiones del artículo 54.2.d) ET contempla como causa de despido "*la transgresión de la buena* fe contractual, así como el abuso de confi*anza en el desempeño del trabajo, siendo por ello aplicables los artículos 11 y 12 del Real Decreto 1382/1985, en cuanto se remiten a las normas de dicho Estatuto sobre causas de extinción del contrato de trabajo*".[39] Por su majestuosa diversidad, la mayoría de las conductas citadas en el catálogo del extenso artículo 54.2 ET pueden ser reconducidas a su apartado d). Dado el carácter genérico de la buena fe contractual, su transgresión es susceptible de desarrollarse por una serie muy heterogénea de actuaciones que pueden no tener un encaje exacto en otras causas del artículo 54 ET, actuando la buena fe contractual como un auténtico cajón de sastre de comportamientos muy variados y entre los que se inserta el propio abuso de confianza.

Estas son algunas de las desobediencias del personal de alta dirección que pueden quedar encuadras en el contenido del "*incumplimiento grave y culpable del alto directivo*" por vulneración de la buena fe contractual que ha de regir esta especial relación de confianza:

- La buena fe viene a impregnar todo el ordenamiento jurídico, siendo uno de los principios cardinales de la contratación —artículo 1258 Código Civil— debiendo ejercitarse los derechos conforme a las exigencias de la buena fe —artículo 7.1 Código Civil—. Si ello acaece así en el derecho en general, tal principio se potencia —si cabe— en el derecho del trabajo —artículo 5 y 20 del ET— y todavía más en las relaciones laborales especiales en que el puesto de trabajo tiene particular relevancia y entraña una especial confianza por parte del empresario. Según doctrina legal, reiterada también por el Tribunal Constitucional, la vulneración de la buena fe convierte en ilícito el ejercicio de un derecho. Es consustancial al contrato de trabajo el deber de mutua fidelidad como exigencia del comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible. Es más —en relación a los altos cargos— los deberes de buena fe adquieren especial relevancia y deben ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos singulares y de jefatura en la empresa: por ello, "*no cabe duda que el fotocopiar para usos particulares documentación reservada de la empresa a la que se tiene acceso por el puesto que se desempeña, no es acto simplemente rechazable*"; la "*sustracción de documentos*" puede ser incluso "*penalmente sancionable*". Por tanto, se incurre en "*grave y culpable transgresión de la buena fe contractual justificativa de la procedencia de un despido*"[40].

38 STSJ Cantabria 20 de abril de 1998 [AS 1998\2089].

39 STS 31 de enero de 1991 [RJ 1991\201].

40 STS 3 de octubre de 1988 [RJ 1988\7498].

- El alto cargo que lleva a cabo operaciones bancarias irregulares, sin que pueda exonerarle de responsabilidad, el conocimiento y la tácita aprobación de los miembros del Consejo: en la valoración jurídico-disciplinaria de la conducta laboral adoptada por el trabajador, no puede, ciertamente, ignorarse que, pese a que las actuaciones imputadas al mismo "*se producen en el contexto de un irregular comportamiento jurídico-financiero de la empresa*" al que "*no son ajenos sus principales directivos que conocieron y, tácitamente, consistieron las precitadas actuaciones contrarias a la disciplina laboral*", sin embargo, la peculiar y trascendente función directiva del personal de alta dirección que "*ha de velar por el exacto cumplimiento de la normativa aplicable en salvaguarda de los intereses y fines de la propia institución financiera impide exonerarle de su propia responsabilidad laboral en mérito al parcial y tácito asentimiento de algunos de los miembros del consejo rector de la entidad financiera*".[41]

- La transgresión de la buena fe y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culposa o negligente: la confianza es un elemento fundamental en el personal de alta dirección y que el trabajador directivo transgredió "*cuando realizó la operación anómala y temeraria*" que pudo "*haber producido un importante quebranto económico para la empresa*".[42]

- Cometer irregularidades contables: en efecto, "*configurada la buena fe contractual por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena*", la actuación del directivo "*constituye una grave quiebra de dicha buena fe al provocar en los órganos de gobierno y administración*" un conocimiento "*absolutamente falso acerca de la situación financiera de la empresa*".[43]

- Manifestar, en conversación con el delegado de personal, la conveniencia de efectuar un día de huelga: el personal de alta dirección "*sostuvo una conversación con el delegado de personal manifestándole la conveniencia de efectuar un día de huelga como medida de presión*", lo que constituye "*transgresión de la buena fe contractual*" y "*abuso de confianza que señala el artículo 54.2.d) ET en relación con el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985, como justa causa de despido*", notoriamente grave "*por su condición de alto cargo*", lo que le obliga a comportarse con una especial buena fe. Los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la huelga no autorizan a quebrantar las reglas de la buena fe. Por ello, "*el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no pueden provocar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno*".[44]

41 STS 26 de enero de 1990 [RJ 1990\218].

42 STS 14 de febrero de 1990 [RJ 1990\1086].

43 STS 31 de enero de 1991 [RJ 1991\201].

44 STSJ Asturias 4 de diciembre de 1992 [AS 1992\5933].

- Utilizar fondos propios de la empresa para uso particular pagándose la "*cuota de su coto de caza*". Además "*disminuyó su dedicación y atención a su trabajo*" por el hecho de "*su nombramiento como administrador único de otra empresa sin autorización y conocimiento de los órganos directivos de aquella en la que trabajaba, circunstancia, esta última, inserta —independientemente de otras calificaciones— en la de transgresión de la buena fe contractual, que en unión de las anteriores, constituye el incumplimiento grave y culpable del trabajador que justifica la extinción del contrato por decisión del empresario mediante despido*".[45]

- Superación de los niveles de contratación y de riesgo autorizado por la entidad competente: la síntesis enunciativa de las cuestiones jurídicas de fondo es la calificación de la conducta enjuiciada como incumplimiento contractual grave: el personal directivo ha realizado operaciones de alto riesgo, calificadas fundadamente como especulativas en sentido objetivo por carecer de la adecuada cobertura, que excedieron en muy gran medida los límites cuantitativos aprobados por el consejo y que produjeron un severo perjuicio económico a la entidad. La preponderante atención a aquellos elementos subjetivos, en cuanto determinantes de la inclusión de la conducta en los tipos genéricos legales de la desobediencia y el abuso de confianza laborales —artículo 54.2.b) y d) ET, en relación con el artículo 11.2 DPAD—,no autoriza a prescindir por completo del objetivo resultado dañoso, "*porque empíricamente debe tenerse por obvio que el éxito de las contrataciones excesivas y arriesgadas no hubiera generado reacción disciplinaria y porque la consecución de objetivos es integrante de las funciones de alta dirección*". A quien el directivo debe obediencia es al consejo de administración que "*aprobó las directrices estratégicas incluyentes de los límites de las contrataciones repetidamente mencionadas*".[46]

- Gastos personales del personal de alta dirección cargados indebidamente a la empresa: el directivo, al no poder justificar que los gastos producidos y cargados a la sociedad lo eran por causa de sus "*desplazamientos*" infringe "*el mandato del precepto normativo del artículo 1214 del Código Civil*". Hechos que han sido estimados como propiciatorios de una declaración de procedencia del despido disciplinario al amparo del precepto normativo del artículo 54.2.d) ET.[47]

- Conducta negligente: este no era un empleado normal y ordinario sino un personal de alta dirección, persona en la que la empresa ha depositado una gran confianza y al que, al mismo tiempo, le ha conferido una gran responsabilidad y margen de maniobra, lo que también se traduce en los elevados ingresos con los que era retribuido, de forma que incurre en "*responsabilidad y exigencia objetiva*" pero "*sobre todo subjetiva*". La responsabilidad "*exigible por el empresario ante comportamientos altamente negligentes y osados por parte de un alto cargo que evidentemente no es infalible pero que sí debe ser prudente, acudiendo (por utilizar una terminología cuasi penal) al criterio de la previsibilidad objetiva y en especial subjetiva*

45 STS 30 de septiembre de 1988 [RJ 1988\7153].

46 STSJ Cantabria 9 de marzo de 1995 [AS 1995\1055].

47 STSJ País Vasco 20 de junio de 1995 [AS 1995\2518].

«ex ante», respecto de esa posible inexistencia de fondos", hace que se "*haya llegado a la convicción de que existieron razones válidas atendibles para que el empresario optase*" por la "*máxima sanción de las que se presentaban a su consideración*".[48]

- Cobro indebido e injustificado: el personal de alta dirección "*cobró la cantidad de 27.000.000 de pesetas, tras pasar a la firma del presidente de la empresa un cheque por tal valor, sin que se acredite una razón objetiva para su expedición, conducta incardinable en el precepto alegado como infringido en su doble vertiente de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza respecto de quien valiéndose de su cargo obtienen un cobro que ante la falta de justificación debe calificarse como indebido, no siendo viable como se pretende, exonerarse de su propia responsabilidad laboral con base en la autorización que le otorga la firma del presidente*" porque "*no corresponde a éste controlar la contabilidad de la empresa*".[49]

- Incrementar su propia nómina sin consentimiento del consejo de administración y alteración y manipulación de informes: si se parte de que el personal de alta dirección ordena alterar su propia nómina de salarios, incrementando la cantidad a percibir, efectuándose el pago de los mismos mediante la utilización de clave informática, ocultándolo "*al consejo de administración de la empresa*", y que "*ordena manipular y alterar un informe de la asesoría de la empresa a fin de ocultar que las prórrogas de los contratos temporales de lanzamiento de nueva actividad, se efectuaban por un período de tiempo inferior al previsto en el convenio*", incumpliendo además "*la obligación de remitir su currículum a la dirección general de seguros, por la que fue requerida*", es claro que se debe concluir que incurrió en una conducta desleal, abusiva y transgresora de la buena fe, siendo de aplicación al respecto la doctrina jurisprudencial consolidada en el sentido de que es fundamental en el tráfico jurídico, que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidirlo, artículo 7.1 del Código Civil, y con mayor razón los derivados del contrato de trabajo que es "*intuitu personae*", de conformidad con el artículo 5.a) ET.[50]

- Se confirma la declaración de procedencia del despido realizada vía artículo 54.2.d) ET, por entender que "*la total ausencia de contabilización y silenciamiento a la empresa y a la intervención de pagos, con la gravedad de las consecuencias que esto último puede comportar, de las reclamaciones del referido profesional, excluye la minimización de la conducta*", más "*cuando se trata precisamente de quien ostenta la condición de director financiero*".[51]

- Pérdida de cliente por informe inexacto del alto directivo: el personal de alta dirección de la empresa fue el responsable máximo del informe inexacto remitido a la empresa cliente, y, consecuentemente a su pérdida como cliente, lo que resulta que, evidentemente, "*incumplió los*

48 STSJ Cantabria 19 de diciembre de 1995 [AS 1995\4641].

49 STSJ Madrid 27 de enero de 1997 [AS 1997\92].

50 STSJ Cantabria 20 de abril de 1998 [AS 1998\2089].

51 STS 8 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8519].

deberes básicos que le imponían tanto el artículo 5.a) ET como el 20.1 del mismo texto legal, lo que dio lugar a la transgresión de la buena fe tipificada en el apartado d) del artículo 54.2 de la misma Ley, tanto si el incumplimiento fue culposo, por omisión o negligencia, como mucho más si lo fue doloso, por lo que es correcta, en todo caso, la sanción de despido".[52]

– Falsificación de los datos económicos y resultados de la empresa, y concederse un préstamo sin garantía ni pago de intereses: la actuación del alto directivo con los amplísimos poderes que se atribuyeron y sin olvidar que entre sus funciones se encontraba la de elaborar los informes de rendición anual de cuentas constituye "*un grave quebranto del principio de buena fe y la confianza en él depositada, al presentar ante los órganos de gobierno y administración de la empresa para la que prestaba servicios, una situación absolutamente irreal acerca de la situación financiera de la empresa*". Además, se concede "*un préstamo*" para lo que "*en absoluto estaba autorizado*", determinándose por él mismo en qué periodo y como ha de devolverse el importe, sin desembolso directo por su parte de cantidad alguna, imponiendo a la entidad que le descuente de sus nóminas mensuales la cantidad que a él le parece adecuada, sin ninguna garantía y sin proponer tampoco pago de intereses. Por tanto, "*ha de colegirse que su incumplimiento se encuentra dotado de gravedad y culpabilidad suficiente para ser subsumido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, en relación con el artículo 54.2.d) ET*".[53]

Para finalizar este catálogo de despidos disciplinarios procedentes del personal de alta dirección enunciar las siguientes causas extintivas: por extralimitarse en el ejercicio de las facultades atribuidas;[54] la revalorización unilateral de los emolumentos salariales sin informar al consejo de administración,[55] uso abusivo del teléfono y de la tarjeta de crédito;[56] elevarse unilateralmente la retribución tanto fija como variable, además de modificar su forma de pago;[57] cargar indebidamente a la empresa gastos personales;[58] y, además, disponer de anticipos económicos con habitualidad;[59] utilizar tiempo y medios de una empresa para realizar gestiones a favor de otra;[60] irregularidades

52 STSJ Madrid 7 de febrero de 1993 [AS 1993\946].

53 STSJ Andalucía, Sevilla 20 de febrero de 2014 [AS 2014\877].

54 STSJ Burgos 17 de diciembre de 1992 [AS 1992\5970].

55 STSJ Andalucía, Málaga 24 de junio de 1994 [AS 1993\276].

56 STSJ Madrid 3 de julio de 1995 [AS 1995\2873].

57 STSJ Galicia 28 de octubre de 2005 [AS 2005\3545].

58 STSJ Madrid 14 de mayo de 1993 [AS 1993\2592].

59 STSJ Madrid 3 de abril de 2001 [AS 2001\2333].

60 STSJ Madrid 16 de marzo de 1993 [AS 1993\1420].

bancarias cometidas por la actuación negligente del alto cargo;[61] conducta del alto cargo constitutiva de competencia desleal;[62] concurrencia desleal consistente en la constitución de sociedad mercantil con el mismo objeto social;[63] paralizar un proyecto prioritario sin informar ni consultar al consejo de administración;[64] cargar en la tarjeta de crédito de la empresa gastos personales, realizar descuadres en los ingresos que debían percibirse por venta de subproductos, expedir facturas giradas por su cónyuge como profesora de italiano en la empresa que no correspondían a la veracidad de las horas desarrolladas, y facilitar un móvil a su esposa para fines privados a cargo de la empresa.[65]

De lo expuesto, solo podemos confirmar la siguiente consecuencia: cada conducta ha de examinarse de manera concreta e individual, atendiendo exclusivamente a la gravedad y culpabilidad del directivo —de acuerdo con el artículo 11.2 DPAD—. Que el citado precepto —como advertíamos al principio— no haga mención alguna ni se remita a las causas justas del despido disciplinario del artículo 54.2 ET, aludiendo tan solo al "*incumplimiento contractual grave y culpable*", termina dotando al empresario de mayor libertad para valorar los comportamientos del trabajador directivo, pues la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación intencional y dolosa como de una conducta culposa o negligente.[66] Por tanto, y al no poder establecerse grados en la pérdida de confianza, tan solo basta el quebrantamiento de fidelidad y lealtad para incurrir en esta justa causa de despido. No obstante, la libertad para configurar la extinción de la relación laboral no es absoluta, porque además de requerirse la concurrencia de las dos notas citadas —gravedad y culpabilidad— se necesita de cierta proporcionalidad entre la conducta tipificada en el contrato y la resolución de éste, pues de lo contrario, se incluirían de esta manera, modalidades de despido por causas o comportamientos relevantes, pero no graves, más propios del desistimiento empresarial —artículo 11.1 DPAD—.

4. PRESCRIPCIÓN, ACCIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA SENTENCIA EN LA EXTINCIÓN DEL ALTO DIRECTIVO

El alto directivo "*podrá ser sancionado en virtud de incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta relación especial, en los términos que se pacten en el contrato. Las faltas y correspondien-*

61 STSJ Cataluña 18 de abril de 2001 [AS 2001\2314] y STSJ Castilla La Mancha 12 de marzo de 2002 [AS 2002\1821].

62 STSJ País Vasco 28 de noviembre de 2000 [AS 2001\2971].

63 STSJ Madrid 25 de abril de 2011 [AS 2011\1635] y STSJ Galicia 3 de marzo de 2010 [AS 2010\1484].

64 STSJ Madrid 14 de enero de 2008 [JUR 2008\99930].

65 STSJ Castilla La Mancha 24 de noviembre de 2011 [AS 2011\644].

66 STS 9 de diciembre de 1986 [RJ 1986\7294, STS 19 de enero de 1987 [RJ 1987\66], STS 12 de febrero de 1987 [RJ 1987\843], STS 30 de abril de 1987 [RJ 1987\2841], STS 29 de marzo de 1988 [RJ 1988\2404], STS 21 de julio de 1988 [RJ 1988\6221] y STS 14 febrero 1990 [RJ 1990\1086].

tes sanciones serán revisables ante el orden jurisdiccional social. Tales faltas, cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión, o desde que el empresario tuviese conocimiento de ellas" —artículo 13 DPAD—. El plazo de prescripción de las faltas laborales del personal de alta dirección es el de doce meses desde su comisión o desde el conocimiento de ellas por la empresa. Así lo establece el precitado artículo, rector de la relación laboral especial, que, pese a su ambigua redacción, no puede interpretarse circunscrito en este punto a las faltas y sanciones que se pactaren en el contrato, porque ni su literalidad ofrece elementos suficientes, ni existe razón alguna para tal artificiosa diferenciación entre infracciones de origen contractual y de origen legal. El artículo 60.2 ET cede ante este precepto específico porque, según el artículo 3.2 del propio Real Decreto, la legislación laboral común sólo es aplicable en virtud de remisión expresa.[67] Además, el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de prescripción es el de la fecha del conocimiento del hecho por la empresa,[68] no siendo suficiente tener indicios o noticias aproximadas de los hechos.

El DPAD establece un plazo más extenso que el fijado en la legislación laboral común para el supuesto de faltas muy graves. Para el análisis de este motivo se hace preciso realizar las siguientes consideraciones: a) El artículo 60 ET no será de aplicación salvo que del contrato se derive lo contrario. Además, el artículo 15 DPAD no hace remisión alguna al artículo 60 ET; b) En consecuencia, es de aplicación, a efectos del plazo de prescripción, el artículo 13 del mismo texto, precepto que no puede considerarse discriminatorio por dar un trato distinto al personal de alta dirección que el otorgado al trabajador ordinario en el ET, pues la circunstancia de regular una relación laboral especial, ya por sí denota que existe una desigualdad entre unos trabajadores y otros, y, por tanto, una situación distinta en unos y otros. Al respecto, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional de que no existe discriminación si se da un trato distinto a personas que no se encuentran en una situación idéntica, "*por lo que el artículo 13 del Real Decreto 1382/1985 no puede considerarse discriminatorio, y consecuentemente su aplicación no implica vulneración de los artículos 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 de la Constitución*".[69]

Que el plazo de prescripción establecido sea superior puede tener su justificación en la confianza, la plena autonomía y responsabilidad que el empresario otorga al alto directivo. El DPAD otorga una menor protección al alto directivo debido al importante papel que desempeña en el ámbito de la empresa. No debe obviarse que la característica principal del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial. La acción de ocultar unos determinados hechos por el personal directivo, implica transgresión continuada de la buena fe, máxime cuando el personal de alta dirección puede utilizar sus extensos poderes para ocultar sus propios incumplimientos: "*algunos de los hechos de los que relaciona estarían prescritos de considerarse comportamientos aislados y autónomos entre sí,*

67 STS 26 de enero de 1990 [RJ 1990\218], STSJ Burgos 17 de diciembre de 1992 [AS 1992\5970] y STSJ Cantabria 9 de marzo de 1995 [AS 1995\1055].

68 STSJ Madrid 7 de febrero de 1993 [AS 1993\946].

69 STSJ Castilla y León, Burgos 17 de diciembre de 1992 [AS 1992\5970].

más finalmente, y por las razones que aduce, no lo aprecia así sino que considera se trataría de faltas homogéneas y continuadas no prescritas".[70]

Por remisión del artículo 11.2 DPAD al artículo 55 ET, en el enjuiciamiento del despido del trabajador —directivo o no— sólo cabe su calificación de procedente, improcedente o nulo de acuerdo con la legislación ordinaria común. Efectivamente, una u otra calificación tiene efectos determinados sobre las partes que forman la relación laboral especial. El DPAD sólo hace referencia a los efectos de los despidos improcedentes y nulos, sin aludir a las consecuencias del despido declarado procedente. Sin embargo, y de acuerdo con el articulo 55.7 ET, "*el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación*". Pero, además, la procedencia del despido del personal de alta dirección posee una consecuencia añadida —artículo 9.3 DPAD—: "*al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción*". Sin embargo, "*se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente*". En casos de promoción interna, si se impugna el despido y este es declarado improcedente o nulo, aún existe posibilidad del renacimiento de esta relación laboral especial, por lo que no puede considerarse abierto el plazo para solicitar la restauración de la relación laboral común: "*por consiguiente en estos casos, la solicitud o la opción para que se reactive la relación laboral común se ha de formular, no a partir del momento del despido relativo a la relación laboral especial, sino desde que adquirió firmeza legal la sentencia declarando la improcedencia o la nulidad del mismo, o mejor desde que, en cumplimiento y ejecución de esa sentencia, las partes hubiesen acordado el pago de las pertinentes indemnizaciones o no hubiesen podido llegar a ningún acuerdo a tal respecto*" pues es seguro que "*esa relación especial ya no va a restablecerse*".[71] Una vez solicitada por el trabajador la reanudación de la relación laboral común dentro del plazo oportuno, si la empresa niega este derecho, el empleado deberá ejercitar la acción de despido cuyo plazo de caducidad comienza a computarse desde "*que conoce con exactitud o certeza que la empresa niega su derecho a la opción o reincorporación como laboral común, una vez extinguido el contrato de trabajo de alta dirección*".[72]

El despido se considera improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento imputado por el empresario o cuando no se hayan respetado las exigencias formales previstas en el artículo 55.1 ET. El despido se considera nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El despido también se declara nulo cuando se haya producido por causa de embarazo o maternidad o cuando resulte lesivo de la garantía de indemnidad. Y precisamente cuando se trata de un cargo de confianza, dada su naturaleza fiduciaria, en estos casos,

70 STSJ Castilla y León, Valladolid 28 de febrero de 2011 [JUR 2011\142913].

71 STS 28 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8423] y STSJ Aragón 3 de abril de 2007 [AS 2007\2227].

72 STSJ Cantabria 9 de noviembre de 2005 [AS 2005\3050].

frente a la aportación de indicios racionales de la vulneración de un derecho fundamental, "*no es suficiente invocar el carácter del puesto —de libre designación— y las facultades discrecionales que lleva aparejadas, pues la cobertura ordinaria que la caracterización de ese puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización ad casum con un resultado inconstitucional*". De tal manera que, para despejar la apariencia o sospecha de violación del derecho fundamental, se requiere una justificación causal de la decisión en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, de suerte que la facultad empresarial discrecional "*tendrá aptitud neutralizadora de los indicios de la lesión del derecho fundamental concurrentes solo si se hace decaer efectivamente, en el caso concreto y atendiendo a las circunstancias acreditadas, el panorama discriminatorio ofrecido por el trabajador*".[73] En consecuencia, con esta doctrina constitucional puede fácilmente deducirse que "*en aquellos supuestos de cese discrecional de cargos de confianza, para descartar el ánimo represivo de un derecho fundamental, no se exige la acreditación de algún incumplimiento del trabajador o de alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción, como sucede en los despidos comunes carentes de ese componente de discrecionalidad; pero sí es necesario, al menos, que se hagan trasparentes de un modo racionalmente atendible las razones —forzosamente ajenas al propósito lesivo de derechos fundamentales— determinantes de la pérdida de confianza en que se funda la decisión del empleador*".[74]

En la calificación del despido, la principal diferencia con la legislación ordinaria —y atendiendo a la literalidad de la norma especial, no a su interpretación judicial— se localiza en los efectos de la improcedencia y nulidad del mismo, pues las consecuencias de uno y otro se equiparan correspondiendo al empresario y al alto directivo convenir "*si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas*", entendiéndose, en caso de desacuerdo, "*que se opta por el abono de las percepciones económicas*" —artículo 11.3 DPAD—. El acuerdo sobre readmisión o abono de indemnizaciones "*no debe preceder a la resolución judicial, y ni siquiera tiene por qué haber una reserva de las partes acerca de un posible futuro acuerdo de readmisión*".[75] En otros términos, el fallo de la resolución judicial se limitará a calificar el despido, sin condenar a la readmisión del alto directivo ni al pago de una determinada indemnización. En caso de discrepancia, en último término, la elección la efectuará el empresario —como anticipadamente prevé el legislador en el artículo precitado—. No olvidemos que el fundamento último de esta especial relación laboral es la recíproca confianza "*inter partes*". En caso de que haya de abonarse la indemnización económica del despido, "*se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades*" —artículo 11.2 DPAD—.

Es cierto que en una relación fiduciaria como la del personal directivo de alta dirección, es difícil de digerir un supuesto de readmisión obligatoria, más cuando al empresario se le reconoce en el artículo 11.1 DPAD la facultad de desistir libremente del contrato —"*el contrato de trabajo podrá extinguirse*

73 STC 38/2005, de 28 de febrero [RTC 2005\38].

74 STSJ Navarra 22 de enero de 2008 [AS 2008\1059].

75 STS 9 de octubre de 1989 [RJ 1989\7137].

por desistimiento del empresario, comunicado por escrito"—. Sin embargo, actualmente se localiza un foco bastante conflictivo en los efectos del despido declarado nulo en la relación laboral especial de alta dirección: en efecto, desde que la categoría del despido nulo quedó reservada para supuestos concretos y reducidos, debería entenderse, a pesar de la literalidad del artículo 10.3 DPAD, que la nulidad implica automáticamente la readmisión y el abono de los salarios de trámite. Esta interpretación se ha sostenido en suplicación al afirmarse que la nulidad del cese del alto directivo produce el efecto de su inmediata readmisión y el abono de los salarios de trámite. En efecto, la jurisprudencia sobre despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales ha precisado "*que la lesión declarada del derecho sólo queda reparada a través de la readmisión del trabajador, siendo inaplicable la opción por la extinción del contrato con la indemnización propia del despido improcedente que posibilitaba la legislación laboral*". Esta doctrina fue incorporada al artículo 55 ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, "*que redujo la calificación de nulidad a los supuestos de despidos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales y libertades públicas*". Y el artículo 55 ET "*es aplicable a los altos directivos por mandato directo del núm. 2 del artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 y lo dispuesto en el apartado tercero de este artículo, que concede los mismos efectos al despido nulo y al improcedente, contradice abiertamente lo ordenado en el núm. 6 del artículo 55, norma de rango jerárquico superior*". De acuerdo con lo expuesto, esta sentencia vino a confirmar "*la declaración de nulidad del cese impuesto*" condenando a la empresa "*a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta que la readmisión tenga lugar*".[76] En unificación de doctrina se pronunció el Tribunal Supremo,[77] en la que haciendo acopio de la doctrina constitucional que obliga a la reparación "in natura" de los derechos transgredidos consecuencia de la conducta antijurídica del empleador,[78] estableció lo siguiente: "*si el TC inaplicó una norma a la sazón en vigor (el artículo 211 de la LPL de 1980) y aplicó analógicamente otra a un supuesto distinto del previsto en ella (el artículo 212 de la LPL de 1980) a fin de tutelar los derechos fundamentales vulnerados, imponiendo una readmisión forzosa que entonces no estaba prevista en la ley, en la presente litis forzoso es concluir que la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión de la trabajadora*" que ocupa un puesto de alta dirección, así como el "*abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica del empleador*". Doctrina sobre la readmisión obligatoria del personal directivo en caso de despido nulo, la cual, a pesar de las numerosas críticas que haya podido recibir, creemos que es la más coherente jurídicamente con nuestro propio sistema normativo.

Sobre la subsanación de los defectos formales del despido ejecutado incorrectamente, es posible aplicar el rigor literal del artículo 55.2 ET por remisión del artículo 11.2 DPAD. De esta forma,

76 STSJ Asturias 12 de marzo de 2001 [AS 2001\334]. En el mismo sentido, imponiendo la readmisión forzosa y condenando al pago de los salarios dejados de percibir por el personal de alta dirección, se han pronunciado las siguientes sentencias: STSJ Asturias 26 de noviembre de 1999 [AS 1999\3645], STSJ Aragón 14 de marzo de 2007 [AS 2007\3163], STSJ Madrid 2 de diciembre de 2010 [AS 2011\706] y STSJ Madrid 25 de enero de 2012 [AS 2012\500].

77 STS 18 de junio de 2012 [RJ 2012\8125].

78 Transcrita a su vez en la STSJ Aragón 14 de marzo de 2007 [AS 2007\3163].

cuando el despido se haya realizado "*inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido*". El empleador deberá de abonar al personal de alta dirección los salarios devengados hasta esa fecha debiendo de continuar este de alta en la Seguridad Social. Además, de acuerdo con el artículo 110.4 LRJS, cuando el despido sea declarado improcedente por "*incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha*". Cualquier otra interpretación diferente impondría a la empresa y por simples defectos formales, la obligación de indemnizar, aun cuando el incumplimiento contractual grave y culpable se hubiera producido por el personal directivo.

A efectos indemnizatorios, cuando se produce la extinción del contrato de alta dirección del trabajador que había promocionado internamente, el tiempo de prestación de servicios como alto directivo no computa como antigüedad, ni a efectos económicos, ni tampoco indemnizatorios en la relación laboral común. De igual forma, el tiempo de servicios en régimen de relación laboral ordinaria tampoco se computa como antigüedad, ni a efectos económicos, ni indemnizatorios, en la relación laboral especial.[79] Por tanto, el cálculo de la indemnización correspondiente por extinción de la relación —ordinaria o especial— debe efectuarse aplicando la antigüedad y el salario correspondiente a cada contrato. Si tras la extinción de la relación especial se reanuda la relación laboral ordinaria, el cálculo de la indemnización por finalización de la relación de alta dirección se efectúa computando únicamente el tiempo de prestación de servicios como alto cargo, excluyendo el tiempo de servicios como trabajador ordinario. En caso de que el cese en la relación laboral especial vaya acompañado de un despido improcedente en la relación laboral común que había quedado en suspenso —por promoción interna— el empleado tiene derecho a una indemnización por el período de alto cargo y a otra —diferente— por la extinción de la relación laboral común calculada en función de los años que prestó servicios laborales como tal. Adviértase que cuando la relación de servicios se presta de forma unitaria e inescindible por cuenta de distintas empresas vinculadas en el grupo —grupo de empresas— todas ellas deben responder solidariamente de la indemnización por terminación del contrato de alta dirección.[80] El salario regulador para calcular la indemnización correspondiente a la extinción de la relación laboral común es el correspondiente a dicha relación y no el que se percibía como alto directivo.[81] Sin embargo, cuando por la voluntad de las partes se pacta expresamente que tras la extinción de la relación laboral especial y para la reanudación de la relación ordinaria o común, el trabajador continúe percibiendo el mismo salario que percibía como

79 STS 28 de junio de 2002 [RJ 2002\9083].

80 STS 31 de enero de 1991 [RJ 1991\200].

81 STSJ Asturias 23 de noviembre de 2007 [AS 2008\624].

alto directivo, este será el salario aplicable a efectos de calcular la indemnización por extinción de la relación laboral ordinaria, "*porque así lo habían convenido ambas partes*".[82]

Respecto a los salarios de tramitación nada se dice sobre el derecho del alto directivo despedido improcedentemente (cuando se extingue la relación laboral con su respectiva indemnización) a percibirlos: la doctrina jurisprudencial ha negado que el trabajador de alta dirección despedido lleve aparejado el pago de los salarios de tramitación.[83] Las indemnizaciones previstas por el artículo 11.2 DPAD para el caso de despido improcedente de un alto directivo sustituyen todas las percepciones económicas que para el mismo tipo de despido se prevé, con carácter general, en el artículo 55.3 en relación con el artículo 56 ET, por lo que los denominados salarios de tramitación no constituyen un concepto aparte. En otros términos, y en defecto de pacto contrario, el despido declarado improcedente no incluye los salarios de tramitación; no obstante, esta afirmación no es óbice para que exista pacto particular donde quepa recoger la obligación de pagar esos salarios de trámite: las partes pueden pactar la obligación empresarial de abonar los salarios de tramitación, en atención al amplio margen de autonomía de la voluntad como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a esta relación especial.[84] Establecer una breve observación respecto a una característica común al desistimiento y al despido disciplinario: la ausencia de salarios de tramitación. 1) La regulación específicamente laboral de la relación de trabajo de los empleados de alta dirección se limita a lo establecido en el DPAD, rigiéndose en lo restante por la autonomía de la voluntad y por la legislación civil y mercantil —*ex* artículo 3 DPAD— 2) La regulación del desistimiento y del despido disciplinario en el artículo 11 del mismo texto no contiene previsión alguna de indemnización de salarios de tramitación, ni remisión expresa al artículo 56 ET, por lo que dicha norma estatutaria es inaplicable; y 3) La relación de trabajo de alta dirección es una relación fiduciaria, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización de salarios de tramitación.[85]

En el caso del despido disciplinario nulo de altos cargos, según se desprende del apartado 3 del artículo 11 DPAD, —y atendiendo a su literalidad—,las consecuencias del mismo son equiparables a las del despido improcedente, existiendo opción entre la readmisión e indemnización. Lo anterior, reiteramos, atendiendo a la literalidad del precepto, pues según doctrina jurisprudencial, el supuesto del despido declarado judicialmente nulo por vulneración de derechos fundamentales, sí que determinará el derecho a percibir salarios de tramitación hasta el momento de la readmisión conforme lo manifestado por determinadas resoluciones judiciales,[86] pronunciamientos ya reseñados en los efectos de la nulidad del despido.

---

82 STS 28 de febrero de 1998 [RJ 1998\2220].

83 STS 5 de junio de 1990 [RJ 1990\5019].

84 STS 20 de marzo de 1990 [RJ 1990\2187].

85 STS 12 de marzo de 1993 [RJ 1993\2410].

86 STSJ Asturias 26 de noviembre de 1999 [AS 1999\3645], STSJ Aragón 14 de marzo de 2007 [AS 2007\3163], STSJ Madrid 2 de diciembre de 2010 [AS 2011\706], STSJ Madrid 25 de enero de 2012 [AS 2012\500]; en unificación de doctrina se pronuncia la STS 18 de junio de 2012 [RJ 2012\8125].

5. BALANCE Y PERSPECTIVAS: REFLEXIONES JURÍDICAS

Los tipos extintivos de la especial relación laboral del alto directivo responden a determinados fines tutelados por el ordenamiento jurídico: por tanto, la elección del empresario para finalizar la relación contractual debe ser consecuente con la causa motivadora de la extinción. No obstante, la lógica diligente que posee el ordenamiento jurídico no evita caer en tentaciones del empresario de aplicar modalidades extintivas diferentes a las que debiera: más en la relación laboral del alto directivo. La utilización de la figura del despido puede resultar bastante arriesgada para el empresario en aquellos supuestos en los que exista dificultad para probar las imputaciones aducidas; de ahí que, ante el riesgo derivado de una declaración improcedente del despido —con la consiguiente obligación, salvo pacto en contrario, de indemnizar en la cuantía de 20 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades— prefiera acudir al desistimiento —7 días de salario por año de servicio hasta 6 mensualidades—. Es cierto que el propio DPAD establece un desistimiento libre por parte del empresario, solo condicionado por aspectos procedimentales o de forma. Pero lo que determina la elección por una u otra vía extintiva es la cuantía de la indemnización. No obstante, si el juzgador se percata de la verdadera intención del empleador de desistir con el único fin de eludir los cauces procedimentales previstos para el caso de despido por incumplimiento contractual grave y culpable del alto directivo, se decretará la improcedencia de la actuación extintiva del desistimiento. Frente al desistimiento empresarial, el artículo 11 DPAD constituye un útil instrumento con el que evitar la tentación de finalizar la relación laboral cuando hace referencia a las "*indemnizaciones pactadas en el contrato*": nos referimos a las cláusulas de blindaje consistentes en fijar una indemnización muy superior a la prevista en la norma. Esta es una manera de bloquear la libertad empresarial del desistimiento del empresario, o, al menos, de condicionar su voluntad. Además, estas cláusulas indemnizatorias pueden también operar en los ceses por despido disciplinario: de acuerdo con el artículo 11.2 DPAD, "*respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato*". La distinción entre despido y desistimiento no siempre resulta sencilla. La cuestión tiene importancia práctica porque las consecuencias económicas son diferentes: el despido improcedente lleva aparejada una indemnización superior a la prevista para el libre desistimiento empresarial, lo que hace esta última opción más interesante para la empresa. Pero, en ocasiones, los pactos entre las partes pueden igualar ambas indemnizaciones, haciendo entonces más ventajosa la opción por el despido disciplinario en la medida en que este no requiere preaviso. La necesidad de atribuir las consecuencias económicas reales en función de la auténtica naturaleza de la resolución de la relación laboral obliga a los tribunales a revisar la decisión empresarial para calificarla correctamente como despido o desistimiento y aplicar las consecuencias que verdaderamente corresponden. "*No cabe duda de que en el contrato especial de alta dirección a la empresa le cabe la facultad de ejercer el desistimiento en cuyo caso debería ajustarse a las normas que rigen el mismo. También resulta obvio que entre sus atribuciones se encuentra la de despedir al trabajador en cualquiera de las modalidades legalmente contempladas. Pero también en ese caso deberá ajustar el acto extintivo a unas fórmulas que permitan, sin duda alguna atribuir la naturaleza de despido a la ruptura del vínculo*".[87]

87 STS 19 de octubre de 2006 [RJ 2007\601].

La cláusula de blindaje no es una compensación económica de carácter civil, sino una medida de persuasión o defensa: una cláusula inserta en el contrato laboral del directivo, cuya finalidad es reforzar la posición de esta especial relación. Los pactos o acuerdos insertados en el contrato se convierten en merecedores de máximo respeto, en cuanto constituyen muestra inequívoca de la trascendencia que, en esta relación laboral de carácter especial, el legislador ha querido dispensar a la intención o voluntad de las partes como fuente de regulación. Las indemnizaciones fijadas en el DPAD, al no constituir mínimos de derecho necesario, podrán ser modificadas sin que existan obstáculos al respecto: de esta forma, se pone en evidencia el valor supletorio de las previsiones legales respecto de la autonomía de la voluntad. La interpretación restrictiva de estas cláusulas es una constante en la jurisprudencia. Han de ser interpretadas en sus propios términos, con objeto de que no lleguen a convertirse en instrumentos de presión irregular del directivo sobre la empresa. Es por ello, que estas cláusulas de blindaje indemnizatorias han de establecer su contenido con excesivo rigor, pues solo de esta manera, podrá evitarse cláusulas de dudosa interpretación con las que obviar mecanismos que permitan al empleador apartarse de la causa legalmente justificativa de cada tipo extintivo. Además, y como es obvio, no todos los empresarios admitirán pactos indemnizatorios que abarquen todos los supuestos extintivos, sino que su escenario, y, sobre todo, la cuantía, dependerá de la reputación, el talento y la consideración del directivo, fijándose cantidades diferentes para el desistimiento y para el despido improcedente o nulo, si es que se incluyen ambas modalidades extintivas.

Es importante la interpretación jurisprudencial de los pactos indemnizatorios de acuerdo con la voluntad de los contratantes: no cabe dejar el arbitrio de una de las partes el cumplimiento que en este caso sería el de las normas.[88] Es por ello por lo que el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha establecido que el pacto que establece una mejora de la indemnización legal para el caso de despido improcedente comprende también —aunque no se haya mencionado expresamente— la extinción por desistimiento empresarial contemplada como causa extintiva en el artículo 11.1 DPAD. Interpretación diferente a la mencionada conduciría a una incongruencia, pues bastaría con que el empresario presentara decisión extintiva como un desistimiento que no necesita invocar causa, y no como una resolución por incumplimiento del alto directivo, lo que, atendiendo a una lectura literal del precepto, excluiría la indemnización pactada de cuantía superior con solo aplicar el preaviso de tres meses y la indemnización mínima de siete días por año de servicio. En esta interpretación, el cumplimiento de la obligación pactada quedaría al arbitrio de una de las partes y la conclusión a la que conduce vulneraría la regla interpretativa del artículo 1281.2 del Código Civil, pues el sentido literal de las palabras (indemnización por despido improcedente y no por desistimiento empresarial sin causa) iría contra la propia intención de los contratantes, que, en esta relación, debe prevalecer sobre aquélla y que no puede ser otra que la de aplicar la indemnización en aquellos casos en los que el empresario no acredita una causa justa para extinguir la relación. Frente a esta conclusión no cabe alegar que no se ha probado la existencia de una intención de las partes distinta de la estricta declaración de voluntad que recogen los términos del contrato, porque aquí no se trata de probar un hecho, sino de la interpretación de una determinada declaración de voluntad que vino a

88 STS 19 de octubre de 2006 [RJ 2007\601].

establecerse en el origen de la relación laboral o durante la vigencia de la relación. Y tampoco cabe exigir que se declare la improcedencia del cese para acceder a la indemnización pactada, porque el desistimiento no es susceptible de un control causal.[89] La misma doctrina se ha aplicado cuando habiendo pactado las partes una indemnización para el despido declarado improcedente, se produce la resolución judicial a instancia del trabajador, pero por incumplimientos del empresario.[90]

Ha de evitarse la ejecución de verdaderos despidos bajo la apariencia de desistimientos cuando se haga referencia expresa a extremos o comportamientos del trabajador; en otros términos, a "*supuestos*" incumplimientos. Lo anterior con el fin de desplazar la prueba de esas imputaciones, lo que constituiría "*un acto de fraude de la ley (artículo 6 CC) al ampararse la empresa en norma inadecuada*";[91] y viceversa, de manera que no cabe camuflar la pérdida de confianza bajo la apariencia de un incumplimiento grave y culpable; o consignar la indemnización reconociendo la improcedencia del despido para ejecutar la extinción laboral con la fórmula más favorable económicamente: "*cuando en una relación como es la especial de Alta Dirección cabe cuestionar no sólo el cumplimiento de las formalidades del despido, lo que en la relación laboral ordinaria sólo redundaría ciertamente en una declaración de improcedencia en el caso de un despido carente de requisitos formales, sino también la diversa naturaleza de la extinción en relación a la voluntad subjetiva del empresario, es exigible un mayor rigor en la expresión de voluntad. Esa falta de rigor no puede, en su ambigüedad, amparar una elección caprichosa en favor de la fórmula económicamente más favorable, por cuanto ello significaría el uso fraudulento de la norma*".[92] Las consecuencias de las actuaciones del empresario no ajustada a los tipos legales extintivos deben ser corregidas y razonadas judicialmente, en aras de un efectivo ejercicio de tutela judicial que termine satisfaciendo las reales consecuencias —y no las pretendidas por el empresario—: al fin y al cabo, esta consecuencia se resume en la indemnización pactada o la establecida reglamentariamente para el desistimiento o para el despido que se quiso disimular.

Las dificultades se localizan en la necesidad de acreditar la conducta fraudulenta en la elección del procedimiento extintivo. El DPAD no especifica cuándo debe acudirse al desistimiento del artículo 11.1 del mismo texto —en defensa de la protección de la autonomía de esta especial relación laboral y con objeto de no limitar su utilización— por lo que suele acudirse a este cauce —desistimiento— con mayor frecuencia de la que se debiera, quedando inutilizadas otras vías que quizás fueran bastante más idóneas a la realidad —aunque de mayor cuantía económica para el empresario—. Un indicio del uso arbitrario de las diferentes modalidades resolutorias se localiza en la preferencia de la carga económica que el empresario tendrá que desembolsar por extinguir el contrato laboral del personal directivo de alta dirección, atendiendo a la cláusula de blindaje o a la suma de las indemnizaciones legales.

89 STS 6 de junio de 1996 [RJ 1996\4995].

90 STS 21 de mayo de 2004 [RJ 2004\5023].

91 STS 25 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6478].

92 STS 19 de octubre de 2006 [RJ 2007\601].

La empresa debe ajustar el acto extintivo a unas bases que permiten atribuir la naturaleza del despido o del desistimiento a la ruptura del vínculo laboral: si la empresa presenta su decisión extintiva como desistimiento, sin alegar causa alguna ni incumplimiento del trabajador que justifique la extinción, esta decisión ha de valorarse como desistimiento. No obstante, si el empresario, aun alegando desistimiento justifica su decisión en una conducta o incumplimiento del alto cargo, dicha decisión deberá de calificarse como despido. Cuando no existe base fáctica para justificar o apoyar la existencia de un despido y éste constituye una opción económicamente más ventajosa que el desistimiento, debe interpretarse que se está utilizando fraudulentamente la norma que regula el despido y, en consecuencia, considerar la situación como un desistimiento con los efectos económicos previstas para éste[93]. Si lo que se pretende evitar es el efectivo cumplimiento de los acuerdos indemnizatorios insertados en los contratos de alta dirección, a estos se les podrá aplicar el criterio de proporcionalidad y las reglas del fraude y abuso de derecho, pues las cuantías exorbitantes esconden fines ocultos, más allá de los legítimos intereses del trabajador. Frente a estas circunstancias, el empresario no debería intentar burlar los impedimentos económicos simulando una alternativa extintiva no conforme con la causa real, sino que ha de procurar la limitación de aquellas previsiones, solicitando la nulidad de las mismas: de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil, "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*". En otros términos, las cláusulas de blindaje en la alta dirección se consideran lícitas sin que en ningún caso puedan rebasar los siguientes límites: no podrán ser abusivas ni fraudulentas; no podrán obviar la cláusula *rebus sic stantibus*; deberán responder a su verdadera naturaleza indemnizatoria; y no vulnerar las leyes, la moral y el orden público.

La preponderancia otorgada a la autonomía de la voluntad para la determinación de las condiciones de trabajo se convierte en uno de los aspectos más peculiares de la relación especial de alta dirección, que encuentra su justificación en las singulares notas propias y específicas del personal directivo, lo que ha permitido otorgar al principio de autonomía de la voluntad de las partes, una dimensión desconocida en el Derecho del Trabajo. Este singular protagonismo dado al alto directivo en la concreción del contenido de contrato reside también en las especiales cualidades que rodean al alto cargo y que lo sitúan en estrecho parentesco con el empresario, lejos, claro está, de compartir los caracteres propios de los trabajadores comunes u ordinarios.

Quizás la mejor arma para combatir todos estos impedimentos consista en constituir un excelente contrato inicial que regule todos los aspectos que pudieran ocasionar problemas de interpretación en caso de desacuerdo entre las partes. Aspectos que deberán de valorarse atendiendo al escenario que representemos: desde la perspectiva del empleador o empresario; o desde la óptica del alto directivo. Con esta finalidad, es necesario conocer la doctrina jurisprudencial en unificación de doctrina: la que se refiere a los efectos del despido declarado nulo —readmisión y salarios de tramitación—;[94] y, sobre todo, la que alude a las cláusulas de blindaje consistente en la prevalen-

93 STS 19 de octubre de 2006 [RJ 2007\601].

94 STS 18 de junio de 2012 [RJ 2012\8125].

cia de la intención evidente de los contratantes —conceder la indemnización prevista que se haya blindado—. En otros términos, el pacto que establece una mejora de la indemnización legal para el caso de despido improcedente comprende también la extinción por desistimiento empresarial contemplada como causa extintiva,[95] e incluso cuando la resolución del contrato se haya producido por voluntad del trabajador como consecuencia del incumplimiento del empresario.[96] En definitiva, la intención real de los contratantes debe prevalecer y esta voluntad no puede ser otra que aplicar la indemnización pactada sobre aquellos supuestos en los que el empresario no acreditara causa justa para extinguir la relación laboral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alcázar Ortiz, S., Ortiz de Solórzano Aurusa, C. y De Val Tena, Á. L., *Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección*, trabajo realizado en el marco del Proyecto "Derecho de Trabajo y Crisis Económica: del diálogo social a las intervenciones normativas", 2010.

Alonso Berberena, J. y Tojo, D., *Fin de la teoría del vínculo para el consejero delegado*, Cinco Días, 2015.

Bautista Soravilla, J. y VIDAL, P., "La extinción del contrato por parte del personal de alta dirección", en Valls, A. (Dir.) y Serrano, R. (Coord.) *et al*, *Manual del Personal de Alta Dirección*, Navarra, Aranzadi, 2012.

Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en seguridad social*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

De Val Tena, Á. L., *Los trabajadores directivos de la empresa,* Pamplona, Aranzadi, 1999.

De Val Tena, A. L., *El trabajo de alta dirección: caracteres y régimen jurídico*, Madrid, Civitas, 2002.

De Val Tena, Á. L., *Los Trabajadores Directivos de la Empresa: Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección, Empleados Directivos*, Navarra, Aranzadi, 2010.

De Val Tena, Á. L., "La extinción del contrato de trabajo especial", en *Los trabajadores Directivos de la Empresa*. Navarra, Aranzadi, 2010.

García Blasco, J. y De Val Tena, Á. L., "La extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario", en AA. VV. *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de Seguridad Social)*. Granada, Comares, 2010.

García-Perrote Escartín, I., "Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", *Relaciones Laborales*, 1992-II, pp. 123 y ss.

Gómez Salado, M. Á., *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 D) del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2019.

95 STS 19 de octubre de 2006 RJ 2007\601] y STS 6 de junio de 1996 [RJ 1996\4995].

96 STS 21 de mayo de 2004 [RJ 2004\5023].

Guindo Morales, S., *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*, Granada, Comares, 2020.

Guindo Morales, S., *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos jurídicos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.

Guindo Morales, S., *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Murcia, Laborum, 2021.

Hurtado Cobles, J., *Régimen extintivo de contrato de alta dirección: un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual*, Barcelona, CEF, 2014.

Iglesias Cabero, M.M., *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid, Civitas, 1994.

Martínez Moreno, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid, CES, 1994.

Molero Manglano, C., *El contrato de alta dirección*, Madrid, Civitas, 1995.

Monereo Pérez, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Granada, Universidad de Granada, 1986.

Monereo Pérez, J. L., "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2001.

Monereo Pérez, J. L., "Dimensión laboral de la transmisión de empresa y nuevas formas de organización productiva: (I) La delimitación del supuesto de hecho normativo ante la modificación de las estructuras empresariales", "(II) Consecuencias jurídicas previstas en la normativa sucesoria", y "(III) La transmisión en empresas en crisis, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 2010.

Monereo Pérez, J. L., "Transmisión de empresa y personal de alta dirección", en Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A. (Dirs.) *et al*, *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, de Estatuto del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2009.

Monereo Pérez, J. L. y De Val Tena, Á. L. (Dirs.) *et al*, *El régimen jurídico del personal de alta dirección (aspectos laborales y de seguridad social)*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª. N. y Vila Tierno, F., *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 2020.

Ortega Lozano, P. G., "Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo", en AA. VV.: *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Ortega Lozano, P. G. y Navarro Contreras, C. C., "Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje", en *Economist & Jurist*, núm. 198, 2016.

Ramo Herrando, Mª. J., *Altos directivos y desistimiento empresarial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

Ramos Moragues, F., "El contrato de trabajo del personal de alta dirección: peculiaridades extintivas", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 14, 2021.

Rodríguez Cope, Mª. L., "Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 49, 1998.

Roqueta Buj, R., "La extinción de las relaciones laborales especiales", en AA. VV. *Extinción del contrato de trabajo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Sala Franco, T., *La relación laboral de los altos cargos de las empresas*, Bilbao, Deusto, 1990.

Salguero Molina, P., "La relación laboral especial de alta dirección: Particularidades extintivas en empresas en crisis. La autoextinción por el directivo y el desistimiento por la empresa", *Anuario del Pensamiento Crítico*, 2011.

Valls, Á. (Dir.), y Serrano, R. *et al, Manual del Personal de Alta Dirección*. Navarra, Aranzadi, 2012.



LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL. Apuntes sobre su construcción, evolución y actualidad en el derecho comparado y la legislación mexicana

THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT. Notes on its Construction, Evolution and Current Situation in Comparative Law and Mexican Legislation

Laura Otero Norza

Profesora y Directora de Programa de Licenciatura en Derecho
Campus Santa Fe
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey
utlaura.otero@tec.mx

Recepción de trabajo: 06-01-2022 - Aceptación: 07-03-2022
Páginas: 265-280

■1. INTRODUCCIÓN. ■2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 2.1. Causas de la discriminación. ■3. FRENTES DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. 3.1. Discriminación directa. 3.2. Discriminación indirecta. 3.3. Acciones positivas o afirmativas. ■4. ALCANCES DE LA PROTECCIÓN. 4.1. En el acceso al empleo. 4.2. En las condiciones de trabajo. 4.3. Despido o terminación de la relación laboral. ■5. ASPECTOS PROCESALES. 5.1. Carga de la prueba. 5.2. Procedimientos para atender tratos discriminatorios. 5.3. Jurisprudencia constitucional mexicana en materia de no discriminación laboral. ■6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Este artículo hace un repaso del principio de no discriminación donde se analizan sus causas, la discriminación directa, indirecta y las acciones positivas. Asimismo, se analizan los alcances de la no discriminación en las relaciones de trabajo y sus aspectos procesales; la flexibilización del *onus probandi*, los procedimientos para atender los tratos discriminatorios, y un breve repaso de algunos de los más importantes fallos de la Suprema Corte de la Nación mexicana. El estudio finaliza con una referencia a este derecho en tiempos de pandemia y su tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Discriminación laboral, discriminación directa, discriminación indirecta, acciones positivas o afirmativas.

ABSTRACT

This article reviews the principle of non-discrimination, its causes, the disparate treatment, disparate impact and the affirmative actions. It also analyzes the scope of non-discrimination in labor relations and its procedural aspects; the flexibilization of the onus probandi, the procedures to attend discriminatory treatments, and a brief review of some of the most important cases of the Supreme Court of the Mexican Nation. The study ends with a reference to this right in times of pandemic and its treatment.

KEYWORDS: Employment discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, affirmative actions.

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto como el que vivimos, caracterizado por una multiplicidad de configuraciones socioculturales, un modelo político económico dominante, y situaciones como la que estamos afrontando, de una pandemia que afecta a toda la humanidad, toma aún mayor relevancia la idea de un mínimo común de protección, formado por aquellos derechos considerados expresión jurídica de los valores inherentes y esenciales a las personas. Se trata de los derechos fundamentales.

Por esa particular naturaleza, no son derechos estáticos, ni realidades situadas fuera del tiempo y el espacio, son, al contrario, fenómenos históricos, vivos y cambiantes. Este carácter le ha merecido a nuestra era el nombre de "tiempo de los derechos", en palabras de Bobbio.

En la construcción de estos derechos, las personas trabajadoras, como grupo social políticamente activo, han modificado su estructura y contenido, buscando no sólo la limitación de los poderes políticos y la protección de las libertades con enunciados programáticos, sino que han reclamado prestaciones para su ejercicio, en igualdad de condiciones.

Así, atendiendo al tratamiento generacional de los derechos humanos, se modifica su concepción, pasando de "los derechos de libertad" a "los derechos de libertad-derechos de prestación". En ellos, los derechos fundamentales del trabajo son el núcleo social que comporta para los Estados, además de un pacto para la limitación del poder político, un pacto para la promoción de la igualdad y el bienestar de las personas.

Uno de los derechos fundamentales que con mayor fuerza ha experimentado estas transformaciones en su construcción, es la prohibición de discriminación que, si bien, es un concepto proteico cuya tutela y protección puede variar según los diversos ordenamientos, guarda un común denominador porque sintetiza el principio mismo de los derechos fundamentales, es decir, el respeto de la dignidad de las personas y la búsqueda de un orden social más humano y justo.

Por este motivo, este artículo realiza un breve repaso de la construcción, evolución y actualidad del principio de no discriminación en el mundo del trabajo en el derecho comparado y en la legislación mexicana.

Tal evolución no es en nada desdeñable, el principio de no discriminación ha transitado de una noción formal a una material o sustantiva y, en relación con su vinculabilidad jurídica, ha pasado de ser un derecho oponible frente a los poderes públicos a un derecho de aplicación directa en la esfera privada y, señaladamente, en el contrato de trabajo. A su vez, esta transformación implicó variaciones en las técnicas de tutela antidiscriminatoria con la implementación de acciones afirmativas o positivas, para lograr una mayor igualdad real en el empleo.

En un intento por dar un hilo conductor más didáctico a este artículo, su análisis se estructura de la siguiente manera: un primer apartado sobre el concepto de la discriminación donde se analizan las causas de discriminación, la discriminación directa, indirecta y las acciones positivas. Un segun-

do apartado, sobre los alcances del principio de no discriminación en la relación laboral. Un tercer apartado sobre los aspectos procesales donde se revisará la flexibilización del *onus probandi* y los procedimientos administrativos y judiciales para atender los tratos discriminatorios, que finalizará con un breve repaso de algunos de los más importantes fallos de la Suprema Corte de la Nación. Por último, un cuarto apartado, con una somera referencia a este derecho en tiempos de pandemia.

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

En sus orígenes, la prohibición de discriminación es entendida como corolario del principio de igualdad y, en consecuencia, desprovista de autonomía propia. Esta noción formal de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley.

Bajo la premisa de la igualdad material o sustantiva, la proscripción de discriminación deja de ser un problema de desigualdad, para perseguir la interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones desventajosas y abiertamente contrarias a la dignidad humana.

En esta nueva configuración, la interdicción de discriminación se concibe como un principio autónomo, donde la discriminación no sólo es una distinción arbitraria, desprovista de justificación objetiva y razonable, sino que evoca la situación de perjuicio, minusvaloración o dificultad en el acceso a los recursos y derechos básicos en que se encuentran ciertos grupos o estratos sociales.

La discriminación toma entonces, un carácter «peyorativo» por dos razones: lo odioso de los criterios de diferenciación de estos grupos, basados en características físicas (edad, sexo, raza, discapacidad, filiación...) o situaciones sociales (etnia, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, afiliación sindical, situación económica...), ajenas a la responsabilidad de las personas discriminadas y contrarias a la dignidad humana; y la segunda, porque estas diferenciaciones generan un daño o desventaja para las personas que las sufren.

Esta es la visión que se plasma desde el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se recoge expresamente en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (en adelante LFPED), el cual señala: "se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas." Lo que además se regula en materia laboral en los artículos 2 y 3 de la Ley Federal de Trabajo.

2.1. Causas de discriminación

Tanto la Constitución Política como la LFPED y también la Ley Federal de Trabajo proscriben la discriminación por una serie de causas. La Constitución y la LEPED refieren al origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

La Ley Federal de Trabajo reitera el listado de causas, pero refiere al género y no al sexo. Esta diferenciación es importante, ya que el término género no se ciñe a las diferencias físicas o biológicas entre mujeres y hombres y a esa concepción binaria, por el contrario, el género se refiere a los atributos sociales y las oportunidades asociadas a ser hombre o mujer, y las relaciones entre las personas. Estos atributos, oportunidades y relaciones se establecen y se aprenden en la sociedad, son específicos al contexto o tiempo, y por ello, pueden cambiar. Asimismo, completa el listado refiriéndose a la edad, discapacidad, condición migratoria, condición de salud y responsabilidades familiares.

De su lado, el Convenio 111 sobre la Discriminación en el empleo y la ocupación de la OIT, define discriminación en su artículo 1, como "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

La «enfermedad» que se encuentra recogida en la causa "condiciones de salud" de la Ley Federal de Trabajo, cobra importancia en un contexto de pandemia como el actual, donde se generan múltiples casos de posibles tratos discriminatorios debido al COVID-19 y la vacunación. Lo mismo que su aplicación a las personas trabajadoras enfermas con VIH-SIDA, discriminación persistente en nuestra sociedad, pese a los avances de la ciencia en su tratamiento y el conocimiento de las formas de transmisión.

Desde el precepto constitucional, el cual se reitera en las disposiciones legales, se trata claramente de un listado de *numerus apertus* siguiendo la expresión "cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Precisamente, respondiendo a la evolución de este derecho, el listado debe estar abierto a los cambios, en tanto es posible que se identifiquen nuevos motivos de discriminación. Sin embargo, la ampliación del catálogo de causas discriminatorias debe restringirse a criterios peyorativos de importancia, que afecten la dignidad de las personas trabajadoras y les coloquen en situación de desventaja.

3. FRENTES DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Bajo la referida perspectiva material de la no discriminación, este derecho se articula sobre tres frentes: la proscripción de discriminaciones directas, la eliminación de las discriminaciones indirectas y el establecimiento de las acciones positivas o afirmativas y medidas de fomento o compensatorias.

Los conceptos de discriminación directa e indirecta tienen su origen en el derecho antidiscriminatorio norteamericano con la llamada teoría del *«disparate treatment»* o diferencia de trato y el *«disparate impact»* o impacto adverso. Esta construcción jurisprudencial parte del caso Griggs v. Duke Power Company,[1] del cual el Tribunal Supremo norteamericano empieza a considerar la discriminación como efecto, independientemente de la intencionalidad, es decir, toma como discriminatorias las prácticas formalmente justas, pero de resultados discriminatorios en su puesta en escena.

3.1. Discriminación directa

La discriminación directa constituye la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra, en situación comparable, por cualquiera de las causas de discriminación. Los elementos de esta definición son los siguientes:

- Un tratamiento no sólo diferente, sino menos favorable o perjudicial, pues bajo una concepción sustancial de la discriminación, se aceptan los tratos preferentes de los sujetos tradicionalmente discriminados.
- El término de comparación con el trato estándar, por ejemplo, en el caso de la discriminación de género el juicio de valoración estudia si la mujer sufre una comparativa desventaja en relación con el hombre, que pude ser real o hipotético. Es lo que la doctrina anglosajona y el Tribunal de Justicia la Unión Europea en adelante (TJUE) ha llamado test de sustitución o *«test but for»,* que consiste en cambiar en una situación dada la causa de discriminación del sujeto para verificar si las consecuencias jurídicas son o no idénticas.

Algo que no se olvidó el legislador mexicano, es que el principio de igualdad de trato puede derogarse o moderarse, con carácter excepcional, en determinadas situaciones:

- Siguiendo la llamada **«doctrina de la buena fe ocupacional»** que habla de aquellas actividades profesionales para las que la causa de discriminación (sexo, raza, religión…) es un requisito profesional esencial y determinante siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. En estos casos, puede utilizarse la causa discriminatoria como justificación para acceder a un empleo o para ser despedido. Los ejemplos son cada vez más reducidos, el TJUE aceptó el caso de las nodrizas, que sólo pueden ser mujeres para dar lactancia natural a un menor. La doctrina se ha referido a la representación de personajes históricos en obras

1 *Griggs v. Duke Power Company*, 401 US 424 (1971). El caso se presenta con anterioridad a la *Civil Rights Act*, de 1964, y tiene su origen en que la empresa *Duke Power Company* había empleado trabajadores afroamericanos únicamente en un departamento en el que los salarios eran más bajos que en los otros departamentos de la empresa. Con posterioridad a la promulgación de la *Civil Rights Act*, como esta conducta devino discriminatoria, en consecuencia, la empresa introdujo otro requisito para ser contratado en los otros departamentos (con salarios superiores); concretamente un título de escuela superior, y la aprobación de dos exámenes que impartía la empresa. A juicio de los empresarios, todos eran tratados de igual manera, (no se hacían diferencias basadas en la raza), sin embargo, como consecuencia de haber recibido una educación inferior, las nuevas disposiciones seguían afectando a los trabajadores afroamericanos, quienes continuaban en los mismo puestos con salarios inferiores.

artísticas (teatro, cine, baile), por ejemplo, para representar el personaje del presidente Barak Obama en una película, se podría pedir un actor afroamericano.

Siguiendo este lineamiento, el artículo 5 fracción II de la LFPED establece que no se consideran conductas discriminatorias: "II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada". En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley Federal de Trabajo dispone que "no se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las falsificaciones particulares que exija una labor determinada".

La Suprema Corte también lo ha reconocido en una multiplicidad de ocasiones: "la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada."[2] En este sentido ha afirmado: "Existen ocasiones en que no sólo está permitido hacer distinciones con base en tales criterios, sino que ello es constitucionalmente exigido".[3]

- Cuando se trata de las llamadas acciones positivas o afirmativas y también de medidas de fomento o compensatorias, en estos casos también se da un trato diferenciado, pero es un trato de favor, para aquellos colectivos tradicionalmente discriminados, precisamente para lograr una mayor igualdad real en el empleo y promover la igualdad de oportunidades. De seguido profundizaremos sobre este tema ya que la normativa legal establece tímidamente una serie de acciones afirmativas y medidas de fomento o compensatorias.

3.2. Discriminación indirecta

En el ámbito internacional, el citado Convenio 111 de la OIT, define la discriminación basado en las distinciones que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación. En el mismo sentido, el art. 4 de la LFPED se refiere a *"toda distinción, exclusión o restricción... que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de derechos"*. Por tanto, ponen el acento **en el efecto o resultado** del trato discriminatorio. Es decir, el ya referido «*disparate impact*» de la jurisprudencia norteamericana.

La discriminación indirecta trata todas aquellas prácticas o medidas que, siendo en apariencia neutras, poseen un efecto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo tradicionalmente discriminado. Es, por tanto, irrelevante la intención discriminatoria y cobran importancia: la identificación de la discriminación por el resultado, la utilización de datos estadísticos para medir el resultado discriminatorio, el impacto desproporcionado sobre los colectivos protegidos como grupo y no individualmente, así como los mecanismos propios de la tutela antidiscriminatoria, entre los que se distingue la modificación de la carga de la prueba.

2 Amparo en Revisión 581/2012.

3 Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas 74/2014, 76/2014 Y 83/2014, resueltas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 2 de octubre de 2014

Se pueden extraer dos elementos básicos propios del concepto de la discriminación indirecta:

- **Es una medida neutra con efecto adverso**, que se aplica de manera indiferenciada, pero, pese a su neutralidad, despliega un efecto desfavorable o una desventaja particular para el grupo tradicionalmente discriminado. Para determinar esta desventaja, se establece una comparación entre el colectivo discriminado y el trato estándar, para lo que se puede utilizar la prueba estadística, la cual debe ser valorada por el juez, quien determinará si no constituye la expresión de fenómenos fortuitos o coyunturales y, si de manera general, resultan significativos. Según la Suprema Corte debe "acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás"[4] y someterla al denominado "***test de escrutinio estricto"***, que implica una presunción de inconstitucionalidad, por lo que debe llevarse a cabo un análisis de proporcionalidad en el que se estudie la legitimidad, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida.[5]

- **Carente de justificación,** se requiere que la medida con efecto adverso no esté justificada para que se pueda hablar de discriminación indirecta. Para esto, ha de cumplir dos condiciones: que el objetivo perseguido con la medida sea legítimo y que esta medida constituya un medio apropiado y necesario para alcanzar dicho objetivo. Pero además que no esté justificada, ya que el empresario puede acreditar que se encuentra objetivamente justificada en una **«finalidad legítima»** basada en la doctrina de la **«business necessity»** o **«teoría de la empresa»**, es decir, que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y es necesaria para la empresa.

Los ejemplos más claros de este tipo de discriminación los encontramos con relación al género en temas que tienen que ver con el salario y los sistemas de clasificación de puestos y con las diferencias entre contratos a tiempo parcial y contratos a tiempo completo.[6]

Pese a ser la más difícil de identificar e igualmente frecuente en la práctica, porque cada vez menos encontramos discriminaciones evidentes o burdas, no se cuenta con disposiciones que aclaren este concepto y establezcan los elementos mínimos que configuran la discriminación indirecta.

---

4 Amparo Directo 19/2014.

5 Amparo Directo en Revisión 581/2012. Debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa; debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos; y debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa.

6 El Tribunal Constitucional español a partir de la sentencia 145/1991 valoró que existía discriminación indirecta por las diferencias salariales entre las limpiadores y los peones que realizaban trabajos de igual valor y las primeras recibían un salario inferior, siendo todas ellas mujeres y los peones hombres. A similares conclusiones llegaba el Tribunal Constitucional en la resolución de casos relacionados con los contratos a tiempo parcial, cuando se les otorgan mayores ventajas a los trabajadores a tiempo completo, cuando la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. En este sentido ver Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 91/2019 de 3 de julio.

3.3 Acciones positivas o afirmativas

La visión material de la no discriminación introdujo una variación en las técnicas de tutela. La interdicción de discriminación exige la aplicación del mandato de identidad de trato entre la víctima y el trato estándar, pero no se agota ahí, pues la equiparación hacia la norma estándar puede ser insuficiente en situaciones de discriminación preexistentes. Para mitigar estas situaciones, es necesario recurrir a las denominadas ***«acciones positivas o afirmativas»*** destinadas a conseguir una igualación real y efectiva de los colectivos marginados.[7]

Estas medidas van dirigidas a atribuir tratamientos preferenciales a las personas del colectivo discriminado respecto de determinadas instituciones laborales (contratación, promoción y extinción). Su objetivo es lograr una representación equilibrada y suficientemente significativa de todas las personas trabajadoras.

La acción positiva o afirmativa que se suele incorporar en las disposiciones normativas responde a la fórmula: *"en igualdad de condiciones de idoneidad (algunos incluyen el mérito), tendrá preferencia la persona del colectivo discriminado cuando esté menos representado."*

El Capítulo III de la LFPED establece una serie de medidas positivas y compensatorias para promover la igualdad de oportunidades de las mujeres, los niños, las personas mayores de 60 años, las personas con discapacidad y la población indígena. No obstante, pese a que las acciones afirmativas y entre ellas, las cuotas, son las medidas más enérgicas para lograr una mayor igualdad de trato y oportunidades, sólo se establece una medida de acción positiva o afirmativa en sentido estricto. Se trata de la recogida en el artículo 11 fracción V, que establece*: "Preferir, en igualdad de circunstancias, a las personas que tengan a su cargo menores de edad en el otorgamiento de becas, créditos u otros beneficios."*

De manera también tímida el artículo 371 fracción IX. Bis de la Ley Federal de Trabajo establece una cuota de género para las directivas sindicales, cuando señala: "*En la integración de las directivas sindicales se establecerá la representación proporcional en razón de género".*

Según el criterio de la Suprema Corte las acciones afirmativas no se deben someter al test de escrutinio estricto de las discriminaciones directas e indirectas, pero sí se debe evaluarse su razonabilidad y proporcionalidad.[8]

---

7 También nacen con la doctrina norteamericana de la Corte Suprema y su evolución se puede resumir en 3 etapas: 1. Desde la abolición de la esclavitud hasta la Civil Rights Act de 1964, su concepto aparece por primera vez en la *National Relation Act* de 1935. Con la *Executive Order* 8802 que se proponía acabar con la segregación racial en los contratos con el gobierno de empresas armamentistas y con la sentencia Brown donde se declaró inconstitucional la segregación racial que se había permitido en el caso *Plessy* v. *Ferguson* de 1865 bajo la consigna, *"equal but separate"*. 2. Desde la Civil Rights Act de 1964 hasta 1988: en esa norma se prohibieron las discriminaciones directas e indirectas en las relaciones laborales y se reconoció a los Tribunales la capacidad de imponer planes de acción positiva como remedio a las conductas discriminatorias, para lo que se creó la *Equal Employment Opportunity Comission* y bajo su coordinación las acciones afirmativas se desarrollaron en los ámbitos públicos, judicial y privado. 3 A partir de 1988, a partir de los 80 el gobierno tomó una posición conservadora, involucionando las medidas antidiscriminatorias que se venían gestando, pero en el 91 se dicta la *Civil Rights Act* de ese año que estableció la legalidad de las acciones positivas.

8 Amparo Directo en Revisión 1387/2012.

Para ello, se han establecido varios requisitos, deben ser temporales[9], deben estar "*encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos*"[10] y *"a acelerar la igualdad de facto"*.[11] Además, deben guardar "*una relación razonable entre los medios y los fines legítimos"* y "*no afectar derechos fundamentales y su contenido esencial"*.[12]

4. ALCANCES DE LA PROTECCIÓN

El principio de no discriminación en el empleo y la ocupación tiene un ámbito que abarca todas las etapas o situaciones relacionadas con la vida laboral, entre las que se distinguen las condiciones de acceso, en general, en las condiciones de trabajo y, señaladamente, en el despido o terminación contractual.

4.1. En el acceso al empleo

La aplicación del principio de no discriminación abarca las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral, pues en esta etapa se incluyen otros conceptos como los criterios de selección para ser candidato a un puesto de trabajo, ofertas de trabajo, entrevistas, prácticas preparatorias, y, en general, todos los elementos de selección a empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de jerarquía profesional.

Suele incidirse en tratos discriminatorios con mayor frecuencia en procesos informales y privados que en procesos de selección formales, públicos y realizados por terceros o departamentos de recursos humanos o sensibilizados en la selección de personal y la tutela antidiscriminatoria.[13]

Otro factor en el que se puede incurrir en tratos discriminatorios en los procesos de selección tiene que ver con los requisitos que se incluyen en las convocatorias de trabajo. En ocasiones, se introducen como requisitos para excluir o determinar la selección, precisamente las causas tradicionales de discriminación, sin que sean requisitos esenciales y determinantes para el puesto, siguiendo la doctrina de la buena fe ocupacional, ya mencionada. Así, se pueden pedir requisitos que no son necesarios para el puesto y desincentivan o perjudican a un colectivo discriminado, ocasionando discriminaciones indirectas, como ocurrió en el caso *Griggs* citado.

9 Art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

10 Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas.

11 Art. 4 CEDAW.

12 Amparo Directo en Revisión 1387/2012.

13 Barbara F. Reskin, Debra B. McBrier & Julie A. Kmec, "The determinants and consequences of workplaces sex and race composition", *Annual Review of Sociology*, vol. 25, 1999, p. 343.

El artículo 133, fracción I. de la Ley Federal de Trabajo prohíbe a los patrones o sus representantes *"negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio."*

Por último, un tema muy importante en esta etapa precontractual es la respuesta que puede tomar el ordenamiento jurídico para sancionar y desincentivar este tipo de tratos. Pese a existir diversas vías para atender posibles tratos discriminatorios, en general, no se establece un sistema de sanciones apropiado que asegure una protección jurídica eficaz, y tenga, con respecto al autor de la discriminación, un efecto disuasivo real.[14]

4.2. En las condiciones de trabajo

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de trabajo debe ser interpretada en un sentido amplio, incluyendo la generalidad de las vicisitudes que se presentan a lo largo de la relación laboral.

El artículo 9 de la LFPED establece que queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades y en su inciso IV. Considera como conductas discriminatorias: "Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales." Nótese que debería leerse como trabajos de igual valor en concordancia con el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT, que nos llama la atención sobre los trabajos que son comparables, y son aquellos que tenga igual valor porque no se requiere necesariamente la identidad de funciones.

De su lado, la Ley Federal de Trabajo, en su artículo 3 párrafo segundo, establece con mayor precisión, que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

---

14 Sobre este tema por ejemplo, en la sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann C-14/83, se estudia el litigio de dos demandantes mujeres que presentan su candidatura para cubrir dos puestos de asistente social en un establecimiento penitenciario, pero en su lugar fueron contratados dos hombres. De conformidad con la ley alemana, la única sanción a una discriminación hecha en el acceso al empleo sería la reparación del «perjuicio de confianza» («*vertrauensschaden*»), es decir el perjuicio ocasionado al trabajador por el hecho de creer con toda su confianza que no sería una diferencia de trato prohibida lo que obstaculizaría el inicio de una relación de trabajo. El legislador alemán no había previsto expresamente lo que se llama el «interés positivo», es decir, un derecho a ser contratado como consecuencia de una violación del principio de igualdad de trato. Sin embargo, el TUE dispone que la directiva no obliga a que una discriminación basada en el sexo, en el momento de acceso al empleo, deba ser sancionada con la obligación de establecer un contrato de trabajo con el trabajador discriminado, y, en general, no comporta ninguna obligación incondicional, por lo que afirma que la directiva permite a los Estados la libertad de elegir la sanción, la cual debe tener un efecto disuasivo, ser adecuada a los perjuicios sufridos, e, ir más allá, de una indemnización puramente simbólica como el reembolso exclusivo de los gastos ocasionados por la solicitud de empleo. En igual sentido, ver STJCE de 10 de abril de 1984, Hertz, C-79/83; y de 8 de noviembre de 1990, Dekker,C- 177/88.

Así las cosas la proscripción de discriminación no se limita al despido como se analizará de seguido, ni al acceso al empleo como se viene de explicar, sino que alcanza toda suspensión, traslado, ascenso, reconocimiento, movimientos de personal, formación profesional, o cualquier otra vicisitud que se pueda presentar a lo largo de la relación labora, en la que se incurrir en un tratamiento discriminatorio.

4.3. Despido o terminación de la relación laboral

La prohibición del despido discriminatorio es una de las protecciones más fuerte y generalizada de la tutela antidiscriminatoria, constituyendo prácticamente las dos caras de la misma moneda, ya que la prohibición de discriminación representa el pilar básico de una medida más específica aplicable a los casos de extinción del contrato, que es la prohibición de despidos discriminatorios.

Los despidos deberían ser interpretados de forma extensiva, comprendiendo de manera general la extinción del contrato, cualquiera que sea la forma de terminación de la relación de trabajo, sea por un cese disciplinario, voluntario o por el establecimiento de jubilaciones anticipadas.

La consecuencia es la nulidad del despido y la reinstalación de la persona trabajadora en el centro de trabajo, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios causados. No obstante, esta reparación "*in integrum*" (reinstalación), no siempre es la consecuencia más recomendable en estos casos, bien podría el trabajador optar por el pago de sus liquidación de derechos laborales y una indemnización, ya que volver al lugar de trabajo, puede someterle a tener que soportar nuevos tratos discriminatorios.

Dependiendo del caso, la Ley Federal de Trabajo establece una indemnización, reinstalación o restitución de los derechos de la persona trabajadora, o bien una multa para el patrono. La indemnización más alta que contempla es de 3 meses de salarios o la restitución de todo lo perdido. En el caso de las multas para el patrón, la máxima es de 5000 días de salario mínimo vigente, para los casos de prácticas discriminatorias o acoso y hostigamiento sexual.

No se establece una prohibición explícita de despedir por causas discriminatorias en general, pero se desprende de las diversas disposiciones que proscriben la discriminación en el empleo; salvo para las trabajadoras del hogar embarazadas. Para este colectivo, el artículo 331 Ter prohíbe el despido de una persona trabajadora del hogar embarazada, y establece que de darse el caso, el despido se presumirá como discriminatorio.

5. ASPECTOS PROCESALES

Para tratar este tema, nos centraremos en dos aspectos de importancia relacionados con los procedimientos administrativos y judiciales para atender los casos de discriminación, en particular; el tratamiento del *onus* probatorio y el complejo entramado de procedimientos para hacer valer el

principio de no discriminación. Finalizaremos estas líneas con un repaso de los votos más relevantes que la Suprema Corte ha conocido para hacer valer este derecho.

5.1. Carga de la prueba

Una de las principales garantías sustantivas en el proceso de implementación progresiva del principio de no discriminación lo constituye el tratamiento del *onus* probatorio.

Se trata de una construcción jurisprudencial que surge del conocimiento de casos de discriminación indirecta, pero que es aplicable a cualquier tipo de discriminación. Se introduce una modificación de la carga de la prueba, aludida por la jurisprudencia como **«prueba indiciaria»**, que implica que cuando una persona que se considere perjudicada por un tratamiento discriminatorio presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o indicios que permitan presumir la existencia de discriminación; a la parte demandada le corresponde invocar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

No se trata entonces de una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico, pues, si así fuera, bastaría con que el demandante alegara la discriminación para colocar al demandado, ante la prueba diabólica de un hecho negativo; es decir, estaría obligado a probar la no discriminación.

El empleador no debe probar que no discriminó, basta con que pruebe la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida que es alegada como discriminatoria, por lo que se trata de una flexibilización de la carga probatoria.

Esta modulación de la carga de la prueba no se establece claramente en el ordenamiento mexicano, no obstante, la Suprema Corte afirma que los patrones “en condiciones normales” tienen la carga de la prueba en juicios injustificados y que ésta se incrementa al tratarse de una categoría sospechosa.[15] Lo que responde a que el derecho a la no discriminación opera en todo, señaladamente, en la justificación de un despido.

5.2. Procedimientos para atender tratos discriminatorios

El ordenamiento mexicano establece una multiplicidad de regímenes que regulan la discriminación y con diferentes vías para denunciarla. No obstante, cada una de estas vías legitima a distintas personas para denunciar.

Como ya se señaló, la Ley Federal de Trabajo dispone lo referente a trabajadores de empresas privadas y establece, dependiendo del caso, una indemnización, reinstalación o restitución de los derechos de la persona trabajadora, o bien una multa para el patrono.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), puede recomendar medidas para la efectiva restitución de los derechos de la persona afectada y, si procede, para la reparación del daño.

15 Amparo Directo en Revisión 3708/2016.

No obstante, el artículo 46 de la Ley de la CNDH dispone que *"la recomendación será pública, no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá"*. Así, si las autoridades no aceptan la recomendación de la CNDH, lo más que puede suceder es que la CNDH eleve la denuncia al Ministerio Público u otra autoridad administrativa.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) puede imponer medidas administrativas y de reparación que pueden ser "*la impartición de cursos o talleres al centro de trabajo que discriminó"*; *"fijación de carteles en el establecimiento"* sobre la discriminación que ocurrió; *"la difusión de la resolución en distintos medios"*; o "*una amonestación o disculpa pública o privada"*. También puede *"restituir el derecho conculcado"* para la víctima de la discriminación, compensar el daño y exigir garantías de no repetición.

Lo que preocupa de este «laberinto para denunciar»[16] es la dificultad de determinar la vía idónea para hacer cumplir el derecho a no ser discriminado mediante un procedimiento sencillo, rápido y efectivo,[17] lo que puede limitar el acceso a la justicia para las víctimas de discriminación y hacer ilusoria la tutela antidiscriminatoria que de manera tan robusta ha venido regulándose.

5.3. Jurisprudencia constitucional mexicana en materia de no discriminación laboral

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima autoridad para interpretar la Constitución, ha conocido diversos casos donde se ha tratado el derecho a no ser discriminado en el mundo del trabajo. De seguido se hará un breve resumen de algunos de los fallos más relevantes que se han conocido.

- **Amparo Directo en Revisión 3708/2016:** la Corte resolvió un caso de una abogada que trabajaba para una empresa que, para obtener una promoción le fue requerido un examen médico. El examen reveló que tenía cáncer de mama y, desde entonces, según la trabajadora, sufrió malos tratos en el centro de trabajo que terminaron con su despido. La empresa justificó el despido por *"falta de probidad y recto proceder de la trabajadora*". La Corte valoró que en casos donde se alega una supuesta discriminación por «discapacidad», debe analizarse de manera reforzada el proceder de la empresa y los exámenes médicos requeridos deben ser necesarios para la función que se va a desempeñar, sino son discriminatorios.
- **Amparo Directo en Revisión 59/2016:** la Corte resolvió si era constitucional establecer requisitos distintos para que trabajadores y trabajadoras accedieran a los servicios de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ya que todas las trabajadoras tenían derecho

16 Vela Barba, E., "La discriminación en el empleo en México". Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.

17 Como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".*

a acceder a este servicio; mientras que los trabajadores, en cambio, sólo podían hacerlo si eran viudos, divorciados, o si tenían la patria potestad decretara judicialmente a su favor. La Corte decretó que esto era inconstitucional por ser discriminatorio por razón de género.

- **Amparo Directo en Revisión 992/2014:** en este caso, la Corte analizó dos ofertas de empleo de dos empresas privadas distintas, uno para «promotora de eventos» y otro para «recepcionista», en las que se establecían requisitos de sexo y edad (sólo mujeres jóvenes) a fin de determinar si eran violatorios del principio de no discriminación. La Corte valoró que este tipo de requisitos, cuando no tienen una correlación con los puestos de trabajo, es decir, no son requisitos esenciales y determinantes para el puesto, son ilegítimos.

- **Amparo en Revisión 485/2013:** la Corte conoció si era constitucional excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de la seguridad social, debido a que el IMSS se había rehusado a inscribir a una pareja del mismo sexo, basado en que la Ley del Seguro Social solo contemplaba parejas de sexo opuesto. La Corte resolvió que eso era violatorio del principio de no discriminación por preferencia sexual.

- **Amparo Directo en Revisión 1387/2012:** la Corte valoró si una oferta laboral que ofrecía una cadena de hoteles en la bolsa de trabajo de la página electrónica de una universidad era o no discriminatoria. La oferta especificaba el puesto que requería la empresa, el perfil de la vacante, el género de la persona trabajadora, la edad requerida, la ubicación del lugar de trabajo, el sueldo y prestaciones laborarles y señalaba de forma expresa que la vacante *"no contempla la contratación de personas con discapacidad"*. La Corte concluyó que la oferta era violatoria del derecho a la no discriminación en los siguientes términos: *"la sola publicación de la oferta de trabajo conlleva a la exclusión de las personas que padecen una discapacidad, lo cual implica una discriminación según el artículo 1°. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."*

- **Amparo en Revisión 664/2008:** la Corte valoró si era constitucional establecer requisitos distintos a viudas y viudos para acceder a la pensión de viudez de la Ley del Seguro Social, la cual, según su artículo 130, a las viudas sólo les requería demostrar el vínculo con el trabajador, mientras que a los viudos les pedía demostrar que eran "dependientes económicos". La Corte determinó que era inconstitucional y que se trataba de un requisito discriminatorio por razones de género.

- **Amparo de revisión 307/2007:** se analizó la constitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que establecía que los militares con VIH, por el sólo hecho de tenerlo debían darse de baja por "inutilidad". En este caso, la Corte valoró que la norma era discriminatoria en los siguientes términos: "*plasmar en el texto de la ley que la sola existencia de un diagnóstico positivo de contagio conduce invariablemente a la imposibilidad absoluta de cumplir de forma adecuada con todo tipo de actividad laboral en una institución pública, constituye una decisión legislativa que se aparta de toda lógica y de la razón...*"

6. BIBLIOGRAFÍA

Bobbio N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

Inter-American Commission of Women, *COVID-19 in women's lives: Reasons to recognize the differential impacts* (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/II.6.25), en: https://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf

OIT, *Policy Brief on COVID-19*, 2021, en: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739398/lang--es/index.htm

OIT, *La igualdad de género en la negociación colectiva : análisis desde la perspectiva de género de los convenios colectivos vigentes en Centroamérica y República Dominicana,* elaborado por Otero Norza Laura, en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?docid=alma9948525334026 76&context=L&vid=41ILO_INST:41ILO_V2&lang=en&adaptor=Local%20Search%20Engine

OIT, *Las normas de la OIT y la COVID-19 (coronavirus), 2021*, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

ONU MUJERES Y CEPAL, *Cuidados en América Latina y el Caribe en tiempos de Covid-19. Hacia sistemas integrales para fortalecer la respuesta y la recuperación.* Elaborado por Julio Bango, consultor de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de ONU Mujeres con datos disponibles a 9 de Julio de 2020, en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45916/190829_es.pdf

Reskin B. F., McBrier D., & Kmec, J. "The determinants and consequences of workplaces sex and race composition", *Annual Review of Sociology*, vol.25, 1999.

Valdés Dal-Ré, F., "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en AA.VV. *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ed. MTIN F. Largo Caballero, Madrid, 2008.

Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial REUSS, Madrid, 2010.

Vela Barba, E., *La discriminación en el empleo en México,* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.



LA PÉRDIDA DEL ESPACIO PÚBLICO.
Entornos laborales violentos y sujetos vulnerables

THE LOSS OF PUBLIC SPACE. Violent Work Environments and Vulnerable Subjects

Luis Eduardo Díaz
Profesor de Derecho de la Seguridad Social
Universidad del Zulia (LUZ)
lediaz.led@gmail.com ORCID ID 0000-0003-0541-4715
Recepción de trabajo: 23-05-2021 - Aceptación: 14-01-2022
Páginas: 281-298

■1. El ESPACIO PÚBLICO. ■2. LA DESAPARICIÓN DEL TRABAJO ESTABLE. 2.1. Los entornos laborales violentos. 2.2. Sujetos vulnerables. ■3. LA SALUD EN EL TRABAJO. ■4. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL. ■5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El espacio público, manejado como concepto político, permitiría múltiples vinculaciones y mediciones. En este ensayo, el análisis cualitativo del mismo lo relacionará con la salud y los ingresos laborales. Cuando pierde tamaño, se crean entornos violentos y contratos precarios, afectando la esfera de realización de la libertad y la base donde se apoya el bienestar y la salud pública. Entendido como hábitat y organización de la seguridad social, requiere de diálogo, prevención, regulación e inspección, sin lo cual; no se expandiría suficientemente para enfrentar las amenazas que confronta.

PALABRAS CLAVE: bienestar social, seguridad social, jornada de trabajo, salud laboral, espacio público.

ABSTRACT

The public space, managed as a political concept, would allow multiple linkages and measurements. In this essay, the qualitative analysis of it will relate it to health and labor income. When it loses size, violent environments and precarious contracts are created, affecting the sphere of realization of freedom and the base where welfare and public health are supported. Understood as a habitat and organization of social security, it requires dialogue, prevention, regulation and inspection, without which; it would not expand enough to meet the threats it faces.

KEYWORDS: social welfare, social security, working hours, occupational health, public space.

1. EL ESPACIO PÚBLICO

A quince minutos de Ámsterdam, en el barrio de Zaanse Schans, la vida se asemeja a la de un paraíso en la tierra, son parajes virginales, espacios libres y descontaminados, donde las casas de los pobres son como las de la clase media latinoamericana. La diferencia es que las estratificaciones y divisiones de la sociedad holandesa son menos y ello de seguro impacta en el ambiente y la cultura de la ciudad de Zaandam, que es donde queda ese pequeño rincón digno de alguna postal. Y aunque tenemos también esos paisajes idílicos, a decir verdad, muy pocos son urbanos y organizados, lo más inmediato a la tranquilidad y la seguridad, está privatizado, por la fuerza o por el derecho, además de súper vigilado; sea por la policía pública o por una privada, en tanto que para las grandes mayorías todo es inseguro y desarreglado.

En otro casos, la urbe o la industrialización, impone sus propias reglas cuando por ejemplo, centenares de trabajadores textiles perdieron su vida en Daca, Bangladesh, después del colapso del edificio "Rana Plaza" en el año 2013 y en el 2020, un derrame petrolero en la Refinería "El Palito" en el estado Falcón, Venezuela, destruyó el ecosistema del lugar, como si fuese una rutina sagrada soportar tanta violencia contra la humanidad y el planeta. En ambos casos, el espacio público desapareció y en ambos casos también, el análisis opera en función de lo urbano, que es donde convergen la mayoría de los estudios, lo que es comprensible, porque es en la ciudad donde se trazan las estrategias de participación política.[1]

En mi perspectiva de análisis, el espacio público no se maneja como una dimensión, porque entonces su significado se torna polisémico y de difícil aplicación.[2] Se desarrolla más bien como un concepto que se categoriza como político. Sobre él, es que pueden las distintas dimensiones construirse, haciéndolo menos abstracto, sencillo de identificar y de operar.[3] Podría definirse como el ágora de realización de la libertad y movilidad de las personas y cosas. Constituye un mecanismo de socialización, es decir, de comunicación e intercambio y es un bien económico que sujeta al bienestar y a la salud pública.[4]

---

1 La ciudad (polis) se convierte en un lugar de encuentro y asociación. *Cfr.:* Morales, M.V., y Reynares, J.M., "La política y el espacio público: Constitución discursiva y potencial emancipatorio", *Pensamento Plural. No. 7*, 2010: 77-90, y Gómez, J.A., "Espacio público y espacio político. La ciudad como el lugar para las estrategias de participación", *Polis. Revista Latinoamericana*, 2008: 1-23.

2 Narciso, C.A., "Enfoques teóricos y usos políticos del concepto de espacio público bajo el neoliberalismo en la ciudad de Cuernavaca, México", *Cad. Metrop., São Paulo, v. 16, n. 31*, 2014: 113-137.

3 Este ensayo establece las relaciones que se derivan entre espacio público (ep) y los ingresos y la salud laboral, pero la teorización abarcaría por separado y a profundidad, el vínculo que se derivan entre ep-género; ep-educación; ep-discurso político; ep-salud; ep-ciudad, por citar las más importantes y recurrentes en la literatura.

4 El espacio público es concebido como el núcleo del funcionamiento democrático y de intermediación entre la sociedad civil y el Estado, siendo la idea kantiana que se desarrolla a partir del siglo de las Luces, concepto que luego es retomado por Arendt (1972) y Habermas (1984), ambos citados por Narciso, *ob. cit.*, p. 115. Véase también a: Pasquali, C., "Madres, salud y espacio público en un vecindario de NY", *Medio Ambiente y Comportamiento Humano 8 (1y2)*, 2007: 177-207, y Leandro-Rojas, M., "Potencial del espacio público como facilitador de bienestar y salud mental", *Revista Costarricense de Psicología. Vol.33 No.1*, 2014: 31-45.

El espacio público permite que el mercado funcione, los privados circulen y la propiedad privada se exhiba, siendo un lugar para el bien común y el mejor desempeño de todos. Existe, desde mi perspectiva, una asociación directa entre bienestar social y espacio público. Mi tesis es que el espacio público, entendido como diseño democrático, construcción cultural y uso cotidiano de diferentes recursos; físicos, energéticos, arquitectónicos, en conjunto, reflejan el desarrollo alcanzado por una sociedad, y sí se pierden o deterioran; entornos laborales violentos se manifiestan, por lo que es necesaria la regulación. En la medida que esta esfera pública se restrinja, los ingresos y la salud de los trabajadores se verán afectados y los riesgos laborales aumentarán.[5]

Un espacio público disminuido incide no solamente en los ingresos, sino también en las condiciones de empleo y demás factores organizacionales. Supóngase, por ejemplo, que no existan visitas de supervisión de las tareas o exámenes periciales del medio ambiente laboral, lo más probable que ocurra, es que de forma abrumadora la realidad supere a los reglamentos *in gratiam de operator*. El ingreso escaso, —marca del empleo inestable—, será consecuencia de un espacio público desaparecido, donde la rotación es considerable y el control del empresario para modificar las condiciones de trabajo es absoluto.[6]

A menor espacio público, la calidad de vida disminuye y el ingreso irregular, empeora las condiciones de la faena, pierde intensidad la protección social y la organización colectiva desciende. El espacio público, saludable y auspicioso como el del barrio Zaanse Schans, se torna un hábitat violento, con poblaciones enteras desplazadas o con sujetos laborales vulnerables.

2. LA DESAPARICIÓN DEL TRABAJO ESTABLE

Los mercados son hoy absolutamente impredecibles, por lo que los empresarios prefieren sub contratar, pagar a destajo, por hora, antes que someterse a un contrato de trabajo indeterminado. Antes, por la seguridad del ingreso, ese mercado laboral, —inserto en un espacio público de regulaciones—, le prodigaba ventajas al trabajador y para el patrono no eran menos los beneficios; le garantizaba la continuidad de la producción y se ganaba la lealtad de sus dependientes, de manera que la relación salario-productividad produjo extraordinarios efectos positivos, y uno de ellos, fue el aumento del gasto social con el considerable aumento del espacio público al concluir la II guerra.

---

5 Por ejemplo, la diseminación del Covid-19 ha estado asociada a la pobreza. Centros de contagio son mercados, hospitales y centros de cuidado donde las condiciones son precarias o los trabajadores son pobres. A este respecto: Leclerc, Q., "*What settings have been linke to SARS-CoV-2 transmission clusters?*", https://wellcomeopenresearch.org/articles/5-83, Welcome Open Research, 2020.

6 Hernández, M.L., "El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 8, número 1, enero-marzo*, 2020: 121-151.

La esperanza de vida aumentó de 46 a 63 años, entre 1960 y el año 2000, la mortalidad de los niños menores de 5 años se redujo a más de la mitad, y lo mismo pasó con los adultos que no sabían leer; entre 1975 y el 2000, el analfabetismo descendió en la misma proporción y el ingreso *per cápita* aumentó a más del doble, de USD 2000 a 4.200. No obstante, sea por el aumento de la demanda o por sus bruscas oscilaciones, o sea por las modificaciones de las líneas de producción o la durabilidad de los productos manufacturados; el empresario, optaría primero por pagar horas extras y después; contratar de forma temporal, convertir la relación en una mercantil o recurrir a otras empresas, las que repiten este ciclo con las consecuencias del caso: la mano de obra no está registrada, menos aún está sindicalizada y son a término los contratos. En el derecho del trabajo ello se ha estudiado profusamente y el debate aún continúa; son fenómenos de externalización empresarial, de subcontratación y tercerización de trabajadores que se hacen cada vez más frecuentes y sustituyen a la antigua regla del contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Cuando la relación salario-productividad declinó, los efectos no se hicieron esperar. A nivel psíquico, por ejemplo, signos de agotamiento y ansiedad perturban más que antes en grados inferiores de la jerarquía. El acuerdo marco europeo sobre estrés laboral afirma que este puede potencialmente afectar a cualquier empleado y tamaño de empresa, y el tipo de enganche y el ámbito de productividad, son determinantes también para incrementarlo. La sobrecarga de trabajo, la inseguridad en su prestación, la incertidumbre de sí se mantiene o no el empleo, de recibir alguna promoción o de contar con alguna participación; son algunas de las características que aparecen en entornos violentos y poseen los sujetos vulnerables.

La empresa es más pequeña en número y es difícil localizarla físicamente, puede hasta no existir; sino en el folio de algún registro de comercio, tener su domicilio fiscal en Lisboa y su principal actividad en Cali. El personal ocupado es menor y su funcionamiento es más plano y eficaz. Las plataformas digitales, —como se verá más adelante—, se han convertido en un punto de intersección entre la demanda y la oferta, y ya no hay horario para una producción que no es seriada ni continua. El corolario de esto, es que aumenta el trabajo autónomo, donde la adscripción a la seguridad social es más difícil o está bordeada de características especiales de afiliación. El trabajador asume como micro empresario, el trance de las operaciones, pero para los de bajo ingreso, la situación no es mejor. La corporación está transfiriendo más riesgos que antes, los mismos son asumidos por los asalariados que ahora se desempeñan como falsos contratistas, sub contratistas o autónomos en una relación que pretende ser mercantil y no laboral, llegando a simular relaciones típicamente regidas por el derecho del trabajo o actuar en fraude de la legislación social. El empleador opera con costos de producción laboral menor que se trasladan al resto de la cadena y demás cuasi empresarios; no hay pago de salarios directos ni indirectos; no se pagan tampoco beneficios sociales ni cuotas a la seguridad social.[7]

Detrás de los riesgos ergonómicos, los psicosociales, constituyen un problema de salud laboral en Europa, siendo que; la tarea preventiva aún está en plena edificación, aunque se inscriba en un deber

7 Para analizar otros efectos de la externalización productiva, consúltese a: Neffa, J. C., "*Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio.*" Buenos Aires: Centro de Estudios e Investigaciones Laborales – CEIL-CONICET, 2015.

general del empleador. Pero el principal riesgo, es el de no encontrar trabajo suficiente o hacerlo en diversas locaciones y a tiempo variable.[8] A nivel mundial, los ingresos salariales han declinado, obligando a más de 100 millones de niños en edad escolar a abandonar las aulas de clase para trabajar y los contratos de trabajo se degradaron a la condición de contratos precarios: más de mil millones de personas sobreviven con menos de USD 1 al día; 800 millones de personas sufren de desnutrición y casi 900 millones son objeto de discriminación. Las muertes fatales ascienden a 1,2 millones y los accidentes laborales a 250 millones. El 20 % de los países más pobres consumen el 1,3 % en comparación con el 20 % más rico que se engulle el 86 % de lo que representa el consumo privado mundial, sin embargo, entre el 7 y el 17 % de su población es pobre.[9] Viviendas baratas, comida chatarra, padres asediados económicamente y jóvenes sin empleo, sugieren que el espacio privado no es suficientemente sólido para resolverlo todo. Los trastornos personales como los organizativos de la empresa, se deben a un horizonte limitado de realización de la libertad personal y empresarial. Ambas, parafraseando a la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la justicia para una globalización equitativa, no deben invocarse ni utilizarse para violentar los principios y derechos fundamentales, a saber: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación[10]. En este mismo sentido, la Unión Europea, en marzo de 2007, asumió el compromiso de reducir para 2020 las emisiones globales de gases de efecto invernadero al menos en un 20 % respecto a los niveles de 1990, y en un 30 %, siempre que otros países desarrollados se comprometiesen a realizar reducciones comparables y a que las naciones en desarrollo económicamente más avanzadas, contribuyeran convenientemente en función de sus responsabilidades y capacidades. De aquí a 2050, las emisiones deberían reducirse en al menos un 50 % respecto a los niveles de 1990, pero ello de entrada se pone en duda, si no entran en el redil, China y Estados Unidos.

Lo que imposibilita el cumplimiento de medidas supranacionales, es el desplazamiento de las autoridades legítimas por otras "fuerzas", como la delincuencia organizada, el tráfico de drogas y la prostitución. Por otra parte, el afán de progreso material ha llevado a que no se guarde consideración alguna al ambiente y a la salud de los trabajadores, también, la velocidad de cómo se fraguan algunas fortunas, —sin el sostén del trabajo—, hace poco probable que se elaboren consensos cuando los equilibrios se han roto y no hay forma de ejercer presión a la hora de una negociación, siendo el espacio público el que posibilita la misma, visibiliza a los actores e impulsa a la seguridad social como el *todo terreno* de los más vulnerables.

---

8 Dagnino, E., "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones de Trabajo y Derecho del Empleo*. Volumen 3, núm. 3, julio-septiembre., 2015: 1-31.

9 Escalona, E., "Relación salud-trabajo y desarrollo social: visión particular en los trabajadores de la educación", *Revista Cubana Salud Pública*., 2006: 1-19.

10 OIT, "Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa", Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, nonagésima séptima reunión, 2008.

2.1. Los entornos laborales violentos

Lo anterior conduce a configurar entornos violentos. Se habla de violencia laboral específicamente, cuando se agrede a uno o más trabajadores o a uno o más directivos en situaciones vinculadas con el trabajo. La violencia puede ser ejercida por las personas directamente vinculadas con la faena o por los usuarios del servicio, en bancos, gasolineras, transporte público, hospitales, entre otros espacios.[11]

La labor en turnos de la noche en el comercio, la de taxistas, personal de servicio sanitario, de trabajadores sociales, de algunos docentes, del servicio doméstico y de migrantes; potencialmente contiene un grado mayor de violencia, siendo la mujer su principal víctima.[12]

Una muestra de un entorno violento y donde el espacio público se ha reducido, lo constituye el arco minero en Venezuela: abarca una superficie de 111.844 kilómetros cuadrados, equivalente al 12 por ciento de su territorio y se extiende hasta el bioma amazónico. El informe de la Comisionada de Derechos Humanos, Michelle Bachelet, destaca la existencia de una estructura criminal, en cuya cúspide sobresale un "jefe o pran" que impone brutalmente sus órdenes a los trabajadores y controla las actividades ilícitas dentro y fuera de las minas, explotadas a cielo abierto. Los mineros se ven obligados a entregar un porcentaje del oro extraído. En general, para poder trabajar se les exige que paguen entre el 10 y el 20 por ciento del mineral a los grupos criminales, y alrededor del 15 al 30 por ciento al propietario del molino donde se trituran las rocas para la extracción. Los compradores de oro pagan precios 25 % inferiores a los que se aplican a nivel internacional. Los mineros tienen que pagar altos montos por la comida y el agua a los vendedores dentro de la zona, quienes a su vez; pagan una tarifa a los grupos criminales o armados que controlan las minas. Y aunque los ingresos en el arco minero son generalmente más altos que en el resto del país, algunos indicaron que apenas podían subsistir o mantener a sus familias.

Las mujeres se dedican a todo tipo de tareas relacionadas con la minería, incluso en la extracción, y también trabajan como vendedoras informales. Muchas se trasladan a las minas para ocuparse como cocineras. En varios testimonios se dio cuenta del fuerte aumento desde 2016 de la prostitución, la explotación sexual y la trata, incluso de niñas adolescentes. La prostitución se organiza, ya sea en pueblos cercanos o dentro de las zonas mineras en las llamadas "currutelas", que son barracones construidos con tablones de madera y cuyos propietarios abonan una tarifa a los grupos criminales para poder organizar su actividad.

Los municipios mineros del estado de Bolívar son la principal fuente del aumento de los casos de paludismo que se observan en Venezuela desde 2015. La diarrea y las enfermedades de las vías respiratorias, y las enfermedades prevenibles por vacunación, como el sarampión, son normales.

---

11 El acoso, por su parte, se configura como una amenaza, humillación o maltrato al trabajador o directivo por parte de uno o más miembros de la plantilla.

12 Para una clasificación de los tipos de violencia, *Vid.*: Jiménez, M., "Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones de Trabajo y Derecho del Empleo.Volumen 7, núm. 2, abril-junio*, 2019: 97-120.

El uso extensivo del mercurio para separar el oro de otros minerales, tarea de la que a menudo se ocupan las mujeres, es frecuente.

El gobierno adoptó el 8 de abril de 2020, una resolución que permite extender la explotación minera a los espacios fluviales de 6 ríos,[13] lo que demuestra un comportamiento más bien de *fuga,* en vez de uno *regulatorio*. Esta actuación, donde el Estado es una caja de resonancia de intereses subalternos, aparece también en el caso de la emigración ilegal.

La diplomacia es lenta a la hora de la protección de los nacionales en otros países y los afectados no denuncian ninguna contingencia por temor a ser deportados. Los migrantes indocumentados, que incluyen niños por debajo de la edad autorizada para trabajar, además de adultos mayores, componen esa franja salarial clandestina mal pagada en comparación con la reglada. Sus trabajos no están registrados por ante la autoridad pública; se reduce el costo de la fuerza de trabajo, se evade el pago de los salarios indirectos y se hace fácil el despido.

Los migrantes extranjeros ilegales tienen los peores trabajos y el riesgo de deterioro de la salud es mayor. En los Estados Unidos están sobrerrepresentados en empleos que requieren poca preparación, —aunque fueren egresados universitarios quienes los ocupen—; lo hacen en la agricultura, la construcción y el cuidado infantil. Suman el 24 % entre los trabajos agrícolas, pesqueros y forestales y un 15 % absorbe sólo el sector construcción (alrededor de 1,35 millones de trabajadores).[14]

La regla general es que el derecho a las prestaciones por un accidente o enfermedad será determinado por la legislación del lugar del accidente.[15] A falta de acuerdos bilaterales, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, es una pieza jurídica importante. A decir de la cantidad de países que lo suscribieron, el año 2007 fue el más sobresaliente, y en el 2008, lo harían Colombia y el Ecuador, pero después las gestiones han sido más lentas, dependiendo de las dinámicas de cada país; Colombia y Costa Rica no lo han ratificado y Venezuela tiene pendiente aún cumplir con la formalidad de su depósito.[16]

Dispone el instrumento, totalizar los períodos computados por las diversas leyes, aplicando por lo general, la legislación donde se ejerza la actividad, dejando a salvo determinadas situaciones, como

---

13 Consejo de Derechos Humanos. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *"Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco"*. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 44º período de sesiones, 2020.

14 Los migrantes corren riesgos de salud ocupacionales relacionados con la construcción en mayor grado y severidad que sus contrapartes no migrantes. *Vid.* Jordan, M., "*La realidad sobre el trabajo de personas indocumentadas en EE. UU*", The New York Times, 13 de diciembre de 2018, y Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y London School of Hygiene & Tropical Medicine, "*Explotación laboral, trata y salud de los migrantes: Hallazgos en diversos países sobre los riesgos y consecuencias para la salud de los trabajadores migrantes y las víctimas de trata*". Ginebra: OIM, 2015.

15 Véase por ejemplo el artículo 18 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007.

16 República Dominicana ha sido el último país en ratificar el convenio en el 2019 y ponerlo en práctica en el 2020.

haber sido contratado por una transnacional que opere en 2 o más Estados o se trate de personal itinerante. El convenio prevé que, en caso de enfermedad o maternidad, la asistencia médica sea conferida en igualdad de condiciones y se reembolse a las instituciones por prestaciones en especie servidas, justificando los gastos efectivos. En el caso de los accidentes de trabajo, se aplica la legislación del lugar y en el caso de una enfermedad profesional; las prestaciones corresponden al último lugar donde se haya manifestado.[17] Por otra parte, en virtud de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, se les ha brindado a los inmigrantes irregulares asistencia médica de emergencia.[18] Pero ello no parece bastar. Venezuela, por ejemplo, ha vivido un movimiento migratorio acelerado nunca visto en la región. Colombia, Perú y Argentina, han sido los principales destinos de más de 5,4 millones de venezolanos y lo han sido fuera de Latinoamérica; España y Estados Unidos. En Colombia, se expide un *Permiso Especial de Permanencia (PEP)*, desde agosto de 2017, a migrantes venezolanos que entraron con sus pasaportes antes del 28 de julio de ese año, a modo de licencia para trabajar y tener así; acceso al servicio de salud. Después de esa fecha, se ha venido ampliando su uso, hasta representar el 40 % del total de la población migrante.[19] Un estudio hecho en Bogotá, Barranquilla y Cartagena por la Fundación Panamericana para el Desarrollo (FUPAD), encontró que el 84 % de los migrantes registrados, contaba con experiencia laboral y el 23 % tenía más de 10 años en distintos sectores. El 92 % tenía estudios formales y el 78 % igual o superior a la educación media. La Agencia Pública de Empleo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), ha registrado personas con estudios de todo nivel, inclusive, de maestría y doctorado; entre los más de 30.000 venezolanos inscritos en su base de datos.[20]

En una encuesta realizada en Nicaragua, el 67 % de los migrantes sufren de estrés, depresión el 58 % y dolor de cabeza el 39 %; en Argentina, aparte de estos problemas orgánicos, el 33 % de los pacientes migrantes encuestados en un hospital de Buenos Aíres, presentaron estrés aculturativo o síndrome de Ulises.[21]

---

17 El instrumento establece que en caso de neumoconiosis escierógena, —donde la carga de prestaciones es alta—; se exigiría, como lo hace la Unión Europea, una distribución a prorrata.

18 Los trabajadores migratorios y sus familiares serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte. Desde luego, una situación "regular" permitiría obtener salarios más altos.

19 En Perú se concede un *Permiso Temporal de Permanencia* y en Chile una *Visa de Responsabilidad Democrática* para aquellos venezolanos que apliquen dentro de Venezuela. Al respecto: OEA, "*Creatividad dentro de la crisis. Opciones legales para inmigrantes venezolanos en América Latina.*" Migration Policy Institute, 2019.

20 La Tent Partnership for Refugees (TENT), Hebrew Immigrant Aid Society (HIAS), Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y Ministerio de Trabajo de Colombia. «Guía para la contratación laboral de refugiados y migrantes venezolanos en la República de Colombia.» Bogotá, 2019. En Colombia, adicionalmente, las medidas de prevención negativa de la prostitución no se adoptan. Es un trabajo considerado digno, siempre que sea voluntario y no involucre a menores de edad. Esta decisión de la Corte Constitucional (073/17), comprende a los extranjeros, siempre que no presten servicios sexuales de manera forzada, amparando en esa oportunidad a 4 venezolanas que no debían ser extraditadas.

21 Ortega Fernández, M., Roo Prato, J.,Mendoza, R. y *et al.*, "La salud de los migrantes y los servicios de salud en Medicina Familiar en Iberoamérica", *Revista Brasileira de Medicina de Familia y Comunidades. N.13*, 2018: 84-112.

Los salarios bajos, la inseguridad laboral y la falta de empleo, empujan a los bolivianos a dejar su país, en la búsqueda de mejores salarios en Argentina. Sin embargo, en la industria textil, al operador de las máquinas de coser, se le paga generalmente por pieza y a las víctimas de trata, se las conmina a trabajar hasta el domingo inclusive.

El emigrante se topa con una realidad que lo cerca, existen faenas que ponen en peligro su integridad y salud; persisten temores sobre su estatus migratorio y sobre una protección legal que no le alcanza; sobre un progreso que fue a buscar y puede no resultar o ser posible sólo después de una tensión y riesgo constante; siendo las señales inequívocas de un espacio público bajo constante amenaza, símbolo de antigua seguridad para el nacional y que ahora contempla al extranjero como causa de su propio mal.

2.2. Sujetos vulnerables

El ambiente que rodea a las personas con discapacidad, a los que trabajan en red y a domicilio, se caracteriza por una erosión continua de sus derechos, para lo cual; no hay antídotos legales o intervenciones administrativas eficaces que le pongan fin, como puede suceder, aunque excepcionalmente, en los entornos violentos antes descritos. Las acciones son más individuales y los equipos, instrumentos y recursos, deben resultar, por tanto; adecuados para rastrear las situaciones inseguras o frágiles.

Las dolencias físicas, mentales o psíquicas, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones. Esta discapacidad, así definida por el Tribunal de Justicia Europeo, puede dar motivo a una discriminación de cualquier tipo, incluida la denegación de ajustes razonables que impactarán en la salud. Se trata de la aplicación del principio general de igualdad de oportunidades e igualdad de trato; de brindar un trato igual a dos identidades comparables para evitar un resultado distinto que sería arbitrario. De manera que surge cuando se distingue, se excluye o se restringe por motivo de la discapacidad, obstaculizando o dejando sin efecto; el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos y libertades fundamentales.

El Consejo de Europa distingue entre la *discriminación directa*, que es cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad, origen racial u orientación sexual, y la *indirecta o encubierta;* que es cuando existe una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, capaces de ocasionar una desventaja particular a una persona, salvo que la misma pueda justificarse objetivamente y los medios para su consecución, sean adecuados y necesarios, o que respecto de las personas con una discapacidad determinada; el empresario, persona u organización, se obliguen, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas para eliminar la desventaja.

Los actos discriminatorios son de muy variada índole. Existen diversos prejuicios y la intención siempre es la de bajar los costos. Por ejemplo, en una encuesta realizada en Francia, menos de un 2 % de las personas que hicieron mención de alguna discapacidad en su hoja de vida, fueron convocadas para una entrevista de empleo. Las contrataciones, además, se hacen a través de agencias de

trabajo temporal para minimizar los riesgos de los patronos.[22] A nivel mundial, otro ejemplo, la tasa de empleo de mujeres discapacitadas es de un 20 %, mientras la de los varones, es de 53 %, lo que constituye una doble discriminación.

Hay dos factores que son comunes a cualquier clase de discriminación por motivos de discapacidad. El primero, es la falta de educación en todos los grupos de edad y países, sean de ingresos altos y bajos, aunque en los de ingresos bajos, las personas con discapacidad, tienen un 50 % más de probabilidad de enfrentarse a gastos sanitarios ruinosos.[23] El segundo factor, es que se relaciona su origen con la pobreza. En este sentido, un estudio de la Fundación La Caixa de España, demuestra como las personas con rentas bajas, son más propensas, —cuatro veces más—; a una discapacidad antes de los 65 años.[24]

Existe un divorcio entre lo social y lo público, causado por las desigualdades que el derecho no ha colmado por alguna ficción legal, pero ello es apenas una parte de la respuesta, porque el cúmulo de prejuicios sociales y la falta de oportunidades, se debe a un ámbito público estrecho, incapaz de comprometerse con las demandas y necesidades de los más vulnerables.

Los avances tecnológicos deterioran también esa relación y una gran cantidad de trabajadores ha sido desplazada por la robotización y el *blockchain*. Es cierto que el uso de la tecnología de la información, trae consigo beneficios para las empresas: economía de costes, incremento de la productividad y mejoras en la organización del trabajo. Y para los laborantes constituye una oportunidad para monetizar sus actividades. Las redes son una vitrina para sus emprendimientos y mujeres y discapacitados han encontrado un nicho de mercado. Pero también tiene sus riesgos: aunque las lesiones corporales, por ocasión o por consecuencia del trabajo, son menos frecuentes; el usuario puede enfrentar problemas visuales, fatiga mental y trastornos musculo esqueléticos; los que pueden ser complejos de determinar al momento de examinar el caudal probatorio, sobretodo; cuando el trabajo se realiza fuera del local de la empresa, además de los riesgos psicosociales que pueden derivarse por su desempeño.

La hiperconectividad genera desbalances entre la vida familiar y la laboral. Por lo mismo, se ha legislado en Francia sobre la necesidad de desconectarse (Ley No.2016-1088) y también en España (Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales de 2018), previendo que los trabajadores no estén a disposición del empresario fuera de su jornada, lo que supone una actualización del tradicional derecho al descanso.[25]

---

22 OIT, "Discriminación por razones de discapacidad." https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_110_es.pdf (último acceso: 06 de agosto de 2020).

23 Organización Mundial de la Salud (OMS) y Banco Mundial (BM), "*Informe Mundial sobre la discapacidad*". Resumen en español. Ginebra: OMS, 2011.

24 Breña, C., "*La pobreza lleva a la discapacidad y la discapacidad a la pobreza.*" 12 de enero de 2012. https://elpais.com/sociedad/2012/01/12/actualidad/1326381130_994951.html (último acceso: 12 de agosto de 2020).

25 Colombia es el país más avanzado en este tema, según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), no sólo en legislación, sino también en monitoreo y generación de información sobre su aceptación y uso en el país. *Cfr.*: Alaimo, V., Chaves, M.N. y Soler, N., "*El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe.*" BID, 2019.

El algoritmo como operación lógico formal después de un *input,* se ha convertido en un nuevo actor en el otrora seguro espacio público, controla los procesos de fabricación, venta y hasta el deseo de los consumidores. El trabajo a distancia representa un trabajo intelectual que requiere una organización que no puede ser exclusiva del capital. Sus diferentes aspectos, espaciales, temporales y éticos, merecen ser regulados para evitar su sobreexplotación y para lo cual; la noción de espacio público es indispensable.

A los trabajadores de plataformas, les resulta difícil saber quién los contrata, porque se genera una relación triangular entre el cliente, el laborante y estas. El consumidor, ejerce asimismo determinado control, ya que evalúa el servicio, una responsabilidad que tradicionalmente recaía en el empleador. La plataforma, es quien contrata y termina la relación laboral; da las instrucciones y paga al empleado.

Frente a las decisiones automatizadas tomadas por el algoritmo, la legislación europea (Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos); obliga al responsable, a indicar las razones del despido para evitar que la inteligencia artificial tome la dirección del proceso. Es el derecho a no ser discriminado por el algoritmo; el de Amazon para la contratación de personal, dejaba fuera a las mujeres; el de Google, mostraba más anuncios de empleos ejecutivos a los hombres, y; el del servicio de visas de Reino Unido, fue cuestionado por desfavorecer a los solicitantes de países no desarrollados.

Los bajos salarios, las contingencias profesionales y la dificultad de negociar colectivamente, fueron el detonante para la creación de sindicatos *apps*. El primero en América Latina fue la Asociación de Personal de Plataformas (APP) de Argentina, que agrupa a repartidores y conductores de Rappi, Glovo y Uber. En Chile, en septiembre de 2019, se creó el Sindicato Regional de Conductores de Uber.[26] Y en Europa, a raíz de que un conjunto de micro tareas remotas es desarrollado por trabajadores que compiten entre sí para plataformas como *Clickworker*, con más de 2 millones de afiliados, o *Amazon Mechanical Turk*, donde hay millones más; invisibles y deslocalizados, algunos sindicatos, como el alemán IG Metal, ha creado un portal llamado *Fair Crowd Work* para promover condiciones justas de trabajo, al igual que otros gremios en Austria y plantar de esa forma oposición al control ejercido[27].

La inseguridad de los enganches laborales, la incapacidad de desconexión en un momento o lapso de tiempo, el salario asignado, sin posibilidad de negociarlo y la inmediatez de los resultados, al capricho del oferente, merecen principal atención de gobiernos y demás involucrados. El trabajo en red impide de entrada, la creación de un seguro comunitario frente al infortunio individual. El ingreso no origina pagos a la previsión social y la mayor flexibilidad del tiempo y los recursos utilizados para obtener resultados, apareja una mayor inseguridad, impotencia y soledad.

Los datos registrados en las plataformas digitales, pueden ser un gran insumo para las autoridades encargadas de regular el mercado laboral. En Latinoamérica, donde la informalidad es uno de

26 *ibíd.*, p.12.

27 *ibíd.*, p.14.

los desafíos principales, la capacidad de dar seguimiento a los datos (trazabilidad), es posible, porque todas las transacciones quedan registradas, y los trabajadores reciben sus ingresos vía transferencia bancaria. En este aspecto, las plataformas son una fuente de información esencial para visibilizar a los trabajadores y estructurar esquemas de protección social que se ajusten a sus circunstancias particulares. De esta manera, la tecnología, se transforma en un gran aliado de la esfera pública a la hora de legislar, permitiendo conocer la situación del trabajador en tiempo real.

Las personas que trabajan en el hogar de sus empleadores, tampoco escapan a la violencia en el trabajo. Pueden ser víctimas de acoso, explotación y coacción. Le despojan del pasaporte, les cobran tarifas excesivas, no tienen asistencia legal o migratoria, quedan aisladas social y culturalmente, —salvo por los apoyos y apegos a tradiciones en zonas apartadas donde viven con otros connacionales—; se enfrentan a diferencias lingüísticas y restricciones a la libertad de circulación y de asociación. Al estar aisladas, sin presencia de terceros que puedan intervenir a su favor, son particularmente vulnerables. Es un trabajo no visibilizado, de escasa organización sindical y bajo nivel educativo. El Convenio de la OIT No. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, junto con una recomendación que lo amplía en el 2011, ha sido ratificado apenas por 25 países y un poco más; han promulgado alguna legislación que les asegure protección.[28] Las bajas remuneraciones son comunes en este sector que percibe menos de la mitad del salario promedio nacional. Dado el predominio de la fuerza laboral femenina, la discriminación, en razón de la cultura patriarcal imperante, es mayor; se subvalora el oficio y la brecha salarial aumenta. Durán Valverde, presenta una estadística para comprender la magnitud del problema: De 67 millones de trabajadoras domésticas existentes en el mundo; más de 60 millones están excluidas de la seguridad social. La cobertura voluntaria es muy baja y la contributiva más alta no llega al 50 %. Para ampliarla, se recomiendan, entre otras medidas; el pago de una cotización diferenciada y favorable o un subsidio al empleador; cotizaciones según la edad o el salario hora; conceder incentivos fiscales para el patrono o deducciones para el trabajador, y; promover nuevas y modernas prácticas de afiliación[29]. La fijación de un salario mínimo constituiría una alternativa válida, de igual forma; el papel de los interlocutores sería muy apreciado, junto con la inspección del trabajo para evitar pagos en especie y deducciones que puedan configurar abusos en contra de la autonomía y la percepción del salario en efectivo.[30]

---

28 Existen otros instrumentos jurídicos de importancia, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

29 Durán Valverde, F., "Trabajo doméstico y seguridad social", *Barreras y opciones para exterder la cobertura.* Ginebra: Departamento de Protección Social, OIT, 2016.

30 Señala el artículo 12.2.del Convenio No. 189 (OIT): "En la legislación nacional, en convenios colectivos o en laudos arbitrales se podrá disponer que el pago de una proporción limitada de la remuneración de los trabajadores domésticos revista la forma de pagos en especie no menos favorables que los que rigen generalmente para otras categorías de trabajadores, siempre y cuando se adopten medidas para asegurar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador, que se destinen a su uso y beneficio personal, y que el valor monetario que se atribuya a los mismos sea justo y razonable."

En resumen, las rutinas de la vida para las mayorías se han vuelto violentas o representan vulnerabilidad y riesgo, donde la salud es afectada, el espacio público colonizado y el salario es bonificado, al no poseer los atributos que el derecho del trabajo le confiere, como sería la proporcionalidad, la disponibilidad del empleado y la protección legal.[31]

Condiciones de vida tan adversas, inclusive, antes de nacer, se originan porque el espacio público, entendido como hábitat y organización de la seguridad social, no garantiza derechos económicos, seguridad personal y prevención de riesgos; precisamente porque es una franja muy finita, donde la soberanía en todos los órdenes —personal, colectiva y política—; disminuye, como el gasto social y el ingreso de bolsillo.

3. LA SALUD EN EL TRABAJO

Los accidentes y enfermedades laborales, clasificados tradicionalmente por sectores y lugares de faena, derivan también en siniestros que son consecuencia de los bajos ingresos devengados en aquellos entornos que hemos identificado en este ensayo como violentos y vulnerables, por lo que se recomienda la prevención como política pública, la que será necesaria para evitar que el padecimiento aparezca, impedir el aumento de la morbilidad, gracias al diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, y actuar en materia de prevención terciaria, a través de la rehabilitación. Todo ello requiere de la colaboración de varias disciplinas. Menciono, entre otras, a la sociología, la medicina del trabajo, al trabajo social, el derecho del trabajo y de la seguridad social, la psicopatología, la ergonomía, la psicología y la economía.

La OIT, que aprobó el Convenio 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores y la Unión Europea, que dictó la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, constituyen los principales instrumentos internacionales para promover la mejora de la salud y seguridad en el trabajo:

El Convenio 155 obliga a perfilar una política nacional preventiva con los interlocutores sociales, después llevada a nivel operativo (reglamentario, procedimental y técnico). Ello incluye una normativa sobre instalación, transporte, operaciones, procesos agrícolas, industriales, de manufactura o de servicios, elaboración de encuestas y una publicación anual de rigurosa estadística. Y esa misma política, en consulta con los trabajadores, se llevará a cabo, aguas abajo, en la empresa.

La Directiva 89/391, por su parte, establece una obligación general de prevención de los empresarios en consulta con los trabajadores. La información y la formación serán necesarias, contribuyendo los empleados con la debida utilización de máquinas y equipos, advirtiendo, de ser el caso, sobre cualquier "peligro grave e inminente".

31 A este respecto consúltese el Convenio No.95 (OIT) sobre protección del salario, 1949.

Un ejemplo regulatorio, lo constituye, la Ley francesa No. 399, de 27 de marzo de 2017, conocida también con el nombre de «ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales.» Una iniciativa parlamentaria que comienza en el 2013 y quiere descorrer el velo corporativo del grupo empresarial. Conforme a la misma, será posible demandar a la casa matriz, capaz de derrumbar una economía familiar, después de —pongamos como ejemplo—; un desastre ecológico, haciéndola responsable del daño ocasionado, siguiendo así los rieles de la responsabilidad extracontractual (el que cause un daño a otro está en la obligación de repararlo). Esta ley, constituye un paso más para dejar atrás a la autorregulación empresarial y las normas voluntarias.[32] Basándose en el principio de "diligencia debida", obliga legalmente a las casas matrices y empresas principales, a identificar y evitar los abusos contra los derechos humanos y el medio ambiente, resultantes no sólo de sus propias actividades; sino también de las empresas contratadas por el grupo, incluyendo subcontratistas y proveedores con quienes mantienen relaciones comerciales. Las empresas sometidas a esta legislación, deberán prevenir los riesgos de perjuicios graves a las personas y al medio ambiente, mediante planes de vigilancia anuales que deberán ser públicos y adjuntarse a los informes financieros y extra financieros.[33] La empresa matriz, se obliga a presentar un mapa de responsabilidades medio ambientales, evaluar las medidas adoptadas, tomar acciones en conjunto con los sindicatos, recopilar alertas, ejercer control posterior y darle publicidad a su informe.[34]

A nivel de empresa, la gestión preventiva se desarrolla con la Norma ISO 45001 sobre Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de 2018, operando con la de gestión ambiental y la de calidad (ISO 14001 y 9001, respectivamente). La norma considera que los resultados de seguridad y salud en el trabajo se ven afectados por diversos factores, internos y externos; tales como las expectativas de los trabajadores, las instalaciones, las contratas, los proveedores, la normativa que afecta a la actividad, etcétera. La participación y consulta con los trabajadores es clave para planificar, ejecutar y evaluar todo el proceso que estructure un modelo de gestión empresarial que facilite el cumplimiento del deber de protección.

El cumplimiento de la normativa evitaría que trabajadores temporales sufran de mayor estrés negativo y experimenten trastornos musculo esqueléticos y un envejecimiento prematuro. Un seguro

---

32 Existe como antecedente una Directiva europea, 2014/95, sobre la divulgación de información no financiara de empresas de más de 500 trabajadores, las que deben señalar el impacto ambiental que causa su actividad, la lucha contra la corrupción y aspectos sociales relacionados con sus empleados. Y antes de esta, pueden citarse una ley danesa de 2008, sobre información obligatoria acerca de la responsabilidad social empresarial y una guía de responsabilidad social —ISO 26000— de 2010. Posteriormente, otros estados han legislado, aunque muy tímidamente. *cfr.:* Hernández, A., "Diligencia debida en derechos humanos: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social. Vol.8 No.2*, 2018: 216-250.

33 La ley es aplicable a cualquier empresa establecida en Francia que emplee al menos 5.000 trabajadores o al menos 10.000 en el exterior, lo que pudiera abarcar hasta 300 compañías. *Vid.:* European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), "*Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas. Preguntas frecuentes.*" Bruselas. Traducción: Miguel Marqués. ECCJ, 2018.

34 El juez de comercio podrá multar por la omisión del informe y el demandante, —a quien le corresponde la carga de la prueba—; exigir la indemnización extracontractual.

de salud, pensión y vacaciones pagas, son las necesidades de estas categorías de trabajadores.[35] Y a este respecto, la Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

La inspección laboral será necesaria para controlar la duración del tiempo de trabajo (horas extras, trabajo nocturno, por turnos, pausas entre jornadas, dominical, etcétera) y respetar las licencias establecidas por maternidad, paternidad, incapacidad, estudio, entre otras, eliminando o minimizando, la distribución irregular de las jornadas.[36]

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

El espacio público es un activo que puede acrecentarse en la medida que el estatismo y el monopolio privado cedan la delantera en las distintas dinámicas sociales. Su pérdida implica la de la salud y seguridad en el trabajo y de la seguridad social y su posible debilitamiento se debe a la ausencia de negociación, libertad e institucionalidad.

Es el espacio público una delgada y tensa cuerda, jalonada de un lado, por la violencia organizada que se apodera del ámbito soberano y del otro, por el caos de la pobreza que tira lo que puede hasta romper los pactos, leyes y tradiciones.

El espacio público puede recuperarse con políticas sociales inclusivas que promuevan la igualdad de oportunidades y de género, un liderazgo responsable, la lucha de movimientos sociales que lo

35 A este respecto, la normativa comunitaria se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el periodo de vacaciones anuales no tenga derecho a disfrutarlas posteriormente cuando han coincidido. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha declarado que un trabajador que se encuentre de baja por enfermedad durante un período de vacaciones anuales fijado previamente, tiene derecho a petición suya y a objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales; a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad. Tribunal de Justicia de La Unión Europea. "*Vacaciones e incapacidad temporal.*" Asunto n.º C-78/11 (Sala Quinta), 21 de junio de 2012.

36 Los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88, de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas y, por cada período de siete días, de un lapso mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, al que se añadirán las once horas de descanso diario. Además, el artículo 6, letra b), impone a los Estados la obligación de establecer un tope de cuarenta y ocho horas respecto de la duración media del trabajo semanal, quedando expresamente incluidas en este límite máximo las horas extraordinarias. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Gran Sala). "*Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.*" C55/18, 14 de mayo de 2019.

demanden, el debate político y el diálogo social, siempre que existan mecanismos regulares de participación y evaluación permanente, con una salud preventiva, diagnóstico y tratamiento universal de las enfermedades y una seguridad social solidaria con financiamiento y garantías básicas.

Las 5 mayores amenazas que el espacio público confronta son: i) la fragilidad institucional, entendida como pérdida de gobernabilidad y de autoridad, las que son sustituidas por la desconfianza a los líderes o la deriva populista; ii) la pérdida de los pesos y contrapesos de una democracia; iii) la desaparición del diálogo con el riesgo que el autoritarismo se imponga; iv) el excesivo poder transnacional que desaloja al local, y; v) la falta de educación y formación ciudadana.

El espacio público, tirado al abandono, es lo que habrá en definitiva que evitar, por lo que deberá tejerse una red de seguridad social, lo más extensa posible y exponer menos a los individuos a los caprichos de la ganancia que otros inmerecidamente poseen.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alaimo, V., Chaves, M., y Soler, N., *"El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe".* BID, 2019.

Breña, C., *"La pobreza lleva a la discapacidad y la discapacidad a la pobreza",* https://elpais.com/sociedad/2012/01/12/actualidad/1326381130_994951.html

Cohen, M., Sundararajan, A., "Self-regulation and innovation in the Peer to Peer Sharing Economy", *Revista Dialógo. No. 82.,* s.f.: 166.

Consejo de Derechos Humanos. Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Independencia del sistema de justicia y acceso a la justicia,incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco.* Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 44º período de sesiones, 2020.

Consejo de Europa, "Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación", 27 de noviembre de 2000.

Dagnino, E., "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones de Trabajo y Derecho del Empleo. Volumen 3, núm. 3, julio-septiembre.*, 2015: 1-31.

Durán Valverde, F., "Trabajo doméstico y seguridad social", *Barreras y opciones para exterder la cobertura.* Ginebra: Departamento de Protección Social, OIT, 2016.

ECCJ, *Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las casas matrices y empresas contratistas. Preguntas frecuentes.* Bruselas: European Coalition for Corporate Justice. Traducción: Miguel Marqués. ECCJ, 2018.

Escalona, E., "Relación salud-trabajo y desarrollo social: visión particular en los trabajadores de la educación", *Revista Cubana Salud Pública*, 2006: 1-19.

Fernández, M.Á., Roo Prato, J.B. y Mendoza, R.D., *et al.,* "La salud de los migrantes y los servicios de salud en Medicina Familiar en Iberoamérica", *Revista Brasileira de Medicina de Familia y Comunidades. N.13*, 2018: 84-112.

Gómez, J.A., "Espacio público y espacio político. La ciudad como el lugar para las estrategias de participación", *Polis. Revista Latinoamericana*, 2008: 1-23.

Hernández, A., "Diligencia debida en derechos humanos: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social. Vol.8 No.2*, 2018: 216-250.

Hernández, M. y Martín, L., "El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.Volumen 8, número 1, enero-marzo*, 2020: 121-151.

Jiménez, M., "Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones de Trabajo y Derecho del Empleo.Volumen 7, núm. 2, abril-junio*, 2019: 97-120.

Jordan, M., "The New York Times", "*La realidad sobre el trabajo de personas indocumentadas en EE. UU".*, 13 de diciembre de 2018.

Leandro-Rojas, M., "Potencial del espacio público como facilitador de bienestar y salud mental", *Revista Costarricense de Psicología. Vol.33 No.1*, 2014: 31-45.

Leclerc, Q., "*What settings have been linke to SARS-CoV-2 transmission clusters?",* https://wellcomeopenresearch.org/articles/5-83, Welcome Open Research, 2020.

Morales, M.V., y Reynares, J.M., "La política y el espacio público: Constitución discursiva y potencial emancipatorio", *Pensamento Plural. No. 7*, 2010: 77-90.

Narciso, C.A., "Enfoques teóricos y usos políticos del concepto de espacio público bajo el neoliberalismo en la ciudad de Cuernavaca, México", *Cad. Metrop., São Paulo, v. 16, n. 31*, 2014: 113-137.

Neffa, J.C., "*Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio",* Buenos Aíres: Centro de Estudios e Investigaciones Laborales - CEIL-CONICET, 2015.

OEA, "*Creatividad dentro de la crisis. Opciones legales para inmigrantes venezolanos en América Latina.*" Migration Policy Institute, 2019.

OIM y London School of Hygiene & Tropical Medicine, "*Explotación laboral, trata y salud de los migrantes: Hallazgos en diversos países sobre los riesgos y consecuencias para la salud de los trabajadores migrantes y las víctimas de trata.*" Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones, 2015.

OIT, "Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa", *Conferencia Internacional del Trabajo.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, nonagésima séptima reunión, 2008.

OIT, "Discriminación por razones de discapacidad», Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_110_es.pdf

OMS y BM, "*Informe Mundial sobre la discapacidad",* Resumen en español. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2011.

Pasquali, C., "Madres, salud y espacio público en un vecindario de NY", *Medio Ambiente y Comportamiento Humano 8 (1y2)*, 2007: 177-207.

TENT, HIAS. ACNUR, Ministerio de Trabajo de Colombia, "Guía para la contratación laboral de refugiados y migrantes venezolanos en la República de Colombia", Bogotá, 2019.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

REJLSS Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre - abril 2022 - núm 4 ISSN-e: 2660-437X



APLICACIÓN DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN EN LAS PENSIONES EN MÉXICO. Comentarios a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: contradicción de tesis 200/2020

THE APPLICATION OF THE UNIT OF MEASUREMENT AND UPDATE (UMA) FOR PENSIONS. Supreme Court of Justice Case Law: Dissenting Opinion 200/2020

María Ascensión Morales Ramírez
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional Autónoma de México
mmoralesr@derecho.unam.mx ORCID ID 0000-0002-5786-4825
Recepción de trabajo: 09-08-2021 - Aceptación: 14-01-2022
Páginas: 300-319

■1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Contexto. ■2. DENUNCIA DE LA CONTRADICCIÓN. 2.1. Amparo 507/2018. 2.2. Amparo 325/2020. ■3. RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 3.1. Inconsistencias. 3.2. Criterio económico predominante. 3.2.1. Carácter del "monto máximo" de la pensión. 3.2.2. Déficit del sistema de pensiones. 3.2.3. Cuantificación de las pensiones. 3.2.4. Naturaleza administrativa de la cuantificación de las pensiones. 3.2.5. Aplicación a salarios altos. 3.2.6. No perjudica a los asegurados. 3.2.7. El "monto máximo" afecta a la recuperación del salario mínimo. 3.3. Interpretación inexacta del Convenio 102, Norma Mínima de seguridad social. 3.4. Inaplicación retroactiva. ■4. CONCLUSIONES. ■5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El presente trabajo analiza la resolución que con carácter de jurisprudencia emitió en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la contradicción de tesis 200/2020, la cual responde a un criterio económico-político porque cuida las finanzas, en este caso, del ISSSTE en perjuicio de los asegurados y respalda la reforma del 16 de diciembre de 2020 a las pensiones de la Ley del Seguro Social, que legalizó la UMA y, de esta forma, se apartó de la tendencia de las resoluciones y jurisprudencia adoptadas desde 2018 por diversos Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación en materia laboral y administrativa en favor de los pensionados, respecto de la aplicación del salario mínimo general en el cálculo de las pensiones de jubilación.

PALABRAS CLAVE: México, salario, pensión, jubilación, seguridad social.

ABSTRACT

This paper examines the case law ruling issued by the Mexican Supreme Court of Justice (SCJN) contradicting Opinion 200/2020, which concerns an economic-political criteria to allegedly protect the finances of the ISSSTE, in this case, to the detriment of pensioners and supports the reform of December 16, 2020, on Social Security Law pensions, which legalized the UMA. In this way, it diverged from the prevailing trend of the rulings and case law adopted since 2018 by various Collegiate Circuit Courts of the Federal Judiciary on labor and administrative issues in favor of pensioners, concerning the use of the general minimum wage in calculating retirement pensions.

KEYWORDS: Mexico, salary, pension, retirement, social security.

1. INTRODUCCIÓN

En México, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante un comunicado del 17 de febrero de 2021, dio a conocer el sentido de la resolución que, con carácter de jurisprudencia, emitió al resolver la contradicción de tesis 200/2020: *"el cálculo del tope máximo de pensiones jubilatorias de los trabajadores del Estado, sujetos al artículo décimo transitorio de la Ley del ISSSTE debe determinarse con base a la Unidad de Medida y Actualización (UMA)"*.

Este criterio tomó por sorpresa, ya que resultaba ser contrario a la tendencia de las resoluciones y jurisprudencia adoptadas desde 2018 por diversos tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación en materia laboral y administrativa.[1]

Ante el anuncio de dicho criterio, las reacciones de los pensionados, asegurados, organizaciones sindicales, academia y algunos partidos políticos no se hicieron esperar por la afectación, en algunos casos, de derechos adquiridos y por las grandes diferencias que implica el pago de las pensiones con base en la UMA y no en salario mínimo general vigente; ya que éste se ha incrementado en los últimos cinco años en un porcentaje considerable y la UMA en menor medida.[2]

Sin embargo, fue hasta el 25 de junio de 2021, cuando finalmente, se hizo pública la resolución en cuestión, como era de esperarse, después de haber pasado las elecciones federales intermedias[3] y que se calmaran las protestas.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la sentencia de la contradicción de tesis 200/2020 a partir de la hipótesis de que ésta responde a un criterio económico-político. Para ello, primero, se identifican las inconsistencias de la resolución. En segundo lugar, se revisan los puntos relevantes de las sentencias que dieron origen a dicha contradicción, para posteriormente, clasificar los aspectos considerados por la Segunda Sala de la Corte confrontándolos con los comentarios respectivos. Por último, se ofrecen algunas conclusiones.

---

1 Tesis I.6o.T.170 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2019, Reg. 2019901, p. 2825. Tesis I.1o.A.212 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo III, mayo 2019, Reg. 2019879, p. 2709. Tesis I.1o.A.213 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo III, mayo 2019, Reg. 2019880, p. 2710. Tesis I.18o.A.J/8 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 20 de septiembre de 2019, Reg. 2020651.

2 El incremento por día del salario mínimo: 2017: $80.04; 2018: $88:36; 2019: $102.68; 2020: $123.22 y 2021: $ 142.70. UMA: 2017: $75.49; 2018: $80.60; 2019: $84.49; 2020: $86.88 y 2021: $89.62.

3 Para la elección de 500 miembros de la Cámara de Diputados y diversos cargos en los 32 estados del país (gobernaturas, congresos locales, alcaldías, entre otros).

1.1 Contexto

En México el salario mínimo estuvo deteriorado por casi cuatro décadas. Se encontraba muy lejos del nivel que establecía la Constitución[4] y era el más bajo de América Latina.

Desde 2011, se pretendió lograr la recuperación de su poder adquisitivo en términos reales, para ello, era necesario desvincularlo de su función como unidad de referencia de múltiples pagos y obligaciones previstos en las diversas leyes, ajenas a su naturaleza y, de esta forma, posibilitar que los incrementos al salario mínimo no generaran aumentos en todos los aspectos donde se utilizaba. El resultado fue una reforma constitucional y la emisión de la Ley reglamentaria correspondiente.

El 27 de enero de 2016, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en materia de desindexación del salario mínimo, entre las cuales son relevantes, para nuestro estudio, los preceptos siguientes:

a. *Artículo 26, Apartado B*. Mediante la adición de los párrafos sexto y séptimo se estableció, entre otras cosas, la creación de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) y la instancia encargada de calcular su valor.

b. *Artículo 123, apartado A, fracción VI, párrafo primero*. Fijó la desvinculación: "El salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza."

Dentro de los artículos transitorios del Decreto, el tercero estableció que "todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta índice, base, medida o referencia para determinar las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales y del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), se entenderían referidas a la UMA, a partir de la fecha de entrada en vigor del decreto". Por su parte, el artículo cuarto transitorio, determinó el plazo máximo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la reforma, para eliminar de las leyes federales, locales y ordenamientos las referencias al salario mínimo y las modificaran por la mención de la UMA, obligando al Congreso de la Unión, a los Congresos de las Entidades Federativas y a la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal a realizar las adecuaciones correspondientes.

La Ley para Determinar el Valor de la UMA se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2016, en su exposición de motivos, señaló que:

> *"el salario mínimo podía seguir usándose como indicador para fines propios de su naturaleza, como ocurría con las disposiciones relativas a seguridad social y pensiones en las que dicho salario se utiliza como índice en la determinación del límite máximo del salario base de cotización".*

4 Art. 123, Fracción VI, segundo párrafo. *"Los salarios mínimos serán generales, profesionales o para el campo y deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación obligatoria de los hijos".*

Es el caso, que a partir de 2017 los dos organismos más importantes de seguridad social: Instituto Mexicano del Seguro Social (imss), y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (issste), empezaron a aplicar la uma en el cálculo de la cuota diaria, monto máximo de la pensión y en los incrementos de ésta. Los pensionados, al ver reducidas sus pensiones y/o los incrementos a las mismas, ante diversas instancias impugnaron por la vía jurisdiccional (los del IMSS en materia laboral y los del ISSSTE en la administrativa), siendo en materia de juicio de amparo[5] promovido ante los Tribunales Colegiados de Circuito que las resoluciones les concedieron la razón sobre la inaplicabilidad de la UMA en las prestaciones de seguridad social, entre ellas, las pensiones.

2. DENUNCIA DE LA CONTRADICCIÓN

La resolución de la Segunda Sala de la Corte da cuenta que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), en su carácter de tercero interesado, formuló la denuncia de la contradicción de criterios sustentados entre el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, Veracruz, en el expediente auxiliar 325/2020, (en apoyo al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito con motivo del expediente 207/2019) y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el amparo 507/2018. Para efectos del análisis de la ejecutoria, se inicia con este último amparo por haber sido el primero en resolverse.

2.1. Amparo Directo 507/2018

En este asunto, se impugnó el cálculo del "*monto máximo*" de la pensión realizado en 2017 con base en la UMA, año en que se otorgó dicha pensión al quejoso en lugar de salarios mínimos.

El Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito, dictó su resolución el tres de octubre de 2018 y en ella consideró que:

> *"...los supuestos de aplicación del salario mínimo, en atención a su naturaleza, como la remuneración básica que legalmente pueden recibir los trabajadores sigue siendo aplicable como indicador económico relacionado con los aumentos propios de la contraprestación por el trabajo, o bien, las prestaciones de seguridad social que surgen del mismo, como es el caso de las pensiones, en que este parámetro se toma en consideración como índice en la determinación del monto máximo del salario base de cotización, para fijar la cuota diaria de la pensión."*

5 Los trabajadores con una relación laboral con un empleador privado tienen que agotar el juicio laboral para impugnar las resoluciones del IMSS y los del ISSSTE que laboran para el Estado tienen que entablar el juicio contencioso administrativo. En ambos casos, si la resolución es contraria a los trabajadores pueden promover el juicio de amparo ante los Tribunales Colegiados de Circuito. En el supuesto de una contradicción de tesis entre los Tribunales Colegiados, la SCJN es competente para resolver ésta.

Además, ese Tribunal fortaleció su criterio con la Exposición de motivos de la Ley de la UMA, la cual señala "que el salario mínimo podía seguir siendo empleado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines propios de su naturaleza, como el caso de las disposiciones relativas a seguridad social y pensiones".

Con base en lo anterior, dicho Tribunal determinó que la UMA, al ser un indicador económico de actualización creado para ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para indexar ciertos supuestos y montos, ajenos a la naturaleza del salario mínimo:

> *"no era aplicable para efectos de determinar el monto máximo de la cuota diaria de pensión*. Esta resolución dio lugar a la tesis aislada: *Pensiones otorgadas por el instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado. La unidad de medida y actualización (UMA) es inaplicable para fijar su cuota diaria".*[6]

Adicionalmente, la resolución interpretó el artículo 7 del "Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado", a fin de determinar que el salario aplicable al monto de la pensión es el mínimo vigente en la fecha en que se otorga el beneficio de la seguridad social, y no así el del año inmediato que sirve para determinar el salario básico promedio, con lo cual hacía prevalecer la interpretación más favorable a los pensionados, en el entendido que el salario mínimo aplicable al tope de diez veces es el vigente a la fecha del otorgamiento de la pensión. Igualmente, este criterio dio lugar a la tesis:

> *"Pensiones otorgadas por el instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado. Para determinar su monto máximo, es aplicable el salario mínimo vigente en la fecha de su otorgamiento y no el del año inmediato que sirve de base para obtener el salario básico promedio*".[7]

2.2. Amparo 325/2020 (Expediente auxiliar)

Este expediente se formó, con motivo de la demanda de amparo directo presentada el 28 de mayo de 2019, en la Sala Regional Noreste del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en San Pedro Garza, Nuevo León. El amparo fue admitido en el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Cuarto Circuito con residencia en Monterrey, Nuevo León el 13 de junio de 2019 bajo el registro A.D. 207/2019. El 9 de julio de 2019, se turnó a la ponencia correspondiente. Sin embargo, el 12 de mayo de 2020 (un año después de su radicación), se turnó al Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con sede en Xalapa, Veracruz. Este Tribunal Colegiado le asignó el número de registro 325/2020 (Cuaderno Auxiliar).

6 Tesis 1.1o. A.2.2. (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 66, mayo de 2019, Tomo III, p. 2709, registro 2019879.

7 Tesis 1.1o.A.213 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 66, mayo de 2019, Tomo III, p. 2710, registro 2019880.

En el amparo, la pensionada reclamó el "*incremento de su pensión*" con base en salarios mínimos y, por tanto, la regularización de ésta con dicho indicador y no con UMA.

El Tribunal emitió su resolución el 1 de julio de 2020 y en ella consideró que, si bien "*no advertía que la autoridad demandada*" hubiese aplicado la UMA al *monto límite de la pensión*, dicha unidad *sí era aplicable al monto límite de las pensiones*. Asimismo, estimó que el otorgamiento de las pensiones acarrea derechos accesorios, entre otros, los incrementos, a los cuales también debía aplicarse la UMA. Al respecto señaló los argumentos siguientes:

> *"Conforme al artículo 26, apartado B constitucional, la disposición es general, clara y absoluta, porque no precisa distinción alguna. Así, la UMA se aplica igualmente en créditos, contratos, convenios, garantías, coberturas y otros esquemas financieros, u obligaciones a cargo de los gobernados, como las multas, derechos y contribuciones, así como en las hipótesis de pensiones. Asimismo, la norma no distingue que la unidad de medida tenga aplicación únicamente para las cuestiones relativas al salario en la materia de trabajo."*

Igualmente, dicho Tribunal precisó que del Decreto por el que se declararon reformadas y adicionadas en materia de desindexación del salario mínimo, se desprendía que de los propios transitorios, nuevamente generalizaron y reiteraron que a la fecha de entrada en vigor del Decreto, la UMA se entendería para todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores.

Además, el Tribunal aclaró que, si bien la exposición de motivos del Decreto por el que se expidió la Ley de la UMA señaló que ésta no es aplicable a seguridad social y a pensiones, tal distinción no se plasmó en el texto vigente del artículo 26, apartado B de la Constitución ni en la Ley de la UMA o en sus transitorios. De ahí que la parte transcrita de la exposición de motivos no resultaba suficiente para introducir esa excepción, porque era ajena a la norma al no formar parte de ella. Esta resolución dio lugar a la tesis aislada:

> "*UMA. Es aplicable para calcular el incremento de las pensiones jubilatorias otorgadas por el instituto de seguridad y servicios de los trabajadores del estado. Conforme a su ley vigente al 31 de diciembre de 2001*".[8]

Como puede apreciarse, los tribunales en comento resolvieron aspectos diferentes: a) el primer tribunal, negó la aplicación de la UMA para el cálculo de la cuota diaria máxima para el otorgamiento de la pensión, así como para el monto máximo con base en el salario mínimo vigente y no con uno anterior y b) el segundo tribunal, consideró la aplicación de dicho indicador para el pago de los in-

8 Tesis aislada, IV Región 1º. 11ª. (10a), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de septiembre de 2020, Reg. 2022113.

crementos a las pensiones que era precisamente lo demandado, *pero amplió su interpretación al "monto máximo"* para el otorgamiento de la pensión.

3. RESOLUCIÓN DE LA SCJN

La Segunda Sala de la Corte, gracias a la ampliación de interpretación que hizo el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con sede en Xalapa, tuvo materia para la contradicción de tesis, pues al centrar su análisis únicamente en el "monto máximo" del otorgamiento de la pensión que, de no haberlo realizado aquel tribunal, no hubiera dado lugar a la dicha contracción.

Así, el estudio de la ejecutoria de la Corte se aborda en cuatro aspectos: a) las inconsistencias, b) el criterio económico predominante y c) su relación con el Convenio 102, "Norma mínima de seguridad social" de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y d) inaplicación retroactiva.

3.1. Inconsistencias

De la resolución de la Segunda Sala, no se desprende, cuándo el ISSSTE promovió la denuncia de contradicción de tesis. De los pies de página se observa que el escrito respectivo fue admitido mediante acuerdo del 7 de octubre de 2020, se remitió a la Segunda Sala el 29 de octubre de 2020, se integró el expediente y se turnó al ministro ponente el 3 de diciembre de 2020.

En dicha resolución, en forma previa, la Segunda Sala advirtió que, al formularse la denuncia respectiva, *no había causado ejecutoria la sentencia* dictada por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región con residencia en Xalapa Veracruz, en el expediente auxiliar 325/2020".

Sin embargo, decidió apartarse de la jurisprudencia 2a/J152/2010 *Contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito. Debe declararse improcedente la denuncia cuando una de las sentencias relativas no ha causado ejecutoria,*[9] al considerar que una "denuncia de contradicción de tesis debe estimarse procedente si *durante su tramitación causa ejecutoria* la sentencia que se encontraba *sub-júdice*," pero no motivó, ni fundamentó o hizo referencia a algún criterio judicial existente al respecto.

En concordancia con esto, la Sala en comento declaró procedente la contradicción de tesis 200/2020 al señalar que, mediante acuerdo de 14 de diciembre de 2020, el presidente del Segundo Tribunal Co-

9 La tesis establece la improcedencia de la denuncia de una contradicción de tesis entre tribunales colegiados de circuito cuando una de ellas no ha causado ejecutoria porque no ha transcurrido el plazo para su impugnación o no se ha fallado el medio de defensa interpuesto en su contra, pues al estar sub júdice, el criterio relativo puede ser modificado en tanto queda sujeto a la decisión que emita el órgano revisor.

legiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito declaró ejecutoriada la sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en apoyo a sus funciones.

Con relación a lo anterior y para efectos de normar nuestro criterio, es necesario hacer notar los aspectos siguientes:

- El amparo directo 507/2018 se resolvió el 3 de octubre de 2018.
- El amparo 325/2020 (expediente auxiliar), se resolvió el 1 de julio de 2020.
- En el periodo de 2018 a 2019 se emitieron diversas resoluciones tanto en materia laboral como administrativa en contra de la aplicación de la UMA en las pensiones.[10]
- El Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el 9 de mayo de 2019 dictó la jurisprudencia *Unidad de Medida y Actualización (uma). No puede aplicarse para determinar la cuota diaria o la limitante de pago de una pensión, por tratarse de prestaciones de naturaleza laboral regidas por el salario mínimo.*[11]
- Esta jurisprudencia fue publicada el 20 de septiembre de 2019.
- La resolución del amparo 325/2020 no había causado ejecutoria cuando fue admitida por la scjn, el 7 de octubre de 2020.
- La Segunda Sala no se basó en ninguna tesis o jurisprudencia donde se apreciara que una "denuncia de contradicción de tesis" es procedente si *durante su tramitación causa ejecutoria* la sentencia que se encontraba *sub-júdice*.

A pesar de la coincidencia de criterios entre los diversos tribunales colegiados de circuito, en materia de trabajo y administrativa en torno a la inaplicabilidad de la UMA en materia de seguridad social, en el caso específico, en las pensiones, el proceder del ISSSTE y de la Segunda Sala parece evidenciar que se trataba a toda costa de imponer la UMA en las pensiones, como finalmente lo consiguieron, tal y como se podrá observar con los argumentos que se dan cuenta, a continuación.

3.2. Criterio económico predominante

La Segunda Sala de la Corte indicó: "...a pesar de que los Tribunales resolvieron cuestiones diversas (fijación del tope de pensión y actualización de ésta, respectivamente), ambos hicieron un ejercicio interpretativo respecto al uso de la UMA en la fijación del monto límite de las pensiones".

Hay que recordar que sólo un tribunal, abordó expresamente el tope al monto máximo para el otorgamiento de la pensión en el asunto planteado, y el otro, lo hizo por una extensión interpretativa.

10 El Sexto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia del Trabajo en su resolución del 7 de marzo de 2019, Tesis I.6o.T.170 L (10ª.) *Unidad de Medida y Actualización (uma). Es inaplicable en materia de seguridad social y para el cálculo del incremento de las pensiones otorgadas, Semanario Judicial de la Federación*, Libro 66, mayo de 2019, Tomo III, registro 2019901, p. 2825. Las resoluciones del Décimo Octavo Tribunal Colegiado de Circuito en materia administrativa.

11 Después de resolver los amparos directos 567/2018, 516/2018, 255/2018 y 758/2018.

En atención a ello, la Sala determinó fijar la litis, para la solución de la contradicción de tesis, bajo los supuestos siguientes:[12]

- Si el monto límite de la pensión jubilatoria era susceptible de determinarse con base en el salario mínimo, atendiendo al ordenamiento legal o reglamentario que contempla la prestación correspondiente, o bien, si se debía atender a la UMA, vigente a partir del 28 de enero de 2016, con motivo de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario.
- Si la fijación del monto máximo o "tope máximo" de la pensión era o no una *medida de cuenta* o una referencia, que *pudiera impactar en la recuperación del salario mínimo*.

Así, la Sala de referencia, se propuso determinar el indicador aplicable: salario mínimo, UMA o monto máximo, para ello esgrimió argumentos, los cuales, para efectos de nuestro análisis, se han clasificado en los aspectos y comentarios siguientes:

3.2.1. Carácter del monto máximo de la pensión

Para la Sala, el "monto máximo" no tiene relación ni con la definición de lo que es un salario mínimo ni con el monto de la pensión, por tanto, se trata de una *medida de referencia* y, en consecuencia, le es totalmente aplicable la reforma constitucional en materia de desindexación; particularmente, el régimen transitorio conforme al cual, a la entrada en vigor de la reforma constitucional, los conceptos de salario mínimo establecidos en los artículos 57 de la Ley del ISSSTE abrogada y 7 del Reglamento, deben entenderse referidos a la nueva unidad de cuenta: UMA.

Comentario:

- No toma en consideración que el Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, en su resolución para determinar los salarios mínimos generales y profesionales vigentes a partir del 1 de enero de 2012, en el resolutivo sexto acordó promover la separación del salario mínimo de cualquier ordenamiento legal,[13] *pero nunca estimó que afectara a las prestaciones de seguridad social*.
- Omite tomar en cuenta los argumentos aducidos por los promotores en favor de la desvinculación de los salarios mínimos al considerarse que, al ser bajos éstos, se veían afectadas también las prestaciones en materia de seguridad social, principalmente las pensiones y, con ello, se perpetuaba el círculo vicioso: trabajadores con ingreso bajos, a futuro personas mayores pobres.[14]

12 En la resolución aclaró que no tomó en cuenta la actualización (incremento) de las pensiones porque fue objeto de análisis, sólo de uno de los tribunales contendientes, por tanto, no se actualizaba contradicción alguna.

13 Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2011.

14 Mancera Espinosa, M.A., *Política de recuperación del salario mínimo en México y en el Distrito Federal. Propuesta para un acuerdo nacional*, México, 2014, Gobierno de la Ciudad de México, México, 2014, p. 68.

- Hace a un lado la naturaleza sociolaboral de los elementos que integran el salario tanto en la ley laboral como en las leyes de seguridad social, para los efectos de cotización y otorgamiento de las pensiones.
- Ignora que la UMA fue creada como cuenta para fines ajenos a la naturaleza del salario mínimo; las prestaciones de seguridad social no son ajenas.
- Sólo toma en cuenta el artículo tercero transitorio, pero omitió considerar el cuarto transitorio que determinó:

> *"En un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor de la reforma, se eliminarían de las leyes federales, locales y ordenamientos las referencias al salario mínimo y las modificarían por la mención de la UMA, obligando al Congreso de la Unión, a los Congresos de las Entidades Federativas y a la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal a realizar las adecuaciones correspondientes".*

Esto es, los ordenamientos a que refiere dicho transitorio no fueron modificados, ni en materia de salario base de cotización ni respecto del "monto máximo" de las pensiones.

- Omite considerar el artículo 123 Constitucional, apartado A, fracción VI, que se ocupa de la regulación del salario mínimo, así como la exposición de motivos de la Ley de la UMA, cuando la práctica común de dicha Sala ha sido tomar en cuenta las exposiciones de motivos, cuando se trata de las finanzas de los institutos de seguridad social. Al efecto, la exposición de motivos de la Ley de la UMA señala:

> *"...Lo anterior no significa que el salario mínimo no pueda seguir siendo empleado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines propios de su naturaleza, como ocurre en el caso de las disposiciones relativas a seguridad social y pensiones*[15] *(sic), en las que dicho salario se utiliza como índice en la determinación del límite máximo del salario base de cotización (artículo 28 de la Ley del Seguro Social, por ejemplo)".*[16]

- Desconoce lo establecido en el Convenio 131 de la OIT, sobre la fijación de los salarios mínimos (1970), artículo 3, en torno a los elementos a considerar para determinar el nivel de los salarios mínimos, entre otros, lo relativo a las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales.
- Crea una triple clasificación de unidades de referencia: salario mínimo, UMA y monto máximo.

---

15 Las pensiones forman parte de la seguridad social.

16 Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, Iniciativa con Proyecto de *Decreto que expide la Ley para determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización*, México, 27 de abril de 2016, p. 1.

3.2.2. Déficit del sistema de pensiones

La Sala afirmó que volver a considerar el salario mínimo como medida para el tope del "monto máximo" de la pensión, *incrementaría en la misma proporción las obligaciones a cargo de los fondos de pensiones del sistema solidario* y el *déficit del sistema* con cada incremento. Por tanto, el "monto máximo" al ser ajeno al salario mínimo seguramente propiciaría la necesidad de contener o detener la recuperación del salario mínimo, lo que es contrario al espíritu de la Reforma Constitucional en materia de desindexación.

Comentario:

- Recurre al criterio económico-previsión de la inflación, expuesto por las administraciones gubernamentales durante casi cuarenta años, a fin de evitar el incremento de los salarios.
- Va en el sentido de las recomendaciones de los organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[17] a fin de establecer el límite en UMA y reducir las prestaciones de los regímenes de transición de las dos leyes más importantes (Seguro Social y del ISSSTE) por la afectación en la sostenibilidad del sistema de pensiones[18].
- No toma en cuenta, que al cotizar con base en los incrementos al salario mínimo también se aportaría más y el ISSSTE tendría mayores recursos financieros.
- Elude el objetivo social de los sistemas de pensiones: "asegurar la estabilidad de los ingresos al momento del retiro de la vida laboral, evitando caídas abruptas en el poder adquisitivo y de consumo en la etapa de la vida caracterizada por una mayor vulnerabilidad".

3.2.3. Cuantificación de las pensiones

La Sala adujo que los aspectos relativos a la cuantificación de pensiones entre los que se encuentra el *"monto máximo"* previsto en la ley, es *ajeno a la materia de trabajo*. Sólo reconoce la pensión jubilatoria como beneficio de seguridad social, al constituir una prestación a la que los trabajadores acceden una vez que satisfacen los años de servicio y edad previstos legalmente y por tratarse de un derecho que constitucionalmente se configura como consecuencia de la existencia de una relación de trabajo, pero desconoce que el "monto máximo" forme parte de la protección legal y constitucional.

Comentario:

- Ignora que los aspectos laborales y de seguridad social han marchado en forma paralela, complementándose el uno con el otro, por tratarse las dos caras de la misma moneda: de

17 OCDE, *Estudio de la OCDE sobre los sistemas de pensiones: México*, OCDE/CONSAR, México, 2016. Azuara Herrera, Oliver, *et. al*, *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2019.

18 *Idem.*

un lado, la preocupación de las personas trabajadoras y sus familias y del otro, conservar los niveles de vida en la vejez y en la adversidad.[19]

- Relega los principios aplicables al cumplimiento del derecho al salario suficiente, entre ellos, el de progresividad y el del favorecimiento de la protección más amplia a las personas conforme a los tratados internacionales en ejercicio de las responsabilidades del Estado.

3.2.4. Naturaleza administrativa de la cuantificación de las pensiones

La Sala señala que el aspecto relativo a la cuantificación de las pensiones de los "trabajadores del Estado" corresponde a la materia administrativa como se ha reiterado en diversos criterios judiciales[20]. ¿Qué argumento usará dicha Sala respecto de los pensionados del Seguro Social, quienes están enfrentando esta misma situación y acuden a las instancias laborales?

Igualmente, la Sala aduce que no se desconoce el derecho para obtener una pensión ni está en juego la revocación, sin embargo, la determinación del monto límite debe cuantificarse con base en la UMA y no con el salario mínimo, en tanto que el mandato constitucional prohíbe emplearlo como "índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza".

Comentario:

- Este criterio fue cuestionado precisamente en el debate por la recuperación del salario mínimo, al considerarse que el deterioro en su nivel e incremento se dio por un tratamiento meramente administrativo y unas reglas de conducción burocráticas, coartando otros derechos sociales que están basados en el salario mínimo.[21]
- Ignoró los diversos criterios judiciales (administrativos y laborales) y la jurisprudencia que para ese entonces ya se había creado, en el sentido de la inaplicabilidad de la UMA en materia de pensiones y sus accesorios. Esto es, en ninguna parte de la ejecutoria se hace referencia a tales criterios, en forma específica, a aquéllos en donde se expuso que la UMA es un indicador para indexar ciertos supuestos y montos, *ajenos a la naturaleza del salario mínimo* (multas, contribuciones, saldo de créditos a la vivienda, entre otros) y que el "legislador distinguió que existen casos en que debe atenderse al concepto de salario mínimo por disposición expresa de la ley, en este sentido, dicho salario es el parámetro para determinar el monto máximo de

19 Lo anterior conforme a lo señalado por Mario de la Cueva. Cfr., *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa, ed. Tercera, Tomo II, 1984, pp.3-4.

20 *Pensiones del issste. Es competente el juez de distrito en materia administrativa para conocer del juicio de garantías en que se reclama su indebida cuantificación.* Tesis: 2a./J. 153/2009, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, octubre de 2009, página 94 [Registro digital: 166110, *Competencia para conocer del recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio de amparo indirecto en el que se reclamó el artículo 33 de la ley de seguridad social para los servidores públicos del estado de México y municipios. Corresponde a un Tribunal Colegiado de circuito en materia administrativa.* Tesis: 2a./J. 67/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, Registro digital: 2007067, agosto de 2014, Tomo II, página 786.

21 Mancera Espinosa, *op. cit.*, p. 79.

las prestaciones de seguridad social, entre ellas, las pensiones,[22] así como la determinación de la cuota diaria y o su incremento, el parámetro utilizado para su cálculo es el salario mínimo general vigente, pues se trata de una prestación laboral y no alguna otra de las obligaciones y supuestos para los cuales aplica la UMA.

3.2.5. Aplicación a salarios altos

La Sala afirma que el "monto máximo" de las pensiones únicamente es aplicable a los asegurados con los salarios de cotización más altos, es decir, aquellos que cotizan al ISSSTE con un salario superior a diez veces la UMA *(sic),* por tanto, es acorde con el objetivo esencial de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, consiste en favorecer la recuperación del salario mínimo a efecto de que éste cumpla con la función que constitucionalmente tienen encomendada como remuneración mínima.

Comentario:

- El criterio es afín a las recomendaciones del BID y la OCDE en el sentido de señalar que los montos máximos al beneficiar a un porcentaje reducido, había que dar certeza al tope con la UMA.
- Olvida que la recuperación del salario mínimo como un elemento del derecho del trabajo no tiene por qué afectar las prestaciones del derecho de la seguridad social.

3.2.6. No perjudica a los asegurados

La Sala aduce que si bien podría considerarse que la cuantificación del "monto máximo" de la pensión jubilatoria con base en la UMA podría generar una afectación en los asegurados, en la medida que tendrán acceso a montos pensionarios menores que aquellos que originalmente fueron establecidos en los ordenamientos de seguridad social que contemplaban el límite máximo de las pensiones con base en el equivalente a diez salarios mínimos, no es así porque la aplicación de la UMA, no les impide acceder a un monto pensionario mayor que aquel que les correspondía antes de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, porque éste crecía en un porcentaje menor al crecimiento inflacionario, mientras que el monto de la UMA es el equivalente al índice contemplado en el diseño actuarial que sustenta el esquema pensionario previsto en las mencionadas legislaciones (régimen de la Ley del ISSSTE abrogada, como el régimen del artículo Décimo Transitorio de la Ley del ISSSTE vigente), incluso, podría considerarse que genera mayores beneficios económicos que el "salario mínimo" que la legislación contemplaba hasta antes de la reforma Constitucional en materia de desindexación del salario mínimo.

La Segunda Sala, reiteró que al momento en que el legislador diseñó el esquema actuarial de los sistemas de seguridad social, si bien tomó al "salario mínimo" como parámetro para determinar el monto máximo de las pensiones y del salario de cotización (equivalente a diez "salarios mínimos"),

22 Amparo directo 1218/20 radicado en el Sexto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia de Trabajo del Primer Circuito, p. 74.

lo cierto es que dicho salario, además de que no cumplía la finalidad constitucional que le fue encomendada de satisfacer las necesidades básicas de un jefe de familia, constituía un índice económico que tenía crecimiento menor que el de la inflación.

Comentario:

- La Sala en comento, de nueva cuenta omite hacer referencia al cuarto transitorio de la reforma constitucional, el cual mandató a realizar, en un plazo máximo de un año, las adecuaciones a las leyes federales, locales y ordenamientos jurídicos para eliminar las referencias al salario mínimo y, en su lugar, mencionar la UMA, situación que no aconteció ni en el año previsto ni hasta la fecha respecto del artículo décimo transitorio y del Reglamento respectivo aplicable a la generación en transición. En diversas partes de la resolución únicamente reitera el transitorio tercero para señalar que todas las referencias que las leyes y sus reglamentos hacían al salario mínimo, se entienden hechas a la UMA, pero no considera las modificaciones que debieron realizarse al respecto conforme al artículo cuarto transitorio.
- Resalta su criterio económico al señalar que la UMA es mejor que el salario mínimo antes de la reforma, contrastando con las resoluciones previas y la jurisprudencia emitidas al respecto, totalmente en sentido contrario.

3.2.7. El "monto máximo" afecta la recuperación del salario

La Sala considera que si el "monto máximo" de las pensiones se calcula con base en el salario mínimo, llevaría a estimar que el monto máximo del salario de cotización también debe determinarse con base en el salario mínimo, lo cual se traduciría, en todo caso, en un incremento a las cuotas y aportaciones de seguridad social a cargo de las y los trabajadores, así como de la parte patronal, lo cual, lejos de favorecer la recuperación del poder adquisitivo del salario mínimo, podría constituirse en un obstáculo para lograr su incremento y recuperación.

Comentario:

- La Sala está muy lejos de lo que se abordó en el debate para la recuperación del salario mínimo: la revisión a las teorías modernas, a nivel micro y macroeconómico, permiten comprender que los temores a ciertos efectos disruptivos causados con el incremento del salario mínimo no tienen respaldo y podría **incrementarse sin consecuencias adversas**.[23]
- En dicho debate se puso de manifiesto una atención, aparte y muy especial, a las leyes y normas que vincularan el salario mínimo con el conjunto de derechos laborales, especialmente las pensiones de los trabajadores,[24] esto es, nunca se consideró la aplicación del "nuevo indicador" a las prestaciones de seguridad social.

23 Mancera Espinosa, *op. cit.* 82 a 86.

24 Ídem.

- La OIT elaboró un estudio en el que encontró que los aumentos en el salario mínimo no han tenido efectos negativos sobre el empleo o su calidad en México dado que su nivel es aún poco significativo.[25] En este sentido, tampoco lo sería en las prestaciones de seguridad social.

3.3. Interpretación inexacta del Convenio 102 Norma Mínima de Seguridad Social

La Segunda Sala señaló que su resolución es acorde con lo previsto en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), artículo 65, incisos 1) y 2),[26] porque si, bien estalece que las pensiones constituyen un beneficio mínimo de seguridad social que se cuantifica con base en las ganancias básicas correspondientes a la categoría a la que el trabajador pertenecía, también lo es que confiere libertad de configuración a los Estados parte, en cuanto al establecimiento de un límite al monto máximo de las pensiones.

Comentario:

- Es cierto que el Convenio 102, da libertad al Estado para fijar un límite, situación que está prevista en el Reglamento respectivo, el cual no fue modificado conforme al mandato constitucional regulado en el artículo cuarto transitorio, es decir, existe un incumplimiento legal. Así, el límite continúa siendo diez veces el salario mínimo.
- El Convenio 102 establece los supuestos en los cuales pueden afectarse las pensiones (artículos 25, 26, punto 3 y 67, inciso b),[27] pero un indicador diverso al salario mínimo para determinar el "monto máximo" de la pensión no se encuentra entre éstos.
- El criterio es contrario a la tendencia internacional respecto de la promoción y protección de los derechos de las personas mayores, como se da cuenta con la Convención Interamericana sobre la

25 Secretaría del Trabajo y Previsión Social (stps), Avanzará en este año nueva política de fijación de salarios mínimos, *Boletín de prensa*, No. 568, 31 de marzo de 2016. http://www.gob.mx/stps/prensa/avanzara-en-este-ano-nueva-politica-de-fijacion-de-salarios-minimos.

26 *"1. Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique este artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que, para el beneficiario tipo a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro, en relación con el total de las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.*
2. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia se calcularán de conformidad con reglas prescritas, y, cuando las personas protegidas o su sostén de familia estén repartidos en categorías según sus ganancias, las ganancias anteriores podrán calcularse de conformidad con las ganancias básicas de las categorías a que hayan pertenecido.
3. Podrá prescribirse un máximo para el monto de la prestación o para las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la prestación, a reserva de que este máximo se fije de suerte que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas cuando las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia sean inferiores o iguales al salario de un trabajador calificado de sexo masculino."

27 *"a) La suspensión cuando el pensionado ejerza actividades remuneradas o la reducción de la prestación, cuando los ingresos de la familia excedan de las sUMAs fijadas por la autoridad competente.*
b) Respecto de pagos periódicos, la reducción del monto de la prestación cuando los recursos de la familia excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes."

Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de junio de 2015[28]. Dicho instrumento tiene como objetivo la protección de este grupo social con un enfoque diferenciado que considera sus características particulares tanto a nivel individual como colectivo y en su artículo 17 establece el Derecho a la seguridad social para que puedan llevar una vida digna.

3.4. Inaplicación retroactiva

La Sala en comento, afirmó que el criterio jurisprudencial en favor de la UMA es *inaplicable retroactivamente* para los asegurados que "con posterioridad a la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo", se les otorgó una pensión jubilatoria calculada con base en el monto máximo de diez veces el salario mínimo y no con la UMA, ya sea porque así lo determinó el propio ISSSTE o como consecuencia de una sentencia ejecutoria.

Comentario:

- Es hasta este momento, que la Sala sin mayor explicación y en forma parcial, señala la inaplicación de la UMA considerada en una sentencia, esto es, las emitidas por los diversos tribunales colegiados y que crearon jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de la UMA, no sólo respecto del "monto máximo", sino también en torno a los incrementos de las pensiones.
- Sorprende que en este tema la Sala no haya realizado una ampliación interpretativa que impida la afectación por parte del ISSSTE (aunque también lo hace el Seguro Social) en el incremento de las pensiones.
- Lo anterior, porque los institutos de seguridad social han estado aumentando las pensiones en general, conforme al incremento de la UMA, incluso respecto de quienes se pensionaron antes de la reforma constitución en materia de desindexación del salario mínimo, lo cual implica un grave problema de retroactividad.

4. CONCLUSIONES

El análisis de los diversos criterios judiciales, evidencian que la Segunda Sala de la SCJN, impuso una vez más el criterio económico-político. Lo primero, con la finalidad de cuidar las finanzas, en este caso, del ISSSTE y, lo segundo, para respaldar la reforma del 16 de diciembre de 2020 a las pensiones de la Ley del Seguro Social impulsada por el actual gobierno para legalizar la UMA en el pago de las pensiones.[29]

28 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (oea) en su Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones, el 15 de junio de 2015.

29 Algunos de los antecedentes son las tesis: 85/2020; 114/2012; 8/2016 y 164/2019 con las cuales se reiteró el tope de 10 veces el salario mínimo para el pago de las pensiones por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez a la generación en transición que opte por el sistema de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1973.

Así, predomina un razonamiento contrario por encima de la tendencia de los criterios de Tribunales Colegiados de diversas materias (trabajo y administrativa), y una jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de la UMA en materia de pensiones.

Igualmente, desde la aplicación de la UMA por los institutos de seguridad social en 2017 (ISSSTE y Seguro Social),[30] diversos partidos políticos presentaron iniciativas para impedir el uso la UMA en las prestaciones de seguridad social.[31] Otras iniciativas se agregaron en 2021 a partir del anuncio de la Segunda Sala el 17 de febrero de 2021,[32] para reformar la constitución y otra para reformar la Ley de la UMA. En ambas propuestas, además se establece un plazo para que: a) los institutos de seguridad social recauden las diferencias por la aplicación indebida de la UMA respecto del pago de las cuotas y aportaciones; b) se cubra a los afectados el pago retroactivo por las diferencias que resulten a su favor, desde enero de 2017 a la fecha en que entre en vigor el Decreto. Asimismo, se prevé la obligación para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y a la Cámara de Diputados de asegurar en el Presupuesto de Egresos del ejercicio fiscal correspondiente, los recursos suficientes para el cálculo y pago de las pensiones conforme al salario mínimo vigente.

Con lo anterior, se quiere evidenciar que los cuatro ministros de la Segunda Sala de la Corte han estado por encima de todos los involucrados a favor de la no aplicabilidad de la UMA en las prestaciones de seguridad social, como los pensionados del Seguro Social y del ISSSTE; la academia, las organizaciones sindicales y partidos políticos, dada la gran diferencia entre salario mínimo y UMA: en 2021, monto máximo mensual con salario mínimo $43,076.80 y con UMA $27,244,50, lo que representa una diferencia de $15,832.30.

Por último, un Congreso que se ha caracterizado por la aprobación *fast track* de las leyes que le interesan al gobierno en turno, no ha tenido el mismo proceder respecto de las iniciativas en contra de la UMA y con ello, reafirma el criterio económico-político asumido por la Corte.

5. BIBLIOGRAFÍA

Azuara Herrera, O., *et. al*, *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington C.D., C2019.

30 El imss, el 25 de enero de 2017 mediante Acuerdo del Consejo Técnico No. 26/2018 ACDO.SA2.HCT.250117/26.P.DJ, hizo oficial el uso de la uma para el límite superior en el cálculo de las cuotas obrero-patronales y de las pensiones. El issste, mediante el Oficio No. DJ/600/026/2017 de fecha 1° de marzo de 2017, suscrito por el director jurídico del instituto hizo lo mismo.

31 Desde 2017 se han presentado iniciativas por parte del Partido de la Revolución Democrática (PRD), 3; Movimiento de Regeneración Nacional (morena), 3 y el Partido Encuentro Social (PES), 1, todas en favor de eliminar la UMA en materia de pensiones.

32 En 2021, el prd: Reforma a la Ley de la uma; morena, dos iniciativas para reformar el artículo 123 Constitucional, fracción VI y el Partido Revolucionario Institucional (pri), también por la reforma al artículo 123 Constitucional, fracción VI.

Cueva, M., *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa, ed. Tercera, Tomo II, México,1984.

Mancera Espinosa, M.A. *Política de recuperación del salario mínimo en México y en el Distrito Federal. Propuesta para un acuerdo nacional,* Gobierno de la Ciudad de México, México, 2014.

OCDE, *Estudio de la OCDE sobre los sistemas de pensiones: México,* OCDE/CONSAR, México, 2016.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), Avanzará en este año nueva política de fijación de salarios mínimos, *Boletín de prensa*, No. 568, 31 de marzo de 2016. http://www.gob.mx/stps/prensa/avanzara-en-este-ano-nueva-politica-de-fijacion-de-salarios-minimos.

LEGISLACIÓN

Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo,* 27 de enero de 2016.

Diario Oficial de la Federación, *Reglamento para el otorgamiento de pensiones de los trabajadores sujetos al régimen del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado,* 21 de julio de 2009.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, Iniciativa con Proyecto de *Decreto que expide la Ley para determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización*, México, 27 de abril de 2016.

Iniciativa que adiciona el artículo 6o. a la Ley para determinar el Valor de la Unidad de Medida y Actualización, suscrita por integrantes del Grupo Parlamentario del PRD, México, 23 de febrero de 2021.

Iniciativa que reforma el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada Idalia Reyes Miguel, del Grupo Parlamentario de Morena, México, 23 de febrero de 2021.

Iniciativa que reforma los artículos 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tercero transitorio del decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, publicado en el DOF el 27 de enero de 2016, suscrita por la diputada Anita Sánchez castro e integrantes del grupo parlamentario de Morena, México, febrero de 2021.

Iniciativa que reforma el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por la diputada Dulce María Sauri Riancho e integrantes del Grupo Parlamentario del PRI, México, 25 de marzo de 2021.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, El cálculo del tope máximo de pensiones jubilatorias de los trabajadores del Estado, sujeto al artículo Décimo Transitorio de la Ley del ISSSTE, debe determinarse con base a la UMA: Segunda Sala, *Comunicado de Prensa* No. 42/2021, 17 de febrero de 2021.

CRITERIOS JUDICIALES

Amparo Directo 507/2018, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Amparo Directo 1218/2018, Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

Amparos directos 567/2018; 516/2018; 255/2018; 758/2018 y 43/2019, Décimo Octavo Tribunal Colegiado de en materia administrativa del Primer Circuito.

Tesis P./J. 22/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, julio de 2013, Reg. 2003953, p. 5.

Tesis I.6o.T.170 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2019, Reg. 2019901, p. 2825.

Tesis I.1o.A.212 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo III, mayo 2019, Reg. 2019879, p. 2709.

Tesis I.18o.A. J/8 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 20 de septiembre de 2019, Reg. 2020651.

Tesis aislada, IV Región 1º. 11ª. (10a). *Semanario Judicial de la Federación*, Décima, Época, 11 de septiembre de 2020, Reg. 2022113.



LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS CONTROLADORES AÉREOS. Comentarios a la STS de 25 de noviembre de 2020

THE FORCED RETIREMENT OF AIR TRAFFIC CONTROLLERS. Comments to the STS of November 25, 2020

Daniel Toscani Giménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de Valéncia

daniel.toscani@uv.es ORCID ID 0000-0003-1460-4801

Recepción de trabajo: 05-04-2021 - Aceptación: 06-03-2022

Páginas: 320-328

■1. SUPUESTOS DE HECHO DE LA SENTENCIA. ■2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA. ■3. VALORACIÓN CRÍTICA. ■4. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La edad de jubilación forzosa del colectivo de controladores aéreos a los 65 años, prevista por disp. adic. 4ª Ley 9/2010, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, no resulta discriminatoria estando justificada por la finalidad de evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia que sobre el interés general pueden tener factores como el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas.

PALABRAS CLAVE: Controladores aéreos, jubilación forzosa, discriminación por razón de edad, constitucionalidad, despido, ineptitud.

ABSTRACT

The age of forced retirement of the group of air traffic controllers at 65 years, provided for by disp. add. 4th Law 9/2010, which regulates the provision of air traffic services, is not discriminatory, being justified by the purpose of avoiding negative consequences that may arise from the impact that factors such as the high level of stress, shift rotation and extreme responsibility for air operations.

KEYWORDS: Air traffic controllers, forced retirement, age discrimination, constitutionality, dismissal, ineptitude.

1. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA

PRIMERO. Con fecha 14 de septiembre de 2017, el Juzgado de lo Social número Siete de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda interpuesta por don Jesús Manuel contra la empresa ENAIRE y absuelvo a la misma de las pretensiones contenidas en la demanda."

SEGUNDO. Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Don Jesús Manuel vino prestando servicios para la empresa Enaire Documento 2 con antigüedad de 8 de enero de 1976, como Controlador de Tránsito Aéreo (CTA) y puesto de trabajo como Técnico- Instructor, percibiendo una retribución anual prorrateada de 254.178,51 € (hechos no controvertido). SEGUNDO.- Don Jesús Manuel nació el NUM000 de 1952 (documento nº 19 de la parte demandante y nº 2 de la parte demandada). TERCERO.- Por resolución de fecha 25 de noviembre de 2016 y fecha de efectos de 9 de marzo de 2017 la empresa acordó el cese del actor por jubilación obligatoria en aplicación de lo establecido en el punto I de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2010 de 14 de abril (RCL 2010, 1053), en relación con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 27/2011 de 1 de agosto (RCL 2011, 1518, 1808) (documentos nº 16 y 19 de la parte demandante y documento nº 3 de la parte demandada). CUARTO.- El 9 de enero de 2017 don Jesús Manuel presentó escrito a la empresa con el contenido siguiente: " Amparándome en la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y en la legislación vigente, le comunico que deseo prolongar mi vida activa y seguir trabajando a partir del 12 de enero de 2017, una vez cumplida la edad de 65 años " (documento nº 17 del ramo de prueba de la demandada). QUINTO.- La empresa comunicó por escrito a don Jesús Manuel el 9 de enero de 2017 lo siguiente: " [...] pongo en su conocimiento que la jubilación forzosa de los controladores de tránsito aéreo se produce al alcanzar éstos la edad de 65 años de conformidad con lo dispuesto en el punto 3, de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 9/2010, de 14 de abril, en relación con lo estipulado en la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto". Dicho documento fue firmado como "no conforme" por el demandante (documento nº 18 del ramo de prueba de la demandada). SEXTO.- Don Jesús Manuel prestó servicios para la entidad demandada durante 24 años, 4 meses y 9 días, lo que junto al periodo trabajado como funcionario público supone un tiempo total trabajado de 41 años, 2 meses y 1 día (documento nº 3 de la demandada y nº 19 de la parte demandante). SÉPTIMO.- La relación laboral entre las partes se rige por lo dispuesto en el II Convenio Colectivo Profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE nº 58, de 9 de marzo de 2011) OCTAVO.- El demandante presentó recurso de alzada ante la entidad demandada en fecha 13 de marzo de 2017, sin que el mismo conste contestado (documento nº 2 de los aportados junto con la demanda inicial)." TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D. Jesús Manuel, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Documento 3 Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2018 (AS 2018, 1245), en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON Jesús Manuel, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, núm. 7 de los de Madrid, en autos

418/2017, a instancia del recurrente contra ENAIRE, sobre DESPIDO, confirmando la sentencia de instancia en su integridad. Sin costas."

CUARTO. Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la representación letrada de D. Jesús Manuel, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 3 de octubre de 2016 (recurso 559/2016) y por el Tribunal de Justicia de La Unión Europea (Gran Sala), en fecha 13 de septiembre de 2011 (TJCE/2011/261 asunto C-447/2009, Prigge), por cada motivo de contradicción que invoca. QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiéndose impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar la desestimación del recurso. Por providencia de fecha 1 de octubre de 2020 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molins García- Atance, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 24 de noviembre de 2020.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

PRIMERO. 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si la decisión de la empresa ENAIRE de extinguir el contrato de trabajo de un controlador aéreo por jubilación forzosa resulta o no ajustada a derecho. La misma controversia litigiosa se abordó por las sentencias de esta Sala de fecha 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1765), recurso 138/2016; 18 de febrero de 2020 (RJ 2020, 1146) (dos), recursos 969/18 y 982/18 (RJ 2020, 860); 21 de febrero de 2020 (RJ 2020, 939), recurso 1114/18; y 17 de septiembre de 2020 (PROV 2020, 302306), recurso 2486/2018, cuyos argumentos reiteramos en la presente resolución. 2.- El actor prestó servicios para ENAIRE hasta que esta empresa acordó su cese por jubilación obligatoria, con efectos del 9 de marzo de 2017, fecha en la que cumplió 65 años, en aplicación de lo establecido en el punto 3 de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010, 14 de abril (RCL 2010, 1053), en relación con el art. 4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1518, 1808). Este trabajador solicitó su derecho a continuar prestando servicios. Interpuso demanda de despido, que fue desestimada en la instancia. El demandante interpuso recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que fue desestimado por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 26 de febrero de 2018 (AS 2018, 1245), recurso 840/2017. El accionante formuló recurso de casación para la unificación de doctrina desarrollando dos motivos. En él solicita que se declare la nulidad de su despido. 3. En el escrito de impugnación del recurso de casación unificadora presentado por ENAIRE se alega el incumplimiento del requisito de contradicción respecto de los dos motivos. El Ministerio Fiscal informa a favor de la desestimación del recurso.

TERCERO. 1.- En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción de las siguientes normas: 1) El art. 175 del II Convenio Colectivo de los Controladores de Tráfico Aéreo (RCL 2011, 418). 2) La disposición adicional décima del ET en la redacción conforme a la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) y la disposi-

ción transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012. 3) El punto 3º de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010 (RCL 2010, 1053). 4) Los arts. 14 y 35 de la Constitución (RCL 1978, 2836) en relación con el art. 14 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos, el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) y el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383). La parte recurrente argumenta que la jubilación forzosa por edad de los controladores aéreos es discriminatoria y vulnera el art. 14 de la Constitución, por lo que solicita que se declare la nulidad de su despido. 2. La disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010 establece: "3. Los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad". La justificación jurídica para que ENAIRE procediera a extinguir el contrato de trabajo del actor es la citada norma jurídica porque, tras la Ley 3/2012, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa desaparecieron (aunque el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre (RCL 2018, 1769y RCL 2019, 80), ha restablecido la jubilación forzosa), afectando así al II Convenio colectivo de los controladores aéreos que se hallaba ya en ultraactividad. En consecuencia, con independencia de la posibilidad o imposibilidad de que los convenios colectivos aborden la jubilación forzosa, un texto normativo con rango legal impone la jubilación forzosa de estos trabajadores. 3. El art. 14 de la Constitución y el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) consagran el principio de igualdad. Los tribunales garantes últimos de ambos textos han establecido que la igualdad es violada sólo si la desigualdad está desprovista de justificación objetiva y razonable, añadiendo que tal justificación debe analizarse llevando a cabo un examen de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (sentencia del TC número 22/1981 (RTC 1981, 22).

La sentencia del TS de 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1765), recurso 138/2016, declaró conforme a derecho la jubilación forzosa de los controladores aéreos, por tratarse de un colectivo en el que, tanto por la naturaleza de su trabajo, como por sus condiciones, estaba justificada tal medida. En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias del TS de 18 de febrero de 2020 (RJ 2020, 1146) (dos), recursos 969/18 y 982/18; 21 de febrero de 2020, recurso 1114/18; y 17 de septiembre de 2020 (PROV 2020, 302306), recurso 2486/2018, que resolvieron la misma controversia litigiosa. Así, la sentencia de este Tribunal de 18 de febrero de 2020, recurso 982/18 (RJ 2020, 860), argumentó que "es exigible que la delimitación de la edad para el mantenimiento de la relación laboral mediante la fijación de la jubilación forzosa ha de estar amparada en una justificación objetiva y razonable que esté ligada a una finalidad digna de protección. Y tal condicionante se da en este caso porque, como precisa la propia exposición de motivos de la Ley 9/2010, el establecimiento de la edad de jubilación guarda directa relación con las concretas circunstancias en las que desarrollan su trabajo los controladores aéreos. La medida legislativa tiene como finalidad la de evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia que sobre el interés general pueden tener factores como el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas. Todo ello se pone en evidencia en la propia ley cuando establece un régimen según el cual los contralores de tránsito aéreo han de someterse de manera continuada a controles psicofísicos que permitan constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar las funciones operativas de control. La jurisprudencia constitucional que quepa presumirse razonablemente una disminución de facultades a una edad determinada en relación con actividades que exigen unas condiciones físicas o intelectuales determinadas (STC 22/1981, antes citada)." 4. La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supues-

to enjuiciado, por un elemental principio de seguridad jurídica y ante la inexistencia de razones que justifiquen un cambio de criterio, obliga a desestimar este primer motivo del recurso.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

La jubilación tradicionalmente se ha concebido desde una doble perspectiva. En primer lugar, se ha constituido como una causa de ineptitud para el trabajo a partir de una determinada edad. Esto es, que a partir de una edad determinada en la ley, se presumía que el trabajador ya no era apto para desempeñar las funciones de su puesto de trabajo. En segundo lugar, la jubilación tiene atribuida una finalidad de descanso. Esto es, que tras una dilatada vida laboral el trabajador se merece un descanso retribuido, que se le proporcione unas rentas, sin tener ya que trabajar más.

La STC 22/1981, de 2 de julio, establece que no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral. Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen. Y aún más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada, sino sólo de los trabajadores por cuenta ajena a que se refiere el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores, que no se hallen expresamente excluidos del ámbito regulado por dicha Ley. De tal suerte que esa presunción de ineptitud desaparece si al llegar a la edad fijada el trabajador ejerciere libremente la misma actividad profesional. En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud "iuris et iure" carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial.

En este sentido y por las mismas razones ya se tuvo que modificar la regulación específica de este colectivo de trabajadores para que no se vieran obligados a dejar su actividad a los 57 años, como establecía **el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010**, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo.

La **disposición final segunda** de la **Ley 36/2010**, del Fondo para la Promoción del Desarrollo, publicada en el BOE del día 23 de octubre, **modifica el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010**, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, para que así los controladores aéreos puedan seguir trabajando después del cumplimiento de la edad de 57 años.

Así, conforme a esta nueva redacción, cuando los controladores alcancen los 57 años de edad deberán renovar o revalidar el certificado médico a que se refiere el artículo 25 del Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo, cada 6 meses como máximo.

De hecho, la normativa anterior, Orden de 1 de julio de 1953, como la jurisprudencia de entonces del Tribunal Supremo, se oponían a esta figura, al considerar que la jubilación debía ser estrictamente una decisión unilateral del trabajador.[1]

Ahora, con mayor razón podemos decir que es claramente contrario a los arts. 14 y 35.2 de la CE y 17 del ET,[2] ya que no se puede presumir "iuris et de iure" sin prueba en contra que por el sólo hecho de cumplir una determinada edad ya se es inepto para seguir realizando las funciones de dicha actividad. Esto debe ser demostrado en todo caso. Existen otras situaciones de riesgos que requieren de autorización y extrañan un peligro para terceros y sin embargo no se prohíben a partir de una determinada edad, como es la licencia de piloto civil o la licencia para conducir, donde la aptitud o no para seguir realizando dicha actividad se comprueba objetivamente mediante la superación o no de un reconocimiento médico. Lo mismo habría que argumentar en el supuesto en cuestión, donde los controladores aéreos cuando alcancen los 65 años de edad deberían renovar o revalidar el certificado médico, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo, mediante la superación del correspondiente reconocimiento médico cada x tiempo. Anualmente o cada seis meses, por ejemplo.

En cuanto a la función de relevo generacional y permitir el acceso a los trabajadores más jóvenes, las sentencias del TC de 22/1981, de 2 de julio y 280/2006, de 9 de octubre ya establecieron que se debe garantizar una oportunidad de trabajo a las personas en paro, por lo que no podrá suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo. Tampoco puede suponer una falta de concreción o de mínima enumeración de las medidas en el convenio colectivo, esto es, una exposición vaga o global, genérica de política de empleo en la empresa, que como destaca la doctrina es lo que suele ocurrir en la realidad,[3] pues los convenios se limitan a reproducir el tenor literal de la Ley y no prevén medidas específicas y por lo tanto en mi opinión se deben considerar como nulas dichas cláusulas.

---

1 Álvarez Cortes, J.C., "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF. 1ª)", en AA.VV., *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo y normas concordantes*, Laborum, Murcia, 2019, págs. 102 y 103.

2 Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, págs. 3 y 4.

3 Muros Polo, A., "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, núm. 26, 2021, pág. 105 y Charo Baena, P. y Guerrero Jarreño, R., "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019, págs. 214 y 215.

En definitiva, la jubilación no puede dejar de ser un derecho o facultad del trabajador, una opción libre de éste para ser un instrumento empresarial, en definitiva, una forma de despido.[4]

En mi opinión esta finalidad se podría cumplir con los controladores aéreos que se jubilasen voluntariamente, pues la jubilación debe de dejarse de ver como una causa de ineptitud por alcanzar una determinada edad y concederle el estatus de derecho del trabajador a un descanso retribuido. Esto es, que tras una dilatada vida laboral el trabajador se merece un descanso retribuido, que se le proporcione unas rentas, sin tener ya que trabajar más. Pero siempre desde una perspectiva voluntaria, en consonancia con las tendencias políticas de retrasar la edad de jubilación y promocionar y premiar el trabajo después de la edad de jubilación que debe ser voluntaria.

Además, también se ha declarado discriminatorio el hecho de despedir siempre a trabajadores mayores en lugar de a los jóvenes, que precisamente obedece a una decisión estratégica por parte del empresario, tendente a la renovación generacional. Precisamente porque no se ha demostrado que estuvieran menos capacitados los trabajadores mayores que los jóvenes lo que supone una discriminación por razón de edad.[5] Argumento que también se podría esgrimir perfectamente en contra de la jubilación forzosa.

Aunque en alguna ocasión se haya declarado la inconstitucionalidad de la edad ordinaria de jubilación forzosa por el carácter de la normativa que la albergaba. Así, la sentencia 177/2019 de 18 de diciembre de 2019 con base a que era una normativa de Comunidad Autónoma y que la legislación laboral y de Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado vulnerado el artículo 149.1.17 de la CE. Yo entiendo que, como hemos visto anteriormente, es igual de inconstitucional aunque los declare una normativa estatal por vulneración de los arts. 14 y 35.2 de la CE. Sí que estaría de acuerdo que tiene una incidencia sobre la cuestión, la naturaleza de la normativa, cuando se trate de un convenio colectivo el que establezca la edad de jubilación forzosa. En este caso porque los convenios se entienden que son pactos entre los representantes de los empresarios y los representantes de los trabajadores, que están plenamente capacitados para representar a los trabajadores en materia de derecho del trabajo y Seguridad Social y por lo tanto, aunque sea indirectamente a través de sus representantes, se entiende que han aceptado voluntariamente la vinculación de dicho convenio y no se le ha impuesto como se hace a través de una Ley. Aunque en este tema el legislador, como se sabe, ha tenido mucho vaivenes a través de la D.A. 10ª del ET que a lo largo de los años ha ido permitiendo o prohibiendo sucesivamente dichos pactos de jubilación forzosa en convenio colectivo, para acabar con la actual regulación. El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, que ha reinstaurado, con efectos de 1 de enero de 2019, la capacidad de los convenios colectivos de establecer jubilaciones obligatorias por edad (D.A.10ª, ET).

4 Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en AA.VV., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019, pág. 24 y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2008, pág. 6.

5 Sentencia Juzgado de lo Social Nº. 33 de Madrid, Sentencia 323/2020 de 18 Nov. 2020, Proc. 876/2020.

Sin embargo, por las razones que hemos esgrimido antes, es decir, la jubilación debe de dejarse de ver como una causa de ineptitud por alcanzar una determinada edad y concederle el estatus de derecho del trabajador a un descanso retribuido. Esto es, que tras una dilatada vida laboral el trabajador se merece un descanso retribuido, que se le proporcione unas rentas, sin tener ya que trabajar más. Pero siempre desde una perspectiva voluntaria en consonancia con las tendencias políticas de retrasar la edad de jubilación y promocionar y premiar el trabajo después de la edad de jubilación que debe ser voluntaria. Debe ser una decisión unilateral que no se debería poder suplir por pactos colectivos.

4. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortes, J.C., "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF. 1ª)", en AA.VV., *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo y normas concordantes*, Laborum, Murcia, 2019.

Charo Baena, P. y Guerrero Jarreño, R., "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en AA.VV., *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. IV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019.

Muros Polo, A., "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social (Laborum)*, núm. 26, 2021.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2008.



ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE POR ENFERMEDAD COMÚN PREVIA AL MATRIMONIO, DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE DE SU CELEBRACIÓN.
STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 87, del 23 de enero de 2020

WIDOW'S PENSION ACCESS IN CASE OF HUSBAND´S DEATH DUE TO COMMON DISEASE, WITHIN THE YEAR OF CELEBRATION OF THE MARRIAGE.
Judgment Number 87 of TSJCLM, January 23, 2020

Luis Ernesto Alemán Madrigal
Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Centroamericana
Universidad Americana
Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León
luis_e_aleman@hotmail.com ORCID ID 0000-0003-3318-6967
Recepción de trabajo: 26-07-2021 - Aceptación: 04-01-2022
Páginas: 329-337

■ 1. HECHOS Y ANTECEDENTES. ■ 2. PROBLEMA SUSCITADO Y POSICIONES DE LAS PARTES. 2.1. Posición de la demandante. 2.2. Posición de la demanda. 2.3. Hechos probados. ■ 3. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. 3.1. La delimitación de la situación protegida. 3.2. Clases de prestaciones. 3.3. Requisitos para el acceso a las prestaciones por supervivencia. 3.1.1. Períodos de calificación exigidos. 3.1.2. Otros requisitos. ■ 4. RESOLUCIÓN DEL TSJCLM. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Desestimación al recurso de suplicación interpuesto en contra del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, a través del cual se pretendía el carácter vitalicio de pensión de viudedad, previamente desestimado en sentencia dictada por el Juzgado de lo Social tercero de Toledo. A la recurrente, le fue reconocida por resolución del INSS pensión de viudedad temporal de conformidad a lo establecido en el artículo 222 LGSS al no acreditar el período de convivencia y no tener hijos en común. El tribunal confirma en suplicación la negativa a la recurrente pues no acredita la convivencia previa a la celebración del matrimonio a través del certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba admitido en el derecho.

PALABRAS CLAVE: Viudedad, fallecimiento por causa común, convivencia, sin descendencia.

ABSTRACT

Dismissal of the petition filed against the National Institute of Social Security and the General Treasury of Social Security in which it was intended gain access to the widow's pension for life, previously denied in judgment of the third social court of Toledo. The appellant was granted a temporary widowhood pension according the article 222 of the Social Security act, due to the inability to prove the required living together period and not having children in common. The TSJCLM confirms the refusal of a widow's pension for life by not proving the coexistence period prior the celebration of the marriage through the registration certificates requires by the law or any other means of proof admitted by law.

KEYWORDS: Widow's pension, death due to common cause, coexistence, without offspring.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES

La actora contrajo matrimonio con el causante el 09 de enero del 2017, figurando ambos en el domicilio conyugal desde el 13 de enero del 2016. El causante falleció el 09 de junio del 2017, cinco meses posteriores a la celebración del matrimonio.

La actora solicitó pensión de viudedad al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en lo sucesivo INSS, solicitud resuelta a través de resolución estimatoria de la pensión del 17 de julio del 2017 emitida por el INSS, en la que se otorgaba pensión de viudedad temporal y en la que se establecía que la prestación se extinguiría el 30 de junio del 2019. Por disconformidad con la resolución de pensión, la viuda interpone recurso administrativo, resuelto a través de resolución administrativa del 31 de octubre del 2017 en la que se declara sin lugar el recurso interpuesto y se confirma el carácter temporáneo de la pensión de viudedad.

2. PROBLEMA SUSCITADO Y POSICIONES DE LAS PARTES

El otorgamiento de la pensión temporal de viudedad por parte del INSS se fundamenta en el supuesto de hecho regulado en el art. 222 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)[1] el que reconoce el acceso a la pensión de viudedad temporal al cónyuge superviviente, en los casos en el que el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común, dentro del año de celebración del matrimonio, sin que existan hijos en común y sin probar la convivencia previa a la celebración del matrimonio por un período mínimo de cinco años.

2.1. Posición de la demandante

La actora, a través del recurso de suplicación, impugna de contraria la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Toledo que ratifica las resoluciones administrativas emitidas por el INSS. Con el recurso de suplicación, la agraviada pretende exponer su disconformidad con la sentencia emitida, a través de dos motivos, procurando la revisión de los hechos probados y examinando el derecho utilizado en la resolución de la causa; no obstante, en la exposición argumentativa del recurso, la agraviada se enfoca en realizar una valoración subjetiva de la puebas practicadas, sin solicitar en su recurso una revisión fáctica de ellas al tribunal de alzada y reproduciendo diversas sentencias de diferentes órganos jurisdiccionales relativas a la forma de acreditación del período de convivencia establecido en el art. 219.2 LGSS.

1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

2.2. Posición de la demandada

El INSS ha motivado sus resoluciones administrativas y su posicionamiento en la vía jurisdiccional en que el fallecimiento del causante fue previo al cumplimiento del año del matrimonio, a que no tenían hijos en común y que sumando la convivencia previa y la celebración del matrimonio no ha sido demostrado que la convivencia total sea superior a los dos años de acuerdo a lo establecido en la parte in finde del art. 221.2 LGSS.

2.3 Hechos probados

A instancia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1ª, de conformidad a lo indicado en STSJCLM 87/2020,[2] se consideran hechos probados los siguientes: 1) que fue reconocida pensión de viudedad temporal tras el fallecimiento del esposo, prestación que se extinguiría el 30 de junio de 2019; 2) que se interpuso reclamación previa ante el INSS en la que interesaba el carácter vitalicio de la prestación, la que fue desestimada mediante resolución del 31 de octubre del 2017; 3) que el causante falleció el 09 de junio del 2017 por enfermedad común, que la pareja contrajo matrimonio el 09 de enero del 2017, que no tuvieron hijos en común y que ambos figuran empadronados en el mismo domicilio desde el 13 de enero del 2016; y que 4) según la base de datos del sistema público de pensiones y de la agencia tributaria, así como en la base de datos del fichero de afiliación del causante, consta como domicilio CALLE002 nº NUM005, NUM006, de Cedillo del Condado, distinto al empadronado AVENIDA000 nº NUM002, NUM002 de Alcaudete de la Jara que compartía con la recurrente.

3. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A la eventualidad de que, tras el fallecimiento de una persona, le sobrevivan otras ligadas por lazos de parentesco las que dependían económicamente de la persona fallecida, produciéndose un estado de necesidad en las personas sobrevivientes,[3] fue tenida en cuenta desde la implementación de los primeros mecanismos de protección social, siendo generalmente, el cónyuge y el conviviente supérstite, así como los huérfanos de menor edad, los que han constituido los grupos sociales vulnerables, hacia los que se ha procurado dar cobertura.[4]

2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Social de Castilla-La Mancha 87/2020, de 23 de enero de 2020.

3 Contrario a ello, nos hace reflexionar Daniel Hernández González (2017, pág. 239) quien citando el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo: "la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica".

4 En la misma línea Erika Díaz Muñoz (2020, pág. 11): "La persona de esta prestación puede fallecer, durante su vida laboral o ya pensionado. Generalmente en ambas situaciones es altamente probable que haya beneficiarios del causante, miembros de la familia directa, con derecho a una prestación en dinero, para suplir los ingresos de la persona fallecida a la familia que ya no los recibirá".

Con el establecimiento de los seguros sociales se inició[5] una etapa de reconocimiento de prestaciones económicas en favor de la viuda del trabajador fallecido, así como de los hijos menores de edad, eventualmente logrando protección otros familiares,[6] siempre que, de acuerdo al modelo contributivo del seguro social, quedasen acreditados los requisitos de convivencia y dependencia económica con el causante.[7]

3.1. La delimitación de la situación protegida

Las prestaciones derivadas del seguro de muerte y supervivencia, tienen como propósito subvenir a las situaciones de necesidad que se crean en las personas dependientes económicamente de otra,[8] [9] cuando ésta fallece.[10]

El supuesto de hecho para el acceso a la protección, en consecuencia, suele requerir de dos elementos concurrentes: de una parte, la muerte; de otra, la dependencia económica, elemento que presenta un gran número de variantes, que pueden ser tomadas en cuenta por los diferentes ordenamientos jurídico en materia de seguridad social.

---

5 Esta implementación inicial de protección a los sobrevivientes dependientes económicos del fallecido, se correspondía con unos modelos de familia que se han venido modificando en las sociedades de forma paulatina. En un principio las pensiones de viudedad se articularon siguiendo una estructura familiar caracterizada por el hecho de que uno de sus componentes (la mujer) se dedicaba al cuidado de los miembros del hogar, por lo que, la muerte del marido suponía un impacto económico difícil de superar. La paulatina incorporación de la mujer al mercado laboral, la aparición de nuevos modelos familiares (monoparentales, reconstituidas, biparental, de crianza, ensambladas, etc.), la proliferación de las uniones de hecho, la introducción de nuevas culturas que permiten la poligamia, el aumento de las parejas del mismo sexo, han alterado los presupuestos en que se articularon las pensiones de viudedades, propiciando su modificación.

6 Juan Carlos Álvarez Cortés citando a Argüelles Blanco (2011, pág. 228) señala que la seguridad social debe de proteger todo tipo de relación estable de familia, quedando en un plano inferior el vínculo que las origine, siendo lo único relevante la existencia continua en el tiempo de los lazos afectivos que vinculan a las partes adecuando el concepto de familia a cada realidad social vigente.

7 En cuanto a la dependencia, señala Djamil Kahale Carrillo (2011, pág. 4): "La definición de contingencias protegidas se hace, generalmente, por el estado de necesidad que determinadas situaciones provocan al ciudadano. Por consiguiente, resulta necesario conocer y determinar si por el hecho de ambos cónyuges trabajen y uno de ellos fallece, no se produce una situación protegible por la Seguridad Social en relación con el sobreviviente. Independientemente, de cual fuere la decisión social que se adopte, no se le debería hacer depender de la individualización de los derechos. En este sentido, los supuestos, que se presentan son distintos y distinguibles entre sí, que no se condicionan mutuamente, a no ser que lo que se pretenda es negar que la situación de viudedad sea una situación protegible por la Seguridad Social a consecuencia a la incorporación de la mujer al trabajo, pero utilizando realmente como argumento para esa decisión la individualización de los derechos de seguridad social."

8 Así Juan Carlos Álvarez Cortés (2011, pág. 228) indica que las prestaciones por muerte y supervivencia, tienen como fin "salvaguardar una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente del matrimonio por el fallecimiento del cónyuge".

9 A diferencia de otras prestaciones económicas en las que el bien protegible es la incapacidad de ganancia y en la que la naturaleza de la prestación o bien es indemnizatoria o reparadora, las prestaciones derivadas del seguro de muerte son sustitutivas de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante.

10 Parafraseando a Juan Gorelli et al (2013, pág. 244) las prestaciones de muerte y supervivencia se pueden definir como aquellas que tienen por finalidad proteger a los familiares de un trabajador o pensionista fallecido, ante la pérdida de ingresos y el aumento de gastos que se derivan de su muerte. Con estas prestaciones se protege el riesgo de la extinción de la vida humana, la que genera estados de necesidad para aquellos que estaban unidos por vínculos familiares con el fallecido.

En el ordenamiento jurídico español, el seguro de muerte tiene como objetivo fundamental subvenir las necesidades básicas de los dependientes económicos del asegurado o pensionado fallecido,[11] siendo beneficiarios, conforme los art. 219 y siguientes de la LGSS:

- El cónyuge superviviente,
- El cónyuge separado o divorciado, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, o pareja de hecho y que ostentarán previo al fallecimiento del causante pensión compensatoria. También tendrán derecho a pensión de viudez las mujeres que, aún sin tener pensión compensatoria, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio mediante sentencia firme, archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, orden de protección dictada a su favor, informe del Ministerio Fiscal que indica la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género o cualquier otro medio de prueba admitido por el Derecho.
- Habiendo mediado divorcio, en concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, tendrán derecho a la pensión de viudedad en la misma proporción al tiempo vivido con el causante, sin que, en ningún caso, el cónyuge superviviente reciba menos del 40 por ciento, o en su caso, quien, sin ser el cónyuge, conviva con el causante al momento del fallecimiento
- El superviviente al que se le ha reconocido indemnización por nulidad matrimonial, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o pareja de hecho. Pensión que será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.
- A la pareja de hecho unida al causante al momento del fallecimiento, siempre que logre acreditar que sus ingresos juntos con los del causante en el año previo al fallecimiento no hayan alcanzado el 50 por ciento de estos, del 25 por ciento en caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a orfandad.
- Los hijos e hijas del causante, sin importar su filiación, menores de 21 años o incapacitados para el trabajo de cualquier edad. También serán beneficiario de la pensión de orfandad los menores de 25 años que no efectúe trabajo por cuenta ajena o propia o que efectuándolo, los ingresos que obtengan sean inferiores, en el cómputo anual, a la cuantía anual del salario mínimo interprofesional.
- Otros familiares o sobrevivientes que dependan económicamente del fallecido.

3.2. Clases de prestaciones

Las prestaciones que genera la muerte de la persona asegurada o pensionada en relación con el sistema de protección social, suelen ser de dos clases:

a. La defunción provoca necesidades de enterramiento, funerales, etc., que generan gastos los que son generalmente sufragados por los familiares del difunto, lo que conlleva para la familia

11 Ver art. 217 LGSS.

un incremento en los gastos, lo que origina que se suela conceder una prestación de subsidio funerario o de compensación por los gastos que provocaron el enterramiento del fallecido.[12] [13]

b. A la vez, la muerte provoca la privación de ingresos con los que subsistían las personas que convivían y dependía económicamente de la persona fallecida. La necesidad de protección surge, en este caso, en la supervivencia de los dependientes económicos y de su ausencia de ingresos.

3.3. Requisitos para el acceso a las prestaciones de supervivencia

Aparte del fallecimiento del causante, las prestaciones derivadas del seguro de muerte suelen estar condicionada por otros requisitos, unos de carácter general relacionados con la exigencia de unos períodos de afiliación o cotización, y otros, específicos de la prestación pretendida.

3.3.1. Períodos de calificación exigidos

El requisito de cotizaciones previas para las pensiones de supervivencia, en específico las de viudedad, conforme el art. 219 LGSS, es de 500 días de cotización en los últimos cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento en los casos que el causante se encuentre de alta, en caso contrario, el causante debió de haber completado un período mínimo que 15 años de cotización. En los casos que la muerte fuera consecuencia de accidente sea de origen profesional o no, o sea derivada de enfermedad profesional, no se exigirá período de cotización previo.

3.3.2. Otros requisitos

Además de los períodos de cotización y convivencia previa, la atribución de las prestaciones por muerte y supervivencia, a favor del cónyuge o del conviviente superviviente pueden quedar condicionados a la acreditación de otros requisitos, como:

- Existencia de matrimonio previo, reconociéndose únicamente la pensión a quién fuera cónyuge legítimo del fallecido. Sin embargo, se viene observando una tendencia en la mayor parte de los sistemas a reconocer también pensión a la persona que convivía con el fallecido sin estar casado, siempre que antes del fallecimiento existiese un período de convivencia o, sin existir períodos de convivencia que existan hijos en común.
- En los casos de divorcio, separación o nulidad del matrimonio algunos sistemas suelen repartir la pensión entre quien es cónyuge o conviviente de hecho en el momento del fallecimiento y quién hubiese sido anteriormente cónyuge o conviviente de hecho, tal y como lo establece la LGSS.
- En sistemas de protección social latinoamericanos, no solo se reconoce pensión de viudedad a quién haya sido cónyuge, sino también a quién ha convivido con el fallecido, sin haber

12 Protección derivada a la vez del principio de integralidad, que persigue la fórmula de protección social "de la cuna a la sepultura", promulgada por la Organización Internacional del Trabajo.

13 Art. 218 LGSS.

formalizado la situación (concubinato, compañera de vida, unión de hecho (concubinato o pareja de hecho).

- Otro requisito suele ser la exigencia al cónyuge superviviente el cumplimiento de una determinada edad (la que se suele situar en la franja entre 40 y 55 años), la existencia de una incapacidad permanente al trabajo previo al fallecimiento del causante o el tener menores a cargo. Se suele suponer, en tales supuestos, que el cónyuge superviviente no podrá acceder con facilidad al mercado de trabajo por razones de edad, incapacidad o carga familiar, por tanto, no podrá procurarse ingresos propios.

- En los sistemas de protección social basados en la técnica del seguro social, históricamente la pensión de viudedad se garantizaba con mayor facilidad al cónyuge superviviente femenino, salvo que, de tratarse de sexo masculino, no tuviese derecho a pensión propia y estuviese afectado por una incapacidad permanente previa al fallecimiento de la causante[14]. No obstante, la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la constante equiparación de los sexos, origina que la tendencia pase por reconocer dicha pensión a uno u otro de los cónyuges supérstites.[15]

- En los casos en que el cónyuge no cumpla con la totalidad de los requisitos exigidos para el otorgamiento de la pensión de viudedad, suele establecerse el reconocimiento de una prestación temporal, por lo general de uno o dos años de duración.

- Es común que el nuevo matrimonio o la nueva convivencia de la persona que venía percibiendo la prestación de viudedad origine la extinción de la pensión, aunque existen casos aislados en que, aunque el cónyuge superviviente contraiga nuevo matrimonio, permanece la percepción de la prestación por un período temporal que suele situarse entre 12 a 24 mensualidades de la cuantía que se venía percibiendo.

4. RESOLUCIÓN DEL TSJCLM

El TSJCLM decidió desestimar el recurso de suplicación y confirmar las resoluciones previas emitidas por el INSS y la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Toledo, en la parte conducente

14 Ejemplo de ello encontramos en el régimen general del seguro social nicaragüense regulado por el Decreto No. 974, "Ley de Seguridad Social" y Decreto No. 975, "Reglamento General de la Ley de Seguridad Social", ley que en su artículo 57 establece: "Son beneficiarios de la pensión de viudez, la esposa o compañera, el esposo o compañero inválido que hubiera dependido económicamente del causante" y reglamento que contempla en el artículo 67: "El viudo inválido mientras dure su invalidez o mayor de 60 años sin derecho a pensión de vejez, dependiente de su cónyuge, tendrá derecho a la pensión señalada..."

15 Camila Arza (20177, pág. 23) en la misma línea señala: "Si bien en la mayoría de los países las pensiones de supervivencia también están disponibles para los hombres viudos (cónyuges de mujeres con derechos jubilatorios), las mujeres son las principales perceptoras de estos beneficiarios que han sido históricamente un instrumento esencial para la protección económica de las mujeres durante la vejez".

al derecho de seguridad social por que la recurrente no logró demostrar el período de convivencia necesario con el causante de la prestación.

Para acceder a la prestación de viudedad vitalicia, la recurrente tenía que haber acreditado mediante certificado de empadronamiento, o a través de cualquier otro medio probatorio en Derecho, una convivencia estable y notaria en un período ininterrumpido superior a dos años previos al fallecimiento del causante.

El TSJCLM señala que el Tribunal Supremo reiteradamente ha señalado que la convivencia puede acreditarse no solo a través del certificado de empadronamiento, sino mediante otros medios de prueba admisibles en derecho.[16] Para el caso de interés, la recurrente no logró evidenciar en función de cualquier medio probatorio admitido en Derecho, el período de convivencia exigido por la LGSS, y los que fueron presentados no reunían los elementos necesarios para que, con toda claridad, detallaran y concretaran el período de convivencia requerido *ex lege*.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés, J.C., "Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso". *Temas laborales*, 109, 2011.

Arza, C., "El diseño de los sistemas de pensiones y la igualdad de género ¿Qué dice la experiencia europea?". *Serie Asuntos de Género*, 2017.

Decreto No. 974, Ley de Seguridad Social. Nicaragua: Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 49 del 01 de marzo de 1982.

Decreto No. 975, Reglamento General de la Ley de Seguridad Social. Nicaragua: Publicado en *La Gaceta Diario Oficial* No. 49 del 01 de marzo de 1982.

Díaz Muñoz, E., "Prestaciones económicas". Texto autoformativo: Curso sobre formación de Educadores/Divulgadores en Seguridad Social. Madrid: Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2020.

Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M., Álvarez Alcolea, M., de val Tena, Á.L., Gutiérrez Pérez, M., *Lecciones de Seguridad* Social. 3. ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.

Hernández González, D., "Caracterización de las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social Española. Reformas estructurales y paramétricas bajo un enfoque económico-actuarial". Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Kahale Carrillo, D.T., "La reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y a las nuevas formas de familia y convivencia: propuestas de reforma". *Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*, 2011.

Sentencia No. 899/2017. Madrid: Tribunal Supremo. Sala de lo Social, 2017.

16 Criterios que de conformidad al segundo fundamento de derechos de la Sentencia No. 899/2017 de la Sala Social del Tribunal Supremo de Madrid pueden identificarse en las siguientes sentencias: "STS/4ª de 20 julio y 17 noviembre de 2010 —rcud. 3175/2009 y 911/2010, respectivamente-; 26 enero, 15 abril, 3 mayo, 21 junio, 6 julio y 21 y 29 de noviembre 2011— rcud. 1556/2010; 2754/2010, 2781/2010, 2897/2010, 3128/2010, 1226/2011 y 232/2011, respectivamente-; 25 junio 2013 —rcud. 2528/12—; y 15 diciembre 2014 -rcud. 536/2014)".



RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. STC 172/2021 de 7 octubre

RECOGNITION OF PERMANENT DISABILITY AFTER EARLY RETIREMENT DUE TO DISABILITY. STC 172/2021 of October 7

José Antonio Rueda Monroy

Investigador postdoctoral contratado

Universidad de Málaga

ruedamonroy@uma.es ORCID ID 0000-0001-8716-040X

Recepción de trabajo: 04-01-2022 - Aceptación: 08-02-2022

Páginas: 338-349

■1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA CUESTIÓN JURÍDICA Y LA METODOLOGIA DEL ANÁLISIS. ■2. SOBRE LAS CONDUCTAS RECÍPROCAS: LOS HECHOS. ■3. LA INSTITUCIONALIDAD. 3.1. Una cuestión de legalidad ordinaria. 3.2. La alteración impropia de los términos del debate hacia el terreno constitucional. ■4. LA SOCIALIDAD: EL CONTEXTO. ■5. A MODO DE EPÍLOGO. ■5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Se aborda el comentario de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en la STC 172/2021 de 7 de octubre que revoca la mantenida por el Tribunal Supremo que impedía el acceso a la incapacidad permanente a las personas con discapacidad jubiladas anticipadamente *ex* art. 206.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Se demanda en amparo el reconocimiento de la gran invalidez por vulneración del artículo 14 CE derivada —sostiene la recurrente— de una interpretación discriminatoria de la norma en sede de suplicación y casación. Tanto el fondo del asunto como el iter procesal invitan al análisis desde la perspectiva de la justicia relacional, para lo que analizamos los vacíos de justicia que se producen en las dimensiones de la reciprocidad (hechos), institucionalidad (legalidad) y "socialidad" (contexto).

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, discriminación, incapacidad permanente, jubilación anticipada.

ABSTRACT

The comment on the doctrine emanating from the Constitutional Court is addressed in STC 172/2021 of October 7, 2021 that revokes the one maintained by the Supreme Court that made it impossible to access Permanent Disability to people with disabilities who retired early ex art. 206.2 of the General Law of Social Security. The recognition of the great invalidity due to violation of article 14 CE derived —maintains the appellant— of a discriminatory interpretation of the norm in the seat of appeal and cassation is demanded in protection. Both the merits of the matter and the procedural interim invite analysis from the perspective of relational justice, for which we analyze the gaps in justice that occur in the dimensions of reciprocity (facts), institutionality (legality) and sociality (context).

KEYWORDS: Disability, discrimination, permanent disability, early retirement.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA CUESTIÓN JURÍDICA Y LA METODOLOGIA DEL ANÁLISIS

Los términos de la controversia en amparo, que se exponen ahora de forma preliminar y sucinta, traen origen inmediato en una Sentencia del Tribunal Supremo[1] que resolvió que había que entender que las personas con discapacidad jubiladas anticipadamente al amparo del artículo 206 LGSS lo eran de forma ordinaria y que, por ende, no podían ser reconocidas de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes de acuerdo con lo previsto en el artículo 195.1 LGSS. Un voto particular de esta sentencia, emitido por Dª Mª Luisa Segoviano, dirige por primera vez en el proceso las miras hacia el artículo 14 CE, lo que hace conducir la petición de amparo al Tribunal Constitucional que finalmente lo admite y concede.

Obsérvese que en este simple extracto que se ha resaltado para poner en situación a quien lee estas líneas, subyace un entramado de relaciones o conductas recíprocas interconectadas, de normas jurídicas y, por supuesto, un contexto social que afecta tanto a la relación como a legalidad y, naturalmente, a la *ratio decidendi* de la sentencia.

En la dimensión fáctica e interactiva del caso se encuentran la persona con discapacidad jubilada anticipadamente y la Administración, concretamente el INSS, que niega la posibilidad de reconocimiento de la incapacidad permanente en este caso, originándose así el conflicto judicial.

Por otro lado, encontramos la dimensión reguladora —o normativa— y su aplicación e interpretación al caso concreto, lo que *prima facie* parece que trasciende el ámbito de la legalidad ordinaria para orientarse hacia el de los derechos fundamentales.

Y, por último, como en cada resolución jurisdiccional, los juzgadores tendrán que engranar las conductas recíprocas apreciadas con las instituciones jurídicas aplicables, lo que se ha de visualizar en la exposición de razones que determinen el sentido del fallo.

Esta consideración sobre las mencionadas dimensiones se corresponde con el enfoque de justicia relacional[2] que nos permite "indagar la realidad de la relación jurídica, en su orientación a la jus-

1 STS núm. 512/2020, de 24 de junio, desestimatoria del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1411-2018. Recurso que fue interpuesto contra la contra la STSJ del País Vasco núm. 81/2018, de 16 de enero de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 2487-2017. Esta última resolución estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) contra la sentencia núm. 194/2017, de 12 de julio del Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián. Este Juzgado estimó la demanda interpuesta por interesada contra las resoluciones del INSS que le habían denegado el reconocimiento de la prestación.

2 Véase sobre la idea de justicia relacional, *in extenso*, AA. VV. (Márquez Prieto, A. Coord.), *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017 o Márquez Prieto, A., *Repensar la Justicia Social. Enfoque Relacional. Teoría de Juegos y Relaciones Laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008.

ticia o en su separación de ella", identificando para ello "los vacíos de justicia".[3] Consecuentemente, y como nos proponemos aplicar dicho enfoque al presente comentario, se divide el mismo en los tres apartados que siguen: sobre las conductas recíprocas (los hechos); la institucionalidad (el conjunto de normas aplicables y su interpretación); y la "socialidad" (contexto, red de relaciones). Y es que, como se tratará de exponer, la sentencia que se comenta ofrece una buena oportunidad para profundizar en el enfoque de justicia relacional atendiendo tanto al núcleo de la cuestión como al recorrido procedimental del asunto.

Ciertamente, dos de las dimensiones comentadas, la reciprocidad y la institucionalidad, se identifican comúnmente en cualquier resolución administrativa o judicial en su distinción entre "antecedentes" o "hechos" y "fundamentos jurídicos",[4] lo que no ocurre con la "socialidad" "que permanece tantas veces, casi desapercibida, dentro del marco de los fundamentos de Derecho".[5]

2. SOBRE LAS CONDUCTAS RECÍPROCAS: LOS HECHOS

La sentencia de referencia parte del litigio judicial planteado por una persona con discapacidad que accedió por esta razón a la jubilación de forma anticipada, con 58 años, y que a sus 62 años vio denegada por el INSS su solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en grado de gran invalidez por dos motivos: (1) porque su cuadro patológico (deficiencia visual severa) era previo al inicio de su actividad laboral como vendedora de cupones y (2) porque a la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente era pensionista de jubilación.

Desestimada la preceptiva reclamación administrativa previa se interpuso demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián y que, estimándola, declaró la posibilidad del reconocimiento de la incapacidad laboral permanente. El juzgador de instancia, respecto al primer motivo de denegación administrativa de la prestación, invoca la doctrina contenida en la STS de 6 de noviembre de 2008 que no impide la calificación de incapacidad permanente cuando las deficiencias de salud de las personas con discapacidad se hayan visto agravadas con posterioridad a la afiliación, "provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías, una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación".

---

3 Márquez Prieto, A., "Justicia Relacional: enfoque, línea y método", AA. VV. (Márquez Prieto, A. Coord.), *Justicia Relacional*... op. cit., pág. 157.

4 Aunque la reciprocidad y la institucionalidad no tiene por que coincidir con lo que en estas secciones de la sentencia se exponga, siendo habitual que se encuentren notas de estas en los diferentes y tradicionales apartados de este tipo de resoluciones.

5 Márquez Prieto, A., "La cuantía de las prestaciones por desempleo y la reducción de jornada por guarda legal (SSTS de 2 de noviembre de 2004)", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum* Nº. Extra 1 (In memoriam a don Aurelio Desdentado Bonete), 2021, pp. 219-229, pág. 220.

Se encuentra en esta sede de antecedentes fácticos un claro vacío de justicia en la relación jurídica que une a la administrada con la Administración. Pese a que como reconoce la propia sentencia pudieran existir "dudas jurisprudenciales al respecto", existía jurisprudencia que consideraba un exceso el hecho de negar a los trabajadores con una trayectoria laboral significativa la posibilidad de acceder a la protección económica cuando sus deficiencias de salud impiden la continuación de la actividad productiva.[6] Este primer motivo de exclusión de la prestación solicitada por la —ahora— actora, evidencia una falta de reciprocidad provocada por la inobservancia plena por parte del órgano encargado de resolver la prestación de los datos y circunstancias concurrentes en el caso. En efecto, la limitación visual existía ya en el momento de inicio de la actividad laboral de la trabajadora, sin embargo, constaba en el expediente que en el momento de solicitud de la prestación la misma era notablemente superior a la existente en el momento de la afiliación. Del relato fáctico de la sentencia se aprecia cómo en el año 2013, cuando se accedió a la situación de jubilación anticipada, el grado de discapacidad reconocido era de más del 64 % y en la fecha de solicitud de la incapacidad permanente era del 93 %. Cierto y notorio es que estas patologías son frecuentemente agravadas por el paso del tiempo, por lo que no se han de desconocer las implicaciones de futuro que pueden acarrear las mismas en el ámbito laboral. Por tanto, una medida prevista por el legislador que procura la imposibilidad de acceso a la incapacidad permanente sobre patologías previas al inicio de la actividad laboral no puede conllevar el veto a la misma en condiciones distintas, como pudiera ser un notable agravamiento que, ahora sí, impide o dificultan la realización de actividades productivas y/o, además, como en el caso que se comenta, requieran la ayuda de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida. Resulta conculcada la reciprocidad en la relación jurídica esperada por la trabajadora demandante toda vez que su petición no ha sido atendida por parte de la Administración de forma adecuada y según habría correspondido en relación con lo que se acaba de expresar. Este extremo hizo surgir el litigio judicial.

Será el segundo de los motivos de denegación expresados en la resolución administrativa por el INSS el que cope el debate jurídico desde la suplicación hasta el amparo. Como se podrá comprobar a continuación, los términos de este debate planteado ante el TSJ del País Vasco se ciñen a una cuestión jurídica, por lo que procede seguidamente centrar el foco en la institucionalidad, en las normas jurídicas y su aplicación, y ello sin perjuicio de que en el último epígrafe se vuelva, adquirida una percepción completa de la problemática, a revisar las tres dimensiones de la relación jurídica.

6 Se hace referencia en la citada sentencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de abril de 2015, que señala que "negar a estos trabajadores que han llevado una dilatada vida laboral en esas duras condiciones personales la protección económica cuando se sienten vencidos por unas limitaciones físicas o psíquicas tan extraordinarias [...], supone una lectura equivocada del modo en que ha de valorarse su capacidad laboral residual".

3. LA INSTITUCIONALIDAD

3.1. Una cuestión de legalidad ordinaria

Defiende el INSS en el proceso la imposibilidad de la interesada de acceder a la incapacidad permanente por encontrarse jubilada en la fecha del hecho causante, lo que centra la cuestión jurídica en la aplicación e interpretación de dos concretos preceptos: los artículos 195.1 y 206.2 LGSS.

El primero de los citados contempla el no reconocimiento de prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando se "tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

Por su parte, el segundo apartado del artículo 206 LGSS, que se ocupa de la jubilación anticipada en caso de discapacidad, prevé la posibilidad de que la edad contemplada en el artículo 205.1.a) pueda "ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento" reglamentariamente, lo que se materializa en el *Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía*, que fija en su artículo 3 unos coeficientes de reducción de esta edad del 0,2 o 0,5 en relación con el tiempo efectivamente trabajado para las personas con grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% dependiendo de que necesiten o no, respectivamente, del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

El juego de estos preceptos es trascendental para la resolución del conflicto, y las posiciones de las partes con relación a ello son divergentes al entender el INSS que el acceso a la jubilación por la vía excepcional del 206.2 (a diferencia de lo que ocurre con respecto a la previsión contenida en el artículo 207 referida a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador) ha de acogerse con los mismos efectos que una jubilación ordinaria por no perjudicar económicamente a la prestación, tesis que finalmente es la acogida por el TSJ y el TS al considerarla como una jubilación propia o autónoma.

Dicho esto, en los antecedentes de la sentencia de amparo se destaca, del criterio contenido en la sentencia del TSJ del País Vasco y en tres sentencias del Tribunal Supremo (de fechas 21 de enero de 2015, 13 de junio de 2007 y 22 de marzo de 2006), que admiten el derecho al reconocimiento de la incapacidad permanente a personas jubiladas anticipadamente, siempre que no se haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación. Pese a ello, el TSJ del País Vasco entendió que allí se estaba ante diferentes supuestos por tratarse de jubilaciones anticipadas derivadas de causa no imputables al trabajador, ya que provenían de una pérdida de empleo. Viene a admitir esta Sala que los motivos que se prevén en el art. 207 sí permiten el acceso a la incapacidad y la modalidad del apartado segundo del artículo 206, no.

El Tribunal Supremo en la resolución del recurso de casación entiende que la referencia a la edad de jubilación contenida en el artículo 195.1 LGSS hay que acogerla de acuerdo "al variado régimen

jurídico que rodea a la protección de dicha contingencia", teniendo en consideración, por tanto, las diferentes modalidades. De conformidad con esta interpretación, la edad ordinaria actual será la que corresponda según la Disposición Transitoria 7.ª de la LGSS,[7] pero la misma se alteraría con las modalidades específicas como la que ahora tratamos. En palabras del propio Tribunal Supremo, "la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS". Si entendemos la edad que se deriva de la aplicación del artículo 206.2 LGSS como ordinaria, quedaría zanjado el debate, ya que daría pie a considerar este precepto incluido en la remisión efectuada por el artículo 195.1 de la misma norma.

Resulta interesante seguir centrando el análisis en la legalidad para intentar acercarnos a su forma idónea de aplicación o, lo que es lo mismo, a la más orientada hacia la justicia. Y es que, siguiendo el tenor literal del artículo 195.1 LGSS podemos apreciar cómo se remite exclusivamente a la edad de jubilación regulada en el 205.1.a) (65, o 67 años) y no fija regla especial alguna a la hora de contemplar los supuestos de jubilación anticipada contenidos en el artículo 206 LGSS. Dicho de otra forma, si la norma hubiese querido contemplar estas situaciones extraordinarias y limitar el acceso a la incapacidad permanente a las edades en ellos contempladas (las del artículo 206 LGSS), hubiese sido acertado incluir referencia expresa al artículo 206 en el precepto configurador de la incapacidad permanente.[8] Sin embargo, esto no es así y parece lo más lógico teniendo en cuenta la propia naturaleza del mecanismo de jubilación anticipada previsto para el colectivo. Partiendo de la premisa de que el artículo 206.2 introduce una medida de acción positiva, si el precepto que regula la exclusión a la incapacidad permanente no contiene remisión expresa a la misma, sería lo más justo que no se perjudicara a la persona protegida, en este caso la persona con discapacidad.

Atendiendo a las circunstancias de la legalidad que se acaban de exponer, podría existir un vacío de justicia tanto en la propia norma como en la aplicación que se pretende hacer de la misma por parte de los Tribunales señalados.

Centrándonos en primer lugar en la norma aplicable al caso, no parece que fije de forma clara la regla vigente para este supuesto fáctico concreto. Si bien resulta patente que en los casos de jubilación ordinaria (*ex* art. 205 LGSS) no se puede acceder a un posterior reconocimiento de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, nada se nos dice sobre tal posibilidad en los supuestos de jubilación anticipada (art. 206). Al no estar prevista esta particularidad en la norma se produce un vacío de justicia en la institucionalidad[9] por no encontrarse la misma debidamente orientada hacia la justicia, precisamente por esa falta de previsión de comportamientos que pueden surgir de las interacciones personales.

7 67 años, o 65, según se alcancen determinados periodos cotizados.

8 Lo propio se pone de relieve en algunos extractos de la sentencia.

9 Véase, sobre los vacíos de justicia que pueden darse en una norma, Márquez Prieto, A., La cuantía de las prestaciones... *op. cit.*, pág. 223. El autor distingue tres: "a) por no existir una regla obligatoria que oriente determinados comportamientos; b) por preverlos, pero sin orientarlos a la justicia; c) por no contemplar determinados supuestos más concretos o incluso excepcionales".

Con todo, la falta de esta previsión normativa no impediría una aplicación de la norma distinta a la efectuada en sede jurisdiccional, encontrando en esta practica otro vacío de justicia, La aplicación de la legalidad vigente se efectúa de forma inadecuada por parte de los tribunales al extender los efectos de la edad de jubilación ordinaria a estos supuestos excepcionales, sin considerar de forma adecuada sus particularidades, y a sabiendas de que de la propia norma no se infiere esa solución de manera categórica. Lo cierto es que la interesada no tenía la edad ordinaria fijada para la jubilación común establecida en el artículo 205.1.a) LGSS y otra interpretación del artículo 195.1 LGSS podría haber llevado a estimar la pretensión de la misma.

Con todo, la resolución del caso da un giro inesperado que viene motivado por un voto particular en la Sentencia del Tribunal Supremo emitido por la Magistrada (y actual presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) Doña María Luisa Segoviano. En el mismo, después de esgrimir motivos de legalidad ordinaria, se introduce el elemento discriminatorio partiendo de la negativa de "acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad", con las implicaciones constitucionales que lleva implícito este reconocimiento. Este voto particular parece que alienta a la recurrente a acudir al amparo invocando un derecho fundamental en sede constitucional que hasta entonces no había sacado a relucir, *id est*, la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, siendo este recurso admitido a trámite tras considerar acreditado el TC el requisito ineludible de la especial trascendencia constitucional en la inexistencia de doctrina constitucional sobre este problema o faceta del referido derecho fundamental, y plantear una cuestión jurídica "de relevante y general repercusión social o económica".[10]

3.2. La alteración impropia de los términos del debate hacia el terreno constitucional

Los términos del debate jurídico en amparo giran, como no podría ser de otra forma, en torno a la existencia o no de vulneración de un derecho fundamental, en este caso el contenido en el artículo 14 CE, especialmente en la vertiente de la prohibición de la discriminación, correspondiente a la segunda parte del precepto constitucional.[11]

Tenemos por un lado una norma que regula una medida de acción positiva que permite al colectivo de personas con discapacidad jubilarse en una edad más temprana a la ordinaria sin merma en la

10 La demanda de amparo incorporaba la iniciativa y apreciaciones de la parte en este particular haciendo hincapié en la inexistencia de doctrina constitucional sobre la materia y en la afectación de la resolución a "decenas de miles de pensionistas", lo que satisface, a juicio del interprete supremo, la carga de justificar el especial interés constitucional. Véase acerca de este requisito —en sentido estimatorio— la STC 17/2011, de 28 de febrero, y en —sentido estimatorio— la STC 146/2016, de 19 de septiembre. Asimismo, un análisis riguroso sobre el particular en Naranjo Román, R., *El recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

11 Confunde la recurrente en amparo el principio de igualdad con el de no discriminación tal y como pone de manifiesto el propio TC en el FJ 3. En este sentido, gran parte de la doctrina reconocen en este precepto dos partes diferenciadas: la primera reguladora del principio general de igualdad, la igualdad formal *estricto sensu*, y una segunda que acoge el principio de no discriminación. *Vid.*, entre otros, Rodríguez Piñero M. y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 157-173.

cuantía económica de la prestación. Pero por otro, a juicio del TSJ del País Vasco y del TS, esto impediría el acceso al reconocimiento de la incapacidad permanente posterior que sí es viable jurídicamente para otros casos de jubilaciones anticipadas. Esta interpretación que sostienen sendos tribunales es la que podría dar origen a la discriminación, entendiéndolo así el Ministerio Fiscal que destaca en su escrito de alegaciones que se fija un "trato desigual perjudicial" para las personas con discapacidad.

Obsérvese que la vulneración del derecho fundamental que ahora se invoca ya se venía padeciendo en sede de suplicación. El TSJ del País Vasco con la interpretación normativa realizada en su sentencia habría presuntamente incurrido en un supuesto de discriminación proscrito por nuestras reglas más básicas. Este aspecto es relevante si se pone en relación con la necesaria denuncia previa y formal en el proceso ordinario de la vulneración del derecho fundamental que exige el artículo 44.1.c) de la LOTC. De acuerdo con el rigor existente en cuanto a la exigencia de este requisito[12] existiría en este aspecto un óbice para la admisión del recurso, máxime si tenemos en consideración la necesaria conexión que se ha de mantener entre la argumentación de la especial trascendencia constitucional y la lesión producida en el derecho fundamental.[13] Es por ello que la admisión del mismo podría constituir un vacío de justicia en la dimensión de la institucionalidad.

La problemática que se acarrea con el traslado del debate al terreno constitucional no acaba con esta cuestion formal, sino que afecta también al fondo del asunto. Es cierto que la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* del año 2006 proscribe la "distinción, exclusión o restricción" por motivos de discapacidad, y que lo propio se garantiza en nuestro derecho autóctono en el precepto 14 CE, posibilitando todo ello el acceso al amparo, sirviendo además el primer instrumento de derechos humanos como guía exegética *ex* artículo 10.2 CE.[14] Pese a ello, no es menos cierto que en el supuesto que se comenta parece que podría no concurrir tal presupuesto discriminatorio, planteamiento que ha sido el sostenido por los dos votos particulares discrepantes con el fallo de la sentencia que se comenta habida cuenta de que se parten de me-

12 Si bien se encuentran resoluciones en las que se señala que "este requisito debe interpretarse de una forma flexible y con un criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la invocación tempestiva de la vulneración del derecho constitucional, a la 'exposición de un marco de alegaciones que permita al juez o tribunal ordinario cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional" (Sentencia del Tribunal Constitucional 153/2021, de 13 de septiembre. Recurso de amparo 1797-2020), estamos ante un requisito ineludible y que condicionaría la admisión del recurso dado el "carácter subsidiario del recurso de amparo que tiene como finalidad facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades, así como la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, y 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2, entre otras), dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 228/2007, de 5 de noviembre)" (Sentencia del Tribunal Constitucional 242/2015, de 30 de noviembre. Recurso de amparo 6469-2013).

13 Véase en este sentido, Naranjo Román, R., *El recurso de amparo... op. cit.*, pág. 180.

14 La proyección de la Convención es ingente. Sus efectos alcanzan a la interpretación de las normas comunitarias, ya que la misma ha sido también ratificada por la Unión Europea el 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo [2010/48/CE], DOUE 27-1-2010, Serie L 23/35), siendo trascendental en importantes resoluciones del TJUE. Véase, relacionada con el objeto de este comentario (discriminación por motivos de discapacidad) y con el de la *litis*, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, (caso "Daouidi").

canismos normativos distintos. El trato discriminatorio no solo se evidencia desde el análisis de un resultado desfavorable, sino que además resulta esencial el elemento comparativo, es decir, se ha de partir desde una situación análoga.[15] Sin perjuicio de seguir ahondando sobre el particular en el siguiente epígrafe, se aprecia que en la aplicación del artículo 14 CE podría existir un vacío de justicia que, sin embargo y paradójicamente, colmaría, de acuerdo con la resolución final del caso, los vacíos producidos respecto al empleo de la legalidad ordinaria.

4. LA SOCIALIDAD: EL CONTEXTO

Se ha tenido ya la oportunidad de indagar sobre los hechos y sobre la normativa vigente en la materia y aplicable al caso. Ambas cosas han posibilitado a los distintos juzgadores —aunque con desigual resultado— la resolución del conflicto, para lo que han tenido que integrar ambas facetas y construir su argumentación en la búsqueda de la justicia. Es en esa vertiente de creación, que se compone de interpretación y argumentación, donde cobra especial relevancia la contextualidad, ya que, en palabras de MÁRQUEZ PRIETO, "el sometimiento a la ley está referido a la integridad del ordenamiento, a todas las fuentes a las que se refiere el art. 1.6 del Código Civil, incluidos todos los principios, «incluida la finalidad de la norma en su contexto»".[16]

En este aspecto también se detectan vacíos de justicia, algunos provocados y reproducidos en las instancias jurisdiccionales inferiores y otros que nacen en el juicio constitucional. En cuanto a los primeros, se ha advertido con anterioridad de la posible interpretación y aplicación desacertada de los preceptos jurídicos conectados con el caso, los tribunales, en sus razonamientos, distinguen donde la Ley no lo hace y, a mayor abundamiento, también diferencian entre distintas modalidades de jubilación anticipada y régimen legal de aplicación sin que la norma contemple tal distinción.

Ante esta tesitura el TC se ve en la necesidad de responder desde la perspectiva constitucional, aprovechando la ocasión para dar un toque de atención al juzgador ordinario en relación con la aplicación de la legalidad. Pero en este punto, en el rastreo y razonamiento de la existencia de posible discriminación, encontramos también un patente vacío de justicia.

Como ya se ha adelantado, el TC concede el amparo bajo el argumento de la falta de justificación en la distinción entre las distintas modalidades de jubilación anticipada, de lo que deduce que "[..]

15 Véase por ejemplo la definición de discriminación directa contenida en el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: "cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra *en situación análoga* por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1". La igualdad en sí es un "tipo de relación" que adquiere significado en la resolución de las cuestiones relativa al "entre quienes" y "en qué". En este sentido, Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1993, pág. 54.

16 Márquez Prieto, A., La cuantía de las prestaciones... *op. cit.*, pág. 223.

toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo, las personas con discapacidad [...]". Sin embargo, esta afirmación es un claro ejemplo de un vacío de justicia en la argumentación de la sentencia. Si se tomara como referencia la máxima aducida por el TC y la relacionáramos con los argumentos recogidos en la resolución judicial, se comprobaría que una persona con discapacidad sí podría acceder a una prestación por incapacidad permanente siempre y cuando estuviera en alguno los supuestos del artículo 207 LGSS o en los casos de la jubilación anticipada del artículo 208. Es decir, los supuestos son distintos (tanto en lo que respecta a los presupuestos como a las consecuencias jurídicas, recuérdese que el supuesto del artículo 207 produce merma en la cuantía de la prestación), y por tanto al no ser los términos de comparación homogéneos, no puede haber lugar a discriminación. Tal y como venía defendiendo el TSJ y el TS, si una persona con discapacidad hubiese optado a la jubilación anticipada *ex* artículo 207 LGSS, podía tener el reconocimiento de la incapacidad permanente.

Entendemos por tanto que la interpretación sostenida por el TSJ y el TS no incide en cuestión alguna de posible discriminación siendo, por ende, respetuosa con el texto constitucional. Ahora bien, tal y como se ha mantenido *ut supra*, una interpretación distinta a la efectuada en sede jurisdiccional era posible y razonable respecto a la legalidad ordinaria, por lo que parece que mediante el remedio constitucional se ha querido rectificar un criterio erróneo previo sin orientación ni al contexto ni a la finalidad normativa.

En síntesis, se podría manifestar que no ha existido en este proceso judicial, ni tampoco en la vía administrativa previa, una argumentación correcta acerca de la totalidad del ordenamiento jurídico. Todos estos órganos de los distintos poderes del Estado deberían haber tenido en cuenta desde el inicio la operatividad del conjunto contextualizado de nuestro ordenamiento, siendo especialmente relevante en el caso que ocupaba los principios que se derivan tanto de la Constitución Española como de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* del año 2006, instrumentos que, pese a ser correctamente identificados en los fundamentos de derecho de las resoluciones, en su aplicación no se tuvo adecuadamente en cuenta sus contextos y finalidades.

5. A MODO DE EPÍLOGO

En este punto, conviene reflexionar y alcanzar una visión de conjunto para valorar cada una de las dimensiones y sus influencias entre sí.

El vacío de justicia que comentamos en cuanto a la interpretación normativa en sede administrativa habría evitado este pleito. El mismo vacío de justicia en la institucionalidad se mantuvo en el proceso judicial lo que provocó que el asunto llegara al amparo. Paradójicamente, el amparo se resolvió en sentido contrario a las resoluciones predecesoras bajo otro vacío de justicia, ahora en la aplicación del texto constitucional. El abrupto iter procesal y las idas y venidas de los juzgadores[17] en

17 Véase nota al pie nº 1.

las diferentes fases del procedimiento, tanto en la interpretación como en la aplicación del Derecho, impactan indudablemente en la —buena— "socialidad", en esa red de relaciones[18] y cultura que forma el contexto del ordenamiento jurídico. Pero, además, todo ello repercute directamente en la reciprocidad, en la conducta individualizada de los particulares.

No obstante, si se echa la vista atrás y se focaliza hacia ambas partes de la relación, se aprecia la falta de una buena reciprocidad interactiva desde el origen. Existe una falta de simetría *ad naturam* que se acentúa por la —por todos conocida— actuación mecánica o automatizada de la Administración, centrada, más que en la justicia, en la protección de unos intereses económicos mediante la aplicación interesada de la Ley, guía —la de la institucionalidad— que regla la relación y que ha de tener la virtualidad de orientar o canalizar las conductas de los distintos sujetos —la reciprocidad— hacia la justicia. Y en este sentido, se puede destacar para finalizar, la vinculación a la justicia social que tienen de origen estas reglas jurídicas de las que nos dotamos, especialmente las propias del Derecho del Trabajo,[19] donde cobra más protagonismo si cabe la reciprocidad en atención de las singulares relaciones que en este ámbito se producen.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (Márquez Prieto, A. Coord.), *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Márquez Prieto, A., *Repensar la Justicia Social. Enfoque Relacional. Teoría de Juegos y Relaciones Laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008.

Márquez Prieto, A., "La cuantía de las prestaciones por desempleo y la reducción de jornada por guarda legal (SSTS de 2 de noviembre de 2004)", Revista de derecho de la seguridad social. *Laborum Nº. Extra 1* (In memoriam a don Aurelio Desdentado Bonete), 2021.

Naranjo Román, R., *El recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Bobbio, N., *Igualdad y libertad,* Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1993.

Rodríguez Piñero M. y Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación,* Tecnos, Madrid, 1985.

18 Los particulares, en la mayoría de los casos ajenos a la institucionalidad y su importante ensamblaje, son desconocedores del proceso judicial y sus reglas y pueden no comprender esta divergencia de resultados y de criterios.

19 Vid. Márquez Prieto, A., *Repensar la Justicia Social, op. cit.* pp.15 y 16.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

REJLSS Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre - abril 2022 - núm 4 ISSN-e: 2660-437X



LOS ESTEREOTIPOS DE EDAD, GÉNERO O IMAGEN EN EL MERCADO LABORAL: Qué es la preselección digital de los empleados a través de las redes sociales y cómo evitarla

STEREOTYPES OF AGE, GENDER OR IMAGE IN THE LABOR MARKET: What is the Digital Pre-selection of Employees through Social Networks and how to Avoid it

Alejandra Selma Penalva

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

aselma@um.es ORCID ID 0000-0003-2116-0057

Recepción de trabajo: 11-11-2021 - Aceptación: 28-02-2022

Páginas: 351-364

■1. CONSIDERACIONES INICIALES. ■2. NUEVAS UTILIDADES Y PELIGROS DE LAS REDES SOCIALES EN UNA SOCIEDAD DIGITAL. ■3. CÓMO EVITAR LA PRESELECCIÓN DIGITAL DE LOS EMPLEADOS. ■4. OTRAS ESTRATEGIAS DE PRIVATIZACIÓN DE DATOS PERSONALES. ■5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Dado que los datos voluntariamente difundidos por el usuario en sus redes sociales constituyen una fuente de información mucho más amplia y completa que la que ofrecería una entrevista de trabajo, en los últimos tiempos, surgen nuevas técnicas destinadas a complementar los procesos clásicos de selección de personal, con una nueva fase de preselección de candidatos basada exclusivamente en la información que se puede obtener de ellos a partir de las búsquedas en Internet. En el presente trabajo se valora la legalidad de estas prácticas, haciendo hincapié en la tutela del derecho a la intimidad y en la protección de datos de carácter personal de los concurrentes a un empleo.

PALABRAS CLAVE: **Acceso al empleo, discriminación encubierta, principios éticos, límites legales.**

ABSTRACT

The data voluntarily disseminated by users in their social networks constitute a much broader and more complete source of information than that which a job interview would offer, in recent times, new techniques have emerged aimed at complementing the classic personnel selection processes, with a new phase of pre-selection of candidates based exclusively on the information that can be obtained from them from searches on the Internet. This paper assesses the legality of these practices, emphasizing the protection of the right to privacy and the protection of personal data of job applicants.

KEYWORDS: Access to employment, disguised discrimination, ethical principles, legal limits.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Si de lo que se trata es de clasificar los modelos de contratos de trabajo en función de la estabilidad laboral que reportan al trabajador, se aprecia que existen dos grandes grupos: la contratación indefinida y la contratación de duración determinada en el tiempo. Si se realiza una lectura detallada de la legislación laboral se puede apreciar que el contrato indefinido y a jornada completa es el contrato modélico utilizado en el Estatuto de los Trabajadores como parámetro de referencia para contruir el régimen protector propio de las relaciones laborales[1] (y es que sobre su base, las causas que justifican la contratación temporal se contemplan como excepcionales, al igual que también se ha de concretar con precisión la jornada concreta trabajada por los tabajadores a tiempo parcial con el fin de evitar situaciones de infracotización).

Pese a su reforzadísima configuración jurídica, la práctica demuestra que la contratación indefinida y a jornada completa es una alternativa cada vez menos elegida por las empresas españolas. A lo largo del último ejercicio económico únicamente el 7 % del total de los contratos celebrados en España lo han sido por tiempo indefinido, y solo el 4 % del total, indefinidos y a jornada completa.[2] Y lo que es más importante, los datos demuestran que no se trata ésta de una situación circunstancial, que se produzca únicamente en tiempos de crisis económica, sino que parece convertirse ya en un rasgo identificativo del mercado laboral español. Se trata éste de un problema que además, desencadena efectos muy serios en las condiciones de vida del trabajador por cuenta ajena, pues no sólo frustra las expectativas de estabilidad laboral que toda persona persigue a lo largo de su vida activa y les impide la independencia económica (con las serias repercusiones que esto desencadena sobre su vida familiar), sino que también en muchas ocasiones dificulta el acceso a prestaciones contributivas por desempleo (y es que, como es sabido, éstas requieren el cumplimiento de un periodo mínimo de carencia que es difícil de alcanzar si lo que se ha disfrutado es un contrato de trabajo de escasa duración temporal), comprometiendo así sus oportunidades de protección social.

Ante esta coyuntura, el Gobierno estudia adoptar medidas urgentes para contener las elevadísimas cifras de temporalidad y baraja iniciativas muy variadas como la de limitar la contratación laboral coyuntural únicamente al 15 % de la plantilla de la empresa o la de instaurar el contrato de trabajo único.[3] Sea cual sea la estrategia que finalmente se adopte, se intuye que el resultado será el de revitalizar la contratación estable en nuestro país. Si esto finalmente ocurre, las empresas, ahora más que nunca, estarán interesadas en reforzar la minuciosidad de los procesos de selección de personal, intentando prepararse para encontrar al candidato más adecuado para iniciar con él una relación

1 Casas Baamonde, M.E., "El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2015, págs. 710 y ss.

2 AAVV, "*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (año 2020)*", Consejo Económico y Social, Madrid, 2021.

3 Díaz Herrera, M. A., "El contrato único que viene", El Derecho, Grupo Francis Lefebvre, http://www.elderecho.com/laboral/Contrato_laboral-contrato_unico_de_empleo-reforma_laboral_11_596680001.html.

jurídica con vocación de permanencia. Y es entonces cuando los mecanismos de preselección de los candiatos a un empleo van a reforzarse, intentando dotar al proceso de una rigurosidad sin precedentes. De esta forma, buscando seleccionar el perfil más adecuado para atender las necesidades empresariales, incardinarse en la organización, alinearse con los intereses empresariales, satisfacer las demandas de los clientes o mejorar la imagen que la empresa transmite en el mercado, muchas empresas van a encontrar en el rastro digital que una persona haya dejado a lo largo de su vida una valiosísima fuente de información con la que deducir perfiles de personalidad, implicación y rendimiento que, muchas veces sin que el propio afectado sea totalmente consciente de ello, pueden condicionar la contratación o no de un candidato a un empleo.

No se puede negar que las redes sociales, utilizadas como forma de comunicación personal, han adquirido, en los últimos años, una inmensa importancia. No sólo el correo electrónico ha desbancado prácticamente cualquier otra forma de comunicación epistolar, sino que surge otra forma de comunicación personal, desconocida hasta hace no muchos años, esta vez indirecta y dirigida a un grupo amplio de destinatarios, materializada en forma de las redes sociales. Personas de toda edad crean y actualizan sus propios blogs o configuran perfiles de Twitter, Facebook, Messenger, WhatsApp o Instagram, dispuestos a compartir todo tipo de acontecimientos de su día a día y también reflexiones, opiniones o consideraciones personales de distinta índole con un entorno más o menos amplio de amigos, familiares, amigos de amigos, conocidos, o simples compañeros de trabajo. Puede decirse incluso que este tipo de perfiles virtuales dan lugar a una nueva modalidad de diario personal, en el que muchos deciden reflejar prácticamente todos los acontecimientos de su vida, aunque esta vez en formato digital y expuesto a otros usuarios.

En este contexto, ha de reconocerse que los datos voluntariamente difundidos por el usuario en sus redes sociales constituyen una fuente de información mucho más amplia y completa que la que ofrecería una entrevista de trabajo. A la vista de este hecho, en los últimos tiempos, surgen nuevas técnicas destinadas a complementar los procesos clásicos de selección de personal, con una nueva fase de preselección de candidatos basada exclusivamente en la información que se puede obtener de ellos a partir de las búsquedas en Internet. Se trata ésta de una práctica que, aunque en principio legal, puede generar episodios de discriminación encubierta en el acceso al empleo por motivos de edad, imagen, género, situación familiar o social, etc., que aunque quedan totalmente prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico, por el contexto en el que se han presentado, normalmente son muy difícilmente demostrables.

En el presente trabajo se valora la legalidad de ciertas prácticas empresariales consistentes en indagar en el rastro digital de los solicitantes de empleo con carácter previo a la contratación, haciendo hincapié en la tutela del derecho a la intimidad y en la protección de datos de carácter personal de los concurrentes a un empleo, al mismo tiempo que se proponen estrategias que las empresas pueden fácilmente utilizar, sin que esto represente un coste de ningún tipo, gracias a las cuales podrán demostrar que la información personal que exista en Internet no ha condicionado, ni directa ni indirectamente la elección de un candidato en un proceso de selección de personal, mejorando así la transparencia y objetividad del resultado.

2. NUEVAS UTILIDADES Y PELIGROS DE LAS REDES SOCIALES EN UNA SOCIEDAD DIGITAL

En una sociedad postpandémica, profundamente digitalizada, se hace imprescindible visibilizar el importante papel que las redes sociales pueden llegar a desempeñar en la selección de personal, muchas veces sin que el propio candidato a un empleo sea consciente de ello. Tanto es así que, en los últimos tiempos, 1 de cada 5 empresas reconoce haber descartado a un candidato por la información reflejada en sus redes sociales.[4] Y es que se ha de reconocer que, las redes sociales, de forma gratuita, otorgan mucha más información sobre una persona de la que puede reportar un *currículum* escrito, o incluso, una entrevista personal. En definitiva, la utilización de redes sociales en el entorno empresarial lleva aparejadas nuevas utilidades y nuevas controversias que es necesario visibilizar.

Dentro del gran volumen de información que manejan los buscadores de Internet podemos hallar, en cuestión de segundos, aquella que hace referencia a información de carácter personal relativa a personas físicas, y entre las diversas fuentes de información accesibles a través de Internet, sin duda destaca la infinidad de datos personales que pueden llegar a aportar las redes sociales.

Resulta ya un hecho indiscutible que a través de las redes sociales se recaba con gran facilidad una información que no puede ser obtenida a través de entrevistas de trabajo. Orientación sexual, situación sentimental, existencia de cargas familiares, convicciones políticas, creencias religiosas, ocio, hábitos de vida, o una tendencia al consumo frecuente de alcohol se pueden deducir con sorprendente facilidad de la mayoría de los perfiles sociales de los posibles candidatos a un empleo, pues no se puede olvidar, que su finalidad es, en la mayoría de los casos, facilitar el contacto entre personas que mantienen entre sí vínculos de familiaridad o amistad y por lo tanto, son los soportes propicios para difundir información estrictamente personal del titular de la cuenta.

No se discute que será discriminatoria y sancionable la práctica empresarial consistente en realizar preguntas de índole personal en las entrevistas de trabajo[5]. Pero lo que no se puede olvidar en ningún momento en que hay otra fórmula para acceder a esta información personal sin incumplir ninguna norma: indagar en el rastro digital que ha dejado a lo largo de su vida el concurrente al empleo.[6]

---

4 Según un estudio realizado por Infojobs, en la mayoría de los casos, son las fotografías y las opiniones religiosas o políticas radicales del candidato, junto con las faltas de ortografía incluidas en sus perfiles sociales, los motivos principales que llevan a las empresas a rechazar un *currículum*. https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-55-de-las-empresas-consulta-las-redes-sociales-de-un-candidato-antes-de-contratarlo.

5 Tal y como analiza Ríos Mestre, J.M., "Selección de personal", en AAVV, "*Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*", Sánchez Trigueros (dir.), ed. BOE, Madrid, 2018, págs. 615-635.

6 Como ya puso de manifiesto Llorens Espada, J., "El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos", *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, págs. 53-66.

Tanta es la información digital que hoy en día se puede obtener, de forma rápida y libre a través de las redes sociales que los departamentos de recursos humanos de las empresas llevan muchos años recurriendo a este tipo de plataformas para seleccionar a su personal. Tan frecuente es su utilización, que estos métodos de preselección de los candidatos a un empleo basados en los perfiles de personalidad elaborados a partir del rastreo digital de los retazos de información que, a lo largo de los años, una persona ha ido dejando en Internet, se empiezan a denominar "*recruiting 2.0*".[7]

Datos como su edad, nacionalidad, ideología religiosa o política, y por supuesto, la existencia o no de cargas familiares, son muchas veces apreciables con tan solo realizar un rápido recorrido por los perfiles que el sujeto ha configurado en distintas redes sociales. Y es que, muchas veces se pasa por alto que, los datos existentes en Internet ofrecen una visión bastante completa de la vida familiar de un sujeto, sus *hobbies*, su ideología política, los estudios que ha cursado, su nivel real de manejo de idiomas, orientación sexual, etc., permitiendo incluso realizar perfiles de personalidad que pueden llegar a ser valiosísimos en muchos ámbitos (como el *márketing* digital, campañas electorales, y por supuesto, la selección de personal).[8] Ahora bien, ¿se trata ésta de una práctica legal? ¿Se vulnera con ello el derecho a la intimidad de los candidatos a un empleo? ¿Se realiza un uso abusivo de las redes sociales, empleándolas para finalidades distintas a aquéllas para las que fueron creadas?

Contestando a estas preguntas debe decirse que no existe ninguna norma que, con carácter general prohíba la utilización de las redes sociales como factores coadyuvantes al proceso de selección de personal. A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos,[9] España carece de regulación alguna que limite este tipo de prácticas empresariales y, por lo tanto, jurídicamente, nada impide a las empresas (ni a ningún sujeto) realizar indagaciones tendentes a obtener información sobre los posibles candidatos a ocupar un puesto en su estructura, siempre y cuando la información se obtenga de forma lícita. Por ese motivo, analizar el rastro que esa persona ha dejado en Internet a lo largo de los años, siempre y cuando se utilice información de acceso libre, no deja de ser una práctica plenamente lícita en España, sin duda propia de la curiosidad inherente al ser humano.

La única limitación que impone nuestro ordenamiento jurídico es la de no incurrir en prácticas discriminatorias ni contrarias a la dignidad del trabajador (ni por supuesto, incumplir el deber de subrogación de plantilla en los fenómenos de sucesión de empresa). Así pues, salvaguardando la plena aplicación del art. 14 CE, el empresario dispone de una libertad cuasi-plena para seleccionar a la persona que estime más adecuada para desempeñar las tareas de cada concreto puesto

7 Sobre esta cuestión, De Pablos, S., "Recruiting 2.0. El impacto 2.0 en la búsqueda y selección de profesionales con talento", *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 23, núm. extra 248, 2010, págs. 19-24.

8 Al respecto, Christakis, N.A. y Fowler, J.H., "*Conectados: el sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan*", Taurus, Madrid, 2010.

9 En cambio, en países como Alemania, e intentando garantizar la protección del interés del usuario, el legislador limita la acción empresarial en los procesos de selección de candidatos. En concreto, a través de la denominada *Ley Facebook* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) se limita la información que las empresas pueden buscar a través de Internet de sus posibles trabajadores, legitimando únicamente la obtenida en redes profesionales, en las que las personas publican informaciones relativas a sus experiencias de trabajo y, por tanto, se considera razonable su utilización en un proceso de selección de personal.

de trabajo dentro de la organización productiva. Solo convencionalmente, las partes negociadoras, pueden introducir cláusulas limitativas de esta libertad contractual, como sería aquellas destinadas a dar prioridad al sexo menos representado, potenciar la estabilización laboral de los trabajadores temporales, recurrir a bolsas de contratación previamente configuradas, mejorar el cupo de reserva de puestos de trabajo a personas con discapacidad impuesto por la ley, etc. Recuérdese que las situaciones en las que, legalmente, se admite la discriminación positiva son tasadas y justificadas, centrándose por el momento únicamente en factores de género, edad o discapacidad, siendo nula, por discriminatoria, cualquier otra. Ahora bien, en este contexto, ¿cómo se podría evitar la preselección digital de los empleados?

3. CÓMO EVITAR LA PRESELECCIÓN DIGITAL DE LOS EMPLEADOS

Como cada año las estadísticas se ocupan de confirmar, existen ciertos colectivos de trabajadores que tienen más dificultades a la hora de conservar o acceder a un empleo: las personas de más edad,[10] las que tienen cargas familiares[11] o presentan cierto grado de discapacidad[12] suelen tener muchos más obstáculos en su carrera profesional, situación que se torna especialmente gravosa si se trata de personas de sexo femenino.[13]

A estos efectos, nadie discute que el hecho de rechazar a un candidato únicamente por cuestiones vinculadas a cualquier condición personal o social resultaría constitutiva no solo de un episodio de discriminación, sino también de una infracción muy grave en materia de empleo tipificada en el art. 16 LISOS. Pese a todo no existe ninguna noma que prohíba expresa o detalladamente la utilización de las redes sociales con estos fines.

Ahora bien ¿cómo actuar cuando la discriminación se produce de forma indirecta o velada? ¿Cómo se ha de actuar cuando la oferta de trabajo que se ha publicado y difundido no incluye

---

10 Viqueira Pérez, C., "La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros", en AAVV, *Edad, discriminación y derechos* (coord. por María Belén Cardona Rubert, Fernando Flores Giménez, Jaime Cabeza Pereiro), Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 277-289.

11 Cfr. García Piñero, N., "La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica (comentario a la STC 182/2005 de 4 de julio), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006, págs. 161-178; y Peña Gallo, M.L., trabajo de investigación presentado en el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, titulado "*El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido*", soporte digital.

12 Como ya puso de manifiesto en su momento, entre otros autores Sáez Blanco, M.T., "La discapacidad también tiene capacidades" en *Capital humano: revista para la integración y el desarrollo de los Recursos Humanos*, núm. 186, 2005, págs. 20 y ss.

13 Serra Cristobal, R., "El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 27, 2020, págs. 137-158. También, Ferrando García, F.M., "La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 428, 2018, págs. 19-54.

aparentemente ningún tipo de condición discriminatoria de acceso al empleo, pero la empresa, a la hora de realizar la selección efectiva del personal, sí tiene en cuenta estos datos para descartar directamente a aquellas personas que considera más vinculadas o coartadas por sus responsabilidades familiares, o que por su edad o apariencia física ofrecen peor imagen ante el público? ¿Existe alguna forma de demostrar que la selección de personal que se ha realizado no ha atendido en realidad a los aspectos profesionales sino a los personales de los candidatos? E incluso, en el caso de que fuera posible acreditar este hecho ¿la empresa ha incurrido verdaderamente en una forma de discriminación en el acceso al empleo que resulte sancionable, o simplemente está ejerciendo una de las manifestaciones lícitas del derecho a la libertad de empresa que proclama el art. 38 CE? Se tratan todas ellas de cuestiones muy difíciles de resolver, sobre todo, teniendo en cuenta que actualmente existe un elemento con el que, hasta hace pocos años, no se contaba: el importantísimo valor que las redes sociales pueden llegar a tener en la selección de personal, pocas veces manifestado pero sorprendentemente utilizado, que añade un factor más de complejidad al ya por sí difícil tema de la prevención de la discriminación en el acceso al empleo. Y es que, como resulta obvio, es especialmente difícil demostrar que el hecho de un candidato no haya resultado seleccionado está verdaderamente motivado por factores y circunstancias totalmente ajenos a su desempeño laboral.

Adviértase que, si la empresa osa formular preguntas de esta índole en una entrevista de trabajo, existen fórmulas muy sencillas de acreditarlo, y así, obtener el medio de prueba necesario para desplegar las consecuencias legales previstas ante este acto antijurídico de las que, con carácter general, los trabajadores ya son conocedores y, por tanto, están cada vez más preparados para defender sus derechos.[14] En cambio ¿qué puede alegar un sujeto que ni siquiera ha sido llamado para acudir a una entrevista de trabajo cuando la empresa, simplemente visitando sus redes sociales, ya ha decidido que no le interesa contratarlo? Y es que aportar un mero indicio de discriminación, en ese tipo de casos, puede ser extremadamente difícil.

Una vez apreciado que, por el momento, el ordenamiento jurídico español, aunque prohíba los episodios de discriminación de cualquier tipo en la empresa, no impone ningún tipo de límite a las búsquedas en Internet de los nombres de personas, se ha de plantear la siguiente cuestión: ¿cómo dotar de objetividad al proceso de selección, contrarrestando el enorme potencial que tienen las redes sociales? Y es entonces cuando se aprecia que los compromisos voluntariamente asumidos por las empresas y los acuerdos alcanzados sobre este tema en negociación colectiva pueden llegar a ser muy valiosos.

14 En concreto, cabe recordar que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo estimar que, aunque la grabación se haya realizado sin autorización del interlocutor (que nunca fue advertido de ello), y siempre que, del contenido grabado se infiera que no existió coacción o intimidación alguna a la hora de realizar las manifestaciones que se intentan demostrar, tiene plena validez como medio de prueba dado que no produce ninguna afectación del derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE), pues no hay interferencia alguna en la citada comunicación por parte de un tercero ajeno a la misma (entre otras STS de 19 de abril de 2013); sino que supone el simple registro de una conversación presencial por quien tenía acceso legítimo a lo hablado (STS de 13 de marzo de 2013), siempre que quien haya grabado la conversación sea el interlocutor y parte en el procedimiento donde quiera hacerse valer esa prueba. También, en estas mismas sentencias, se viene rechazando que exista una supuesta vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo ni a declarase culpable (24 CE), porque este solo juega en las relaciones directas con autoridades como la judicial o la policial, donde la cautela representada por el derecho a guardar silencio busca preservar, frente a la acción de aquellas, la integridad moral de quien está siendo objeto de indagación procesal-penal.

Al respecto, no se puede dejar de hacer referencia a la nueva tendencia consistente en admitir los denominados "currículum anónimos" o "currículum ciegos", a través de los cuales se intenta garantizar que finalmente se selecciona al candidato objetivamente más eficaz y mejor preparado para desarrollar las tareas propias del puesto, sin dejarse influir por estereotipos vinculados al género, edad, etnia, nacionalidad o incluso, discapacidad, de la persona, fácilmente constatables a la vista de la fotografía de los concurrentes. Por su propia naturaleza, estos currículums ciegos no incluyen tampoco el nombre del candidato, con el fin de garantizar que no se realiza una indagación encubierta a través de las redes sociales con el fin de extraer los datos personales omitidos en el currículum. Ahora bien, pese a su innegable utilidad para garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta en los procesos de selección de personal debe admitirse que se trata de una práctica todavía excepcional en las empresas españolas. Y es que, en ausencia de obligación legal, las empresas solo aplicarán este procedimiento voluntariamente, o si previamente se han comprometido a ello en convenio colectivo. De hecho, puede afirmarse que son todavía muy escasos los compromisos de este tipo incluidos en convenios colectivos nacionales o regionales. Debe recordarse que, en el seno de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, se ha puesto en marcha el proyecto piloto denominado "*Diseño, implantación y valoración del currículum vitae anónimo para la selección de personal*", iniciativa a la que, desde julio de 2017 se han adherido 78 entidades. Con esto, se quiere familiarizar a las empresas con las técnicas más innovadoras de selección de personal, centradas en la búsqueda objetiva del candidato que posea competencias más adaptadas al perfil profesional que se reclama, eliminado las connotaciones subjetivas relacionadas con otros aspectos como la edad, apariencia física, nacionalidad, o sexo. El objetivo final de esta "despersonalización" del proceso de selección de personal es conseguir que las empresas se comprometan con la igualdad de oportunidades, revalorizando el valor de la diversidad en la empresa. En cualquier caso, a pesar de los esfuerzos realizados, la práctica demuestra que las ventajas de esta fórmula todavía no han sido bien acogidas por las empresas de nuestro país, que han dejado pasar casi desapercibida esta sugerencia que se les realizaba. Y es que no se puede negar que, al carecer los expedientes del nombre propio del solicitante y de sus datos personales, no solo se evitan las connotaciones directamente asociadas a su género o edad, sino que también se elimina la posibilidad de realizar búsquedas por Internet del perfil del candidato, y con ello, se bloquea cualquier posibilidad de acceder a una información diferente a la conste en su currículum.

Desde otro punto de vista, ahora ya sin necesidad de omitir el nombre y la fotografía de los concurrentes en su solicitud de empleo, aunque igualmente olvidada por parte de la negociación colectiva española, se encuentra la posibilidad de incluir expresamente en el texto del convenio el compromiso ético de la empresa de no ayudarse de la búsqueda informática de los perfiles que el solicitante tenga en distintas redes sociales para completar el proceso de selección de personal.[15] Se trataría con ello de intentar asumir por medio de la negociación colectiva un compromiso de objetividad en la selección de personal que, sin llegar a revestir la intensidad que presentaría un

15 Jiménez Bonilla, D.M., "La ética y los valores como herramienta en los procesos de selección de personal", *Revista Empresarial*, vol. 11, núm. 42, 2017, págs. 38-44.

currículum ciego, si intenta al menos, emular el sistema existente en otros países de Europa, garantizando que, en ese concreto ámbito de actuación, la selección de personal únicamente se realizará en virtud de los méritos profesionales de los concurrentes.

Así pues, conviene tener presente que, a través del convenio colectivo, las empresas siempre pueden comprometerse a no realizar labores previas de preselección de candidatos en virtud del contenido de sus perfiles sociales o bien acordar utilizar únicamente plataformas profesionales (como LinkedIn u otras similares[16]), con el fin de que, el perfil de personalidad que se pueda inferir, con mayor o menor acierto, de la información difundida en redes sociales, no condicione el proceso de selección. Pese a todo, por el momento no es nada habitual encontrar compromisos de esta índole en el texto de convenios colectivos ni de sector ni de empresa, de nuestro país. En cualquier caso, ha de admitirse que, incluso en el caso de incluirse cláusulas convencionales con esta finalidad, se tratará de un compromiso muy difícil de aplicar y controlar en la práctica, lo que convertirá a este tipo de previsiones más bien en una declaración de intenciones que en verdaderas normas imperativas, pues ¿cómo se puede demostrar que la respuesta negativa que una empresa ofrece a un candidato en realidad no se ha basado exclusivamente en datos obtenidos a través de las publicaciones en redes sociales, aunque se hubiese comprometido a no utilizarlos? Dada la facilidad con que hoy en día se puede realizar cualquier tipo de búsqueda y la inmediatez de la obtención de resultados, demostrar que se han vulnerado los compromisos asumidos en este sentido resulta imposible. A estos efectos, debe decirse que, quizá para que estos compromisos pudieran ser verdaderamente efectivos y no meras declaraciones de intenciones, deberían ir acompañados del nombramiento de una comisión paritaria de selección de personal que, recurriendo a un sistema basado en la unidad de acto, garantizara que la decisión final de contratación se adopta, sin solución de continuidad, después de haber abierto y analizado detenidamente, en un mismo acto, los currículums presentados por los candidatos en sobre cerrado.

Además de ello, a estos efectos, se hace imprescindible concienciar a los sujetos negociadores de que la única forma de garantizar que el citado compromiso convencional verdaderamente se está respetando consiste en incluir, a ser posible en el propio texto del propio convenio colectivo, un catálogo de aspectos puntuables, encomendando además la valoración final de los méritos de los candidatos a una comisión de contratación, de composición paritaria e integrada por profesionales especializados que garanticen la objetividad del proceso selectivo y que podía designarse nominativamente en el seno del mismo proceso negociador para los años de vigencia del convenio.

En concreto, entre los aspectos puntuables, sin duda, deberían estar reflejados factores tales como el nivel de formación, la experiencia en el sector, el conocimiento de idiomas, la tenencia de carné de conducir, la resolución de un supuesto teórico o práctico vinculado al ámbito profesional en el que desarrollará su actividad, la superación de pruebas físicas si la actividad lo requiere, etc. (huelga decir que, a estos efectos, resulta imprescindible comprobar que a los candidatos se les exigen única

16 Aunque por el momento sea LinkedIn la red social con finalidad profesional más conocida, existen otras muchas, como pueden ser: Viadeo, Xing, About.me, Friendsandjob, Womenalia, Universia o Yammer.

y exclusivamente méritos relacionados o relevantes con el puesto al que se presentan, con el fin de evitar connivencias con finalidad fraudulenta ideadas para favorecer injustamente a un candidato). Solo así se habrá objetivado hasta tal punto el proceso selectivo que no quedará margen alguno para que, de forma discrecional, la empresa se pueda dejar influir por la impresión personal del candidato que ha construido a partir de la visión que, él mismo, ofrece a terceros a través de sus redes sociales.

3. OTRAS ESTRATEGIAS DE PRIVATIZACIÓN DE DATOS PERSONALES

A la vista de la trascendencia social que puede llegar a tener en la práctica laboral la huella digital que un sujeto ha ido dejando a lo largo de su vida, sin duda, en los próximos años, empezarán a proliferar las dos situaciones que se comentan a continuación:

PRIMERA: Las personas en general, especialmente aquellas en edad laboral, ejercerán con frecuencia el "Derecho al olvido" respecto a los posibles datos personales que hayan quedado reflejado en Internet. Se trata de un derecho hoy recogido en el art. 15 de la nueva LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, pero que históricamente tuvo su origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12) que enfrentaba al buscador de Internet Google contra el ciudadano español Mario Costeja. A esta respuesta del TJUE siguieron diversas resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, así como múltiples sentencias de la Audiencia Nacional sobre la materia.[17]

Resulta interesante destacar que, en la configuración actual de este derecho, los particulares, con el fin de garantizar la neutralidad de la red, pueden solicitar no solo la retirada de la información desactualizada, sino incluso, el bloqueo los vínculos que conducen a la información en los buscadores. Gracias al reconocimiento de este "derecho al olvido", hoy en día es posible proteger la privacidad y la reputación de las personas de una forma eficaz, aunque a cambio de ello se limite, en cierta medida, el derecho de la información de los usuarios de Internet.

Precisamente para garantizar el equilibrio entre dos derechos fundamentales como son, por una parte, la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (18 CE) y), por otra, el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (20 CE), la STJUE se ocupa de precisar que es necesario realizar una ponderación individualizada caso por caso, para alcanzar un equilibrio entre los diferentes derechos e intereses implicados, valorando de forma individualizada cada solicitud y, en particular, atendiendo al hecho de si, los datos cuya retirada se solicitan, tienen un particular

17 Aspectos que analiza con detenimiento Parra Sáez, S., "*El derecho al olvido y su incidencia en el ámbito laboral*", Trabajo Fin de Máster en Asesoría Jurídico Laboral, repositorio digital de la Universidad de Murcia, 2020 (inédito).

interés para el público en general (como ocurriría si afectan por ejemplo, a una persona pública o tienen especial relevancia social), en cuyo caso, no serán aceptadas.

En el ámbito de las relaciones laborales, el reconocimiento del derecho al olvido adquiere un importante papel cuando es ejercido por personas en búsqueda activa de empleo y potenciales emprendedores. Sobre esta cuestión, conviene insistir en que, en los últimos años está proliferando la selección de candidatos no solo en ofertas de empleo sino también en la toma de decisiones sobre inversión en proyectos empresariales, basándose en su rastro en Internet.

Pero si en general, en el siglo XI, un porcentaje altísimo de la población tiene ya un "rastro digital", estos porcentajes se incrementan al máximo entre la población más joven.

"Nativos digitales", acostumbrados a usar dispositivos electrónicos con acceso a Internet desde su nacimiento, creativos, sociables, consumidores incansables de entretenimiento e información digital, hasta el punto de estar acostumbrados a manejar hasta 5 dispositivos digitales a la vez. Estos jóvenes sobreinformados y multipantallas, demuestran tener diferentes inquietudes sociales y objetivos laborales que las generaciones precedentes, pues se encuentran particularmente interesados en desplegar las valiosas competencias y habilidades digitales que han adquirido con tanta práctica. No es un secreto que existe ya una nueva generación de jóvenes que se comunican mejor a través de imágenes que de texto, y que, a lo largo de los años, consiguen no perder la relación con las personas que han pasado por su vida a lo largo de los años, creando una inmensa red de contactos en redes sociales, aunque con un elevado porcentaje de ellos, se mantenga un contacto únicamente virtual. Estos datos, aparentemente irrelevantes, tienen una importancia práctica mucho más intensa de lo que a primera vista pudiera parecer: estos nuevos jóvenes se convierten en difusores, ante un amplio potencial de destinatarios, de cualquier acontecimiento social relacionado con su día a día, a los que le atribuyan el suficiente interés como para retrasmitir a sus contactos. Y es este ansia comunicativa la que, en el momento menos pensado, va a desplegar importantísimas consecuencias laborales: estos jóvenes, a lo largo de los años, han ido elaborando un registro exhaustivo de su vida diaria, inquietudes, relaciones, distracciones, gustos, ideas, conflictos, viajes, y hasta problemas personales, ofreciendo, sin saberlo, una información inmensa y gratuita a los potenciales seleccionadores.

Además, esta Generación Z es experta en acceder a medios de comunicación digital y plataformas de compras a través de Internet, participa activamente en foros de opinión, al mismo tiempo que comparte las noticias y eventos que consideran de interés en sus redes sociales, difunde sus opiniones personales entre sus contactos, participa en hilos de comentarios sobre temas de actualidad y forma parte de grupos "virtuales" con intereses e inquietudes comunes. El resultado es un rastro digital muy marcado del que es fácilmente extraíble un perfil de personalidad accesible por todos. Pero estos jóvenes ¿son conscientes del valor que puede llegar a tener la información personal que están regalando, aunque no utilicen su nombre real? ¿Verdaderamente son selectivos a la hora de incorporar nuevos contactos a sus redes sociales? Y es que, si en general, es difícil llegar a ser conscientes del inmenso valor que tiene la imagen personal, ¿cómo va a asumir esta circunstancia una generación de jóvenes que han crecido acompañados por la realidad virtual?

Esta situación hace por tanto previsible, que en los próximos años, cuando estos jóvenes alcancen edad laboral, se intensifique la utilización del "derecho al olvido", intentado con ello eliminar quizá la falsa impresión de irresponsabilidad o despreocupación que puede generar la imagen que en su más pronta juventud pudieran estar reflejando antiguas fotografías, reflexiones o vídeos que, a lo largo de los años, este sujeto o su círculo de amistades hubiesen podido estar compartiendo a través de redes sociales.

SEGUNDA: Al mismo tiempo, resulta obvio que, en este contexto, va a prosperar una nueva costumbre social: los usuarios de redes sociales, conscientes de las importantísimas implicaciones laborales de la información reflejada en ellas, crearán perfiles neutros. Es decir, adoptarán estrategias destinadas no a ocultar sus perfiles a personas ajenas al estricto ámbito de confianza (pues podría resultar quizá sospechoso que una persona, en el siglo XXI, careciese totalmente de redes sociales de ningún tipo), sino de simulación de perfección en virtudes, habilidades y competencias con el fin de resultar más valioso para las potenciales empleadoras.

Y es que, poco a poco, los usuarios de este tipo de servicios van a ser cada vez más conscientes de la enorme difusión y trascendencia social que pueden tener los comentarios, archivos o enlaces que desean compartir en su página personal pues, en realidad, y por mucho que quiera reforzar la privacidad de este tipo de redes sociales, existen todavía muchos resquicios en virtud de los cuales esta información puede ser vista (y posteriormente manejada) por otra persona, momento a partir del cual pueden, además, suscitarse las controversias laborales a las que se ha hecho referencia en este trabajo.

Si esto es así, ¿por qué no falsear la imagen que queda reflejada en estas páginas web, con el fin de aportar una visión mejorada de sí mismos, susceptible de llamar la atención de potenciales empleadores? Desde el momento en el que este uso intencionado de las redes sociales se generalice, ¿quién no estará tentado a transmitir una imagen ordenada y responsable en sus redes sociales, huyendo de cualquier manifestación de opinión con connotaciones religiosas o políticas que, llegado el momento pudiera influir en la opinión de una empresa contratante? Si esto es así, las siguientes preguntas resultan obligadas: ¿no está llamado el "*recruiting*" a desaparecer si se pueden alterar los resultados del proceso selectivo aportando información no veraz? ¿Estamos hablando de una práctica que será fugaz en nuestro modelo de relaciones laborales? O, por el contrario, ¿reforzarán su importancia este tipo de empresas de selección de personal, ampliando sus funciones ofertando también la verificación de la información incluida no solo en las hojas de servicios sino también en las redes sociales? Se trata ésta de una cuestión que solo el tiempo permitirá aclarar, pero que, mientras eso ocurre, transmite una idea bastante fiel de cuál será uno de los nuevos retos laborales a los que deberá enfrentarse la sociedad digital. ¿Ampliarán sus funciones las Agencias de Intermediación Laboral, ofertando no solo la selección del personal necesario, sino también garantizando que se ha realizado la verificación de la información que hayan aportado los propios candidatos en sus respectivos currículums y hojas de servicios?

4. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, "*Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España (año 2020)*", Consejo Económico y Social, Madrid, 2021.

Casas Baamonde, M.E., "El derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2015.

Christakis, N.A. y Fowler, J.H., "*Conectados: el sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan*", Taurus, Madrid, 2010.

De Pablos, S., "Recruiting 2.0. El impacto 2.0 en la búsqueda y selección de profesionales con talento", *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, núm. 23, núm. extra 248, 2010.

Díaz Herrera, M. A., "El contrato único que viene", *El Derecho*, Grupo Francis Lefebvre, http://www.elderecho.com/laboral/Contrato_laboral-contrato_unico_de_empleo-reforma_laboral_11_596680001.html.

Ferrando García, F.M., "La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral", *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 428, 2018.

García Piñero, N., "La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica (comentario a la STC 182/2005 de 4 de julio), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006.

Jiménez Bonilla, D.M., "La ética y los valores como herramienta en los procesos de selección de personal", Revista Empresarial, vol. 11, núm. 42, 2017.

Llorens Espada, J., "El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos", *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014.

Parra Sáez, S., "*El derecho al olvido y su incidencia en el ámbito laboral*", Trabajo Fin de Máster en Asesoría Jurídico Laboral, repositorio digital de la Universidad de Murcia, 2020 (inédito).

Peña Gallo, M.L., trabajo de investigación presentado en el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, titulado "*El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido*", soporte digital.

Ríos Mestre, J.M., "Selección de personal", en AAVV, "*Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*", Sánchez Trigueros (dir.), ed. BOE, Madrid, 2018.

Sáez Blanco, M.T., "La discapacidad también tiene capacidades" en *Capital humano: revista para la integración y el desarrollo de los Recursos Humanos,* núm. 186, 2005, págs. 20 y ss.

Serra Cristobal, R., "El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº. 27, 2020.

Viqueira Pérez, C., "La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros", en AAVV, *Edad, discriminación y derechos* (coord. por María Belén Cardona Rubert, Fernando Flores Giménez, Jaime Cabeza Pereiro), Aranzadi, Pamplona, 2019.



LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CINE: Una puesta al día a la luz de la película *El buen patrón* y la mirada de Fernando León de Aranoa

SOCIAL RIGHTS IN CINEMA: An Update in the Light of the Film *The good boss* and the Look of Fernando León de Aranoa

Francisco Griñán Doblas

Doctor en Comunicación Audiovisual y crítico de cine de Diario SUR

fgrinan@diariosur.es *ORCID ID 0000-0002-8054-5080*

Recepción de trabajo: 05-03-2021 - Aceptación: 07-03-2022

Páginas: 365-373

■1. CONTEXTUALIZACIÓN DE UNA OBRA PERSONAL. ■2. DEL BARRIO AL ASTILLERO, UN RETRATO DE LOS PERDEDORES Y SUS CONDICIONES. ■3. LA APERTURA INTERNACIONAL Y EL REGRESO A LAS HISTORIAS PERSONALES

RESUMEN

En este artículo se lleva a cabo un análisis introductorio a la filmografía de Fernando León de Aranoa desde el punto de vista de los derechos sociales y laborales a partir del estreno de 'El buen patrón', ganadora de seis premios Goya, entre ellos, mejor película. Inicialmente se repasa la carta de presentación del cineasta con su corto 'Sirenas', su impactante desembarco en el largometraje con 'Familia', de la mano del productor Elías Querejeta, que lo acompañará en toda su primera etapa hasta la emblemática de 'Los lunes al sol'. A continuación, se repasa su mirada incisiva en la sociedad actual a través de los perdedores, sus trabajos internacionales basados en adaptaciones de libros y la vuelta a los guiones de la casa con su última película.

PALABRAS CLAVE: **Fernando León de Aranoa, cine, derechos sociales, derechos laborales, precariedad, paro, inmigración, prostitución, Javier Bardem.**

ABSTRACT

The objective of this article is to develop an introductory analysis of the filmography of Fernando León de Aranoa from the point of view of social and labor rights after the movie premiere of 'The Good Boss', winner of six Goya awards, including best film. Initially, the short 'Sirens' is reviewed, in which he points some of his plot lines that will be developed from his first feature film 'Family', by producer Elías Querejeta, who will accompany him throughout his first stage until the emblematic 'Mondays in the sun'. Next, this work analyzes his incisive look at today's society through the losers, his turn towards international works based on book adaptations and the return to his own scripts with his latest film.

KEYWORDS: Fernando León de Aranoa, cinema, social rights, labor rights, precariousness, unemployment, immigration, prostitution, Javier Bardem.

Hay un par de líneas de diálogo en 'El buen patrón' que definen la película. Un subordinado con cara de circunstancias pregunta: "¿Qué dicen las pancartas?". Y el empresario le contesta sin despeinarse: "Lo que dicen las pancartas, nada bueno". En la irónica respuesta cargada de cinismo amenazador que pronuncia el personaje del patrón Julio Blanco se concentra la tragicomedia que nos relata Fernando León de Aranoa en su última cinta. Porque ahí también está el espíritu del protagonista omnipresente del filme, tan emprendedor como conservador, tan carismático como egoísta, tan seductor como despreciable —interpretado con maestría bipolar por Javier Bardem—, y la propia esencia argumental de esta trama que se calza los zapatos de un patrón para mostrar los problemas y sacrificios del propietario de una fábrica de básculas cuya máxima aspiración es rellenar ese hueco que le queda en su pared de trofeos a la innovación y la empresa. Y no es un reconocimiento cualquiera. Es el galardón a la excelencia empresarial. En la mirada aguda e incisiva de León de Aranoa no han faltado ni los aplausos ni los premios —Goya, Feroz, Forqué— y la candidatura española a la mejor película extranjera en los Oscar. A ese galardón ya aspiró hace casi dos décadas el cineasta madrileño con otra brillante tragicomedia, 'Los lunes al sol' (2002), que muchos han visto como el reverso de 'El buen patrón'. O a la inversa. Y lo son. Allí la película del trabajador, aquí la del empresario. Allí el parado, aquí el especulador. Pero lo último del director no es una respuesta a sí mismo. Ni una cruz a la cara de entonces. Porque si miramos con detenimiento su filmografía las condiciones laborales no presiden solo estas dos películas. Sino que están en el hilo argumental de sus fotogramas de ficción desde que escribió su primer guion.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE UNA OBRA PERSONAL

Si retrocedemos a ese principio también encontramos ya esbozada la constante del trabajo como definición de los personajes de Fernando León de Aranoa. Y ese principio es incluso anterior a su primer largometraje, 'Familia' (1996), ya que está en el personaje del abuelo del corto 'Sirenas' (1994), la carta de presentación de un entonces jovencísimo director que aquí se dejó tentar con sutileza por un elemento poco habitual en su cine: la fantasía. El viejo pescador (Txema Blasco) arrastra así la condición de único superviviente del naufragio del barco que se llevó consigo a sus catorce compañeros porque escucharon los cantos de sirena que venían del fondo del mar. El más mayor de todos, el más débil físicamente, fue el único superviviente porque estaba sordo. Esa magia de viejo Ulises que se salva de la muerte de las sirenas puntea este debut escrito por el propio director que recurre a las duras condiciones del trabajo en el mar para hablarnos de la falta de futuro de este abuelo viudo convertido en marinero en tierra. Elemento que se une a un par de ingredientes determinantes en los argumentos del cineasta que están por venir, por un lado la influencia de la familia, del lugar del que venimos, y por otro, las prostitutas, unos personajes secundarios que después pedirán más protagonismo en la obra del autor. El director y guionista ya expone en su primer cortometraje algunas de las preocupaciones que le acompañan desde entonces y que no tiene intención de abandonar.

'Sirenas' llegó a las oficinas del productor Elías Querejeta que, tras el guionista y director Manolo Matjí, se convirtió en el padrino/socio de León de Aranoa. O, visto hoy, en su buen patrón. Ya que hablamos de relaciones laborales, la carrera inicial de Fernando hasta 'Los lunes al sol' está marcada por su relación con el indispensable productor de 'El espíritu de la colmena' (1973) y 'El sur' (1983), una relación de entendimiento, también de aprendizaje por parte del novel director, que compartía con su mentor unas coordenadas cinéfilas y políticas muy similares. Así, dos años después de su primer ensayo corto, Fernando irrumpía en las carteleras con 'Familia', el primer puñetazo en la pantalla del joven cineasta que se llevó el premio Goya a la mejor dirección novel con esta historia de un patriarca de clase media/alta rodeado de su mujer, sus hijos, sus cuñados y la abuela en un día soleado en su gran chalet. Una película que desde el título invita a pensar que estamos ante un relato sobre las relaciones familiares, pero que un giro de guion lo transforma en una representación, en la puesta en escena de una familia feliz a cargo de un grupo de actores que han sido contratados por un tipo solitario y rico para encarnar a su parentela en el día de su 55 cumpleaños. Así, el cuento familiar que vemos en la superficie camina paralelo a una parodia más profunda con toques de drama sobre la soledad del hombre o las difíciles condiciones laborales de los actores que, para empezar, tienen que aceptar trabajos como éste para subsistir y para colmo tienen que transigir y meterse en el papel hasta el punto de que el cabeza de familia/contratista, Salvador (magistral Juan Luis Galiardo), meta mano a su presunta mujer —metáfora de esa mala fama del productor baboso y abusador que acabaría tomando cuerpo hace unos años en la figura de Harvey Weinstein—, amague con 'despedir' a su hijo pequeño por no ajustarse al casting —le parece gordo y lleva gafas— o haga uso del ordeno y mando para someter la voluntad de su 'prole'.

En este sentido, los análisis del debut de Fernando León de Aranoa siempre han puesto el acento en la disección de una de las instituciones humanas indispensables como es la familia y, evidentemente, el director juega con ello con una madurez poco habitual en un debutante. No obstante, uno de los hallazgos de la película ya viene desde el guion con esa traslación al ámbito laboral de la teatralización de una bucólica jornada de cumpleaños protagonizada por un coro de personajes sometidos en el que la figura principal de Salvador paga por sentirse como un patriarca autoritario, omnipresente y caprichoso. Con escenas reveladoras como la firma del contrato por parte de Ventura (Chete Lara), el cuñado en la puesta en escena cumpleañera y el organizador del evento con el resto de actores, que se corta con una hoja de papel y mancha el acuerdo con su propia sangre, anticipando así que tanto él como resto de intérpretes se dejarán la sangre en esta función por al patrón que, terminada la jornada, dice adiós a toda su prole obligada a abandonar la casa. Unos actores que se van algo conmocionados por lo vivido y resignados a su suerte de trabajo breve y precario. Mención aparte también merece la inclusión en el reparto de la película de dos mujeres fundamentales para el cine español de los 70 y del destape, Amparo Muñoz y Agata Lys, que alimentaron revistas y elencos para el consumo masivo. Aquí muestran su oficio y maestría para el drama, aunque no gozaron de muchas más oportunidades en el cine de las últimas décadas. Paradójicamente, realidad y ficción se confunden en las biografías de ambas intérpretes que acabaron como sus personajes en 'Familia': sin trabajo y olvidadas en sus respectivos fallecimientos a destiempo.

2. DEL BARRIO AL ASTILLERO, UN RETRATO DE LOS PERDEDORES Y SUS CONDICIONES

Con su siguiente trabajo, 'Barrio' (1998), Fernando León de Aranoa incidiría aún más en su mirada laboral. Con la historia de tres muchachos de extrarradio, Rai, Javi y Manu, que viven un verano caluroso de despertar al mundo adulto. Hijos de familias obreras, desestructuradas en algún caso, los chicos tratan de abrirse paso en un sistema que les queda grande y al que intentan adaptarse con pequeños engaños y trapicheos. De nuevo, la familia en el centro geográfico de la historia y, de nuevo, la situación laboral como condición de las actitudes y sueños de los protagonistas. Manu se busca un trabajo como telepizzero pese a que no tiene moto y reparte pizzas frías porque va en autobús, Rai no encuentra su su sitio y, cuando le roban la moto de agua que le ha tocado en un sorteo, se dedica a abrir coches, y Javi ve romperse su familia tras la denuncia de maltrato de su madre por la que su padre abandona la casa para instalarse en la furgoneta con la que hace pequeñas mudanzas. Economía de subsistencia, economía del día a día que solo rompe la historia del hermano de Manu, el triunfador que salió del barrio y viaja constantemente. Un héroe para el trío hasta que descubren que el ídolo es un drogadicto que malvive de la caridad de su padre, alcohólico y jubilado prematuramente. La precariedad laboral y ese alto índice de paro juvenil que arrastra nuestro país de forma endémica pese a las reformas laborales toma aquí forma en este verano de unos chicos damnificados por carencias afectivas, sociales y económicas que, pese a las lagunas que le rodean, intentan soñar. Lo intentan.

Estos mismos chicos ya mayores podrían verse como los protagonistas de la siguiente película de Fernando León de Aranoa, 'Los lunes al sol', de nuevo sustentada sobre un guion magistral y última colaboración del director con Elías Querejata. Fin, por esa parte, y principio, por otra, con la llegada de un coproductor que le acompañará a partir de entonces, Jaume Roures (Mediapro), y primera colaboración del cineasta con Javier Bardem que, a partir de aquí, se convertirá en su actor fetiche. El coro de personajes vuelve a ser el engranaje sobre el que navega esta historia de obreros de la industria naval varados por la reconversión industrial de los astilleros y que pasan sus días al solecito o en el bar de un compañero a la espera de un nuevo trabajo que les restituya el sueldo, la estima y la ilusión perdida. Con el personaje central de Santa (Bardem) como infatigable activista contra un sistema que no ofrece otra solución a los problemas que eliminarlos. Y ante lo que solo cabe la huelga, aunque un juez le condene por los gastos de romper una farola. Todos estos personajes forman un particular drama salpicado de humor sobre las contradicciones del paro en nuestro país, un universo que va desde la resignación a la desesperación, pasando por la resistencia y la dignidad. Ahora que la pandemia nos ha enseñado que convertir Asia en la fábrica de Europa y renunciar a los beneficios de la producción propia en sectores estratégicos tiene sus riesgos de desabastecimiento y de dependencia económica en caso de crisis mundial, merece la pena revisitar esta producción que bucea con inteligencia en una etapa conflictiva en la modernización de nuestro país para encontrarle el sentido al trabajo como creador de riqueza a niveles personales y colectivos frente al

simple y poderoso criterio de la cuenta de resultados como pensamiento único. Poniendo delante de la cámara las sombras y luces del parado, el sentido del proletariado en los tiempos que corren, los peligros de la anulación de la unión sindical y la necesidad de la solidaridad de clases en esa escena magistral en la que Santa le interpreta a un asustado niño el cuento de la cigarra y la "hija puta de la hormiga". Lejos de ofrecer ilusiones ópticas de 'happy end', León de Aranoa nos presenta de nuevo un relato de supervivientes que, aunque faltos de esperanzas, siguen navegando contra la marea pese al poco éxito.

Ese mundo del perdedor volvió a pedir un nuevo relato en la siguiente cinta de Fernando León de Aranoa, 'Princesas' (2005). Esta vez, el cineasta lleva su mirada al mundo femenino, que siempre había estado presente en sus películas, pero de forma secundaria. Y lo hace retomando aquellas dos prostitutas apuntadas en 'Sirenas' para convertirlas en personajes principales de otra cinta de barrio y familia protagonizada por Candela Peña (Caye) y Micaela Nevárez (Zulema). Barrio obrero como el que pespuntea a lo largo de su filmografía y familia poco convencional —¿alguna lo es en su cine?— formada por estas dos putas que se protegen, se quieren y se cuidan ante la desprotección y la soledad de sus actividades nocturnas. Por utilizar la cinefilia comparada, estas mujeres se encuentran un escalón todavía por debajo de los parados de 'Los lunes al sol'. Son trabajadoras en activo de la economía sumergida que, además de vivir al margen de cualquier derecho laboral, están sometidas a agresiones físicas y al estigma social de una profesión denigrante. A ello se añade la condición de inmigrante de origen dominicano de Zulema, con la que el director introduce una variante más en la galería de sus derrotados de la historia, dando entrada además a una última versión de la lucha de clases por la tensión entre el colectivo de prostitutas españolas y las extranjeras, a las que las primeras consideran culpables del descenso de 'ventas'. En el retrato de este mundo invisible a la sociedad está también un cambio de paradigma en la España de la comunidad económica europea al pasar de país emisor de mano de obra a receptor. Pero lejos de las bondades del Estado del Bienestar, Caye y Zulema se encuentran en la zona de sombra del sistema, dos mujeres con diferentes circunstancias pero condenadas a entenderse más allá de los orígenes ya que la red de la amistad cubre esa falta de protecciones sociales y de regulación laboral que supone ejercer la calle. Zulema se prostituye por su hijo pequeño que sigue en República Dominicana, al que envía dinero con fotos vestida de camarera en el bar de un amigo para enmascarar su verdadera condición y ofrecer una imagen de asalariada en el paraíso europeo. Personaje que recuerda otro rol de éxito frustrado y enmascarado: el del hermano de Manu en 'Barrio'. Sustentada de nuevo en un guion de diálogos con mensaje, esta película de León de Aranoa no le pierde la cara a sus 'Princesas' que, pese a la falta de oportunidades e indefensión, nunca renuncian a la dignidad, la honestidad y la humanidad. Lo que no quita que estemos ante una de las películas más melancólicas y descorazonadoras de su autor con parlamentos cargados de lucidez, como ese que suelta Caye ante un café y con un cigarro en la mano: "Lo peor no es que no haya nada después de la muerte, sino que hubiera otra vida y fuera como ésta".

Esa sensación de que el cine de Fernando León va alimentándose y surgiendo del anterior vuelve a manifestarse en su quinta película, 'Amador' (2010), una cinta en la que el mundo de la vejez y la de los sin papeles se encuentran para ocupar la primera línea de un relato con la variante —o el agravante— de la crisis económica mundial desatada por las hipotecas subprime y sus efectos colatera-

les en los que no tenían ni préstamos ni casas. En esas relaciones argumentales entre películas, el director no solo rescata al actor Celso Bugallo de 'Los lunes al sol', sino que resucita a su personaje de entonces, Amador, para llevarlo al título y contraponer su nombre al carácter de un anciano huraño al que su hija subarrienda su posible complejo de culpa contratando sin contrato a Marcela (Magaly Solier), una inmigrante latina para que cuide de su padre. Ella, vendedora de flores que las empresas tiran cuando no se venden y embarazada sin quererlo, toma este trabajo de verano mal pagado, pero remunerado al fin y al cabo ante la falta de perspectivas y la negativa de su novio a tener el hijo, lo que se une al rechazo del viejo. La joven no es la única que trabajará para el jubilado ya que en la cinta también aparece una fabulosa Fanny de Castro dando vida a la 'amiga' Puri que alivia a su cliente una vez en semana. Una prostituta madura a la que Amador llama "sirena", conectando con los personajes del primer corto del autor.

La película nos habla de la familia, el amor, la compañía, el egoísmo, la pobreza, la religión, la compasión, la responsabilidad, la desesperación, la injusticia, el rechazo y el abandono, aunque el motor de fondo de la película de Fernando León de Aranoa es la precariedad laboral de los extranjeros ilegales que todavía va a peor al plantear el filme un giro de guion brutal que empuja a Marcela a un dilema personal. Cuando la aparente fragilidad y bonanza de la chica rompa la coraza de Amador, la trama sacude al espectador con la repentina muerte del anciano, lo que volverá a dejar a la joven sin la protección del dinero ante su gestación y su soledad, lo que la obligará a elegir entre lo correcto —la confesión a su empleadora de la defunción y, por tanto, su despido inmediato— y la necesario —mantener en silencio la muerte y seguir cobrando-. Dentro de esa dificultad que supone trabajar para un inmigrante, el director pone su mirada en las contradicciones del ámbito laboral doméstico, donde los sueldos son excesivamente bajos, las horas desproporcionadamente ilimitadas y la cobertura social inexistente, todavía más para gente sin derechos como los sin papeles cuya capacidad de elección está completamente anulada por la realidad: o tener algo para comer o la miseria. Esta cinta es una de las que expone la cara oculta de la economía neoliberal, invirtiendo el director los términos al mostrar que la falta de honestidad no es la del inmigrante sin salida que guarda silencio para no perder el empleo, sino de los que abusan de ellos y los contratan aprovechando sus frágiles condiciones para mantenerlos en la indigencia y la necesidad.

3. LA APERTURA INTERNACIONAL Y EL REGRESO A LAS HISTORIAS PERSONALES

Llegados al sexto largometraje de León de Aranoa, la trayectoria del cineasta vivió un cambio sustancial. Bueno, un par de cambios. Hasta entonces su filmografía siempre había mirado a los problemas sociales de España, aunque con evidentes lecturas y paralelismos con otros países en este mundo globalizado. Pero el madrileño dio el salto con 'Un día perfecto' (2015), una producción española con vocación internacional y hablada en inglés que se ambienta en la guerra de los Balcanes. Además, el

cineasta supera su máxima como director/autor/guionista de sus películas y, por primera vez, toma prestada una novela, 'Dejarse llover', en la que la expresidenta de Médicos sin Fronteras Paula Farias convertía su memoria en ficción para narrar el horror de la guerra a través de los cooperantes que intentan ayudar a las víctimas de las bombas. Fernando León conoció a la autora y voluntaria durante la realización de un documental sobre los niños soldado en África y encontró el motivo para su siguiente película con esta historia importada. Eso sí, el cineasta hizo suyo el relato con ese tono comprometido, crítico y melancólico de buena parte de su filmografía, pero con la novedad de un toque hollywoodiense al reclutar para su reparto al portorriqueño Benicio del Toro, al norteamericano Tim Robbins, a la ucraniana Olga Kurylenko y a la francesa Mélanie Thierry.

Tanto en esta cinta como en la siguiente, el elemento laboral/social será el que menos predomine dentro de la filmografía de Fernando León, probablemente por el alejamiento del director de sus propias historias y de esa relación con la realidad nacional que las ha definido. En cambio, 'Un día perfecto' potencia la denuncia y la crítica siempre presente en los relatos del cineasta con la novedad de un no a la guerra militante —¿qué película bélica no es en el fondo un discurso antibélico?— en esa escombrera de la humanidad en la que se convirtieron los Balcanes con la aplicación sistemática de la limpieza étnica sobre el diferente. En esta cinta nos enfrentamos al nivel más básico de los derechos humanos. O incluso por debajo de ese nivel, con la dimisión de cualquier derecho en un mundo en el que no hay respeto alguno por la vida. En ese ambiente es en el que se desenvuelven los protagonistas de 'Un día perfecto', los "fontaneros de la guerra" como denomina el director a estos cooperantes encabezados por el personaje central creado por Fernando León, Mambrú (Del Toro), que se fue a la guerra con el objetivo de ayudar a las víctimas y que en su condición de veterano simboliza el desencanto y el cansancio del que no ve el fin a tanto horror con la fuerza del que cree en lo que hace. En términos laborales, estamos ante un empleo remunerado que, paradójicamente, no está pagado. Y que supone poner en riesgo la vida propia de forma permanente sin más plus de peligrosidad que el compromiso personal. Porque aquí estamos ante un empleo que solo se puede soportar desde lo vocacional y donde la cuenta de resultados sustituye la productividad de los objetivos por la épica de intentarlo. Una carencia de protecciones y una cercanía a la miseria del alma y la tragedia del ardor guerrero, que hace que estos cooperantes desarrollen sus propios métodos de autodefensa, particularmente el humor y la ironía, para sobrevivir al impacto emocional del drama diario, la maldad cotidiana, la sinrazón de la muerte sin razón. Un juego de contrastes cómicos que también ayuda al espectador a asistir a este espectáculo, aunque a veces la sonrisa cómplice que nos provocan los personajes se nos acabe congelando.

En esta misma línea internacional, el director y guionista se embarcó con Javier Bardem y Penélope Cruz en 'Loving Pablo' (2017), la adaptación del libro de la periodista Virgnia Vallejo que narraba el ascenso y caída del que fue su amante, el traficante de drogas colombiano Pablo Escobar. De nuevo estamos ante una historia prestada que el director rueda con oficio y brillantez, aunque sin la pasión de esos relatos que le salen de dentro. Este biopic con alma de 'thriller' estuvo además rodeado de una circunstancia que relativizó su éxito: la duplicidad con otra exitosa producción de Netflix, 'Narcos', que contaba los mismos pasajes en sendas temporadas y con más lujo de detalles. En la película asistimos a un discurso sobre los derechos sociales con este hombre que quiso reinar.

Un tipo que, desde la nada, se ganó el respeto de los pobres con sus planes para construir casas en las villas miseria y se llenó de palabrería en su asalto al poder que lo llevó incluso a presentarse a las elecciones, aunque acabaría traicionando, vampirizando y matando a todo el que tenía cerca por su propio enriquecimiento personal y, cuando le cercaron, por su supervivencia. Esto último es lo que predomina en 'Amando a Pablo' que, desde el punto de vista laboral, nos deja una curiosa variante patentada por Escobar del denominado contrato por obra o servicio determinado: por cada agente de policía muerto el narco pagaría 2.000 dólares y por un capitán, 20.000 dólares. Una guerra contra las autoridades con unos objetivos laborales mortalmente tasados.

Tras ese paréntesis de dos películas en inglés, la octava cinta del autor, 'El buen patrón' (2021), ha supuesto el regreso a los orígenes de Fernando León de Aranoa. Una vuelta a los argumentos propios y, por tanto, a ese cine social con implicaciones laborales que es marca de la casa. Con la diferencia de que se trae de nuevo a Javier Bardem para interpretar a esa antítesis de Santa de 'Los lunes al sol' que es Julio, el buen patrón. O eso cree él. Un tipo tan carismático como despreciable, seductor como repugnante, altruista como egoísta, tierno como miserable que no tiene empleados, sino familia. Salvo que esa parentela se ponga en el camino del ambicioso jefazo, cuyo mayor deseo es alcanzar el premio a la excelencia empresarial para su empresa de balanzas y pesos. Un objetivo que desequilibra la báscula de Julio y lo lanza a una espiral que tira a humor negro. De nuevo, la comedia es el desengrasante de una historia con fondo de drama que tiene a un espléndido Javier Bardem viajando de un extremo a otro de la personalidad extrema del patrón. Y como en los grandes clásicos, el protagonista está rodeado por un maravilloso elenco de secundarios que dan vida a esa familia de empleados, entre los que figuran Manolo Solo, Almudena Amor, Óscar de la Fuente, Sonia Almarcha, Fernando Albizu, Tarik Rmili o Celso Bugallo. Los cambios laborales en nuestro país son perfectamente palpables en esta película, porque lo que antes era un conciencia de clase —'Los lunes al sol'— o la protección de tu compañera ante la precariedad —'Sirenas'—, aquí se transforma en individualismo, no solo del propietario, sino de los propios empleados que luchan por sí mismos a imagen y semejanza del jefe. La difuminación de los sindicatos se manifiesta en esta película que presenta esa fórmula tan de moda de la familia/empresa, pero que en este caso no es más que retórica ya que esa protección del clan se pierde cuando los problemas aparecen y se ve amenazada la progresión inexorable de los beneficios. "En el momento en el que perjudica a mi empresa son mis problemas", dice Julio para justificar su tutela sobre las vidas de sus trabajadores, para poner por delante las relaciones laborales frente a las personales. Por encima de cualquier perfil, los asalariados se deben a la empresa. Es decir, al patrón. Un tipo que no solo hereda la empresa familiar, sino la tradición picaresca española hasta el punto de que el equilibrista de las balanzas acaba perdiendo pie y se sirve de cualquier traición o manipulación con tal de no caer. La filmografía del autor está saturada de perdedores, pero hasta cuando nos retrata a un ganador como Julio, el cineasta lo acaba enfrentando al fracaso, del que intenta escapar pisoteando a cualquiera de su familia en nómina. Una parentela que no se diferencia mucho de la que contrataba el solitario y ricachón Salvador en 'Familia', el primer largometraje del director. Curioso trayecto circular del cine de Fernando León que, tras 25 años, vuelve al punto de partida.



PUNTOS ESENCIALES DE LA NUEVA REFORMA LABORAL.
Principales puntos de interés

MAIN ASPECTS OF THE NEW LABOUR MARKET REFORM. Key points

Esteban Fernández Navarro

Abogado

estebanf233@gmail.com

Recepción de trabajo: 18-02-2022 - Aceptación: 20-02-2022

Páginas: 374-382

■1. INTRODUCCIÓN. ■2. CONTRATACIÓN FORMATIVA. ■3. CONTRATOS TEMPORALES. ■4. TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS. ■5. MODIFICACIONES DE LOS ERTE. ■6. MECANISMO RED

RESUMEN

La reforma legislativa que fue promulgada en los estertores del año 2021, fue concebida para proporcionar la flexibilidad que el contexto pandémico requería. En consecuencia, numerosas instituciones jurídicas (como los contratos de trabajo temporales) fueron modificados de forma extraordinaria, en aras a adaptar tales instituciones al contexto socio-económico de la pandemia. Consecuencialmente, este trabajo se enfoca en las principales reformas que el sistema del Derecho del Trabajo ha experimentado desde la promulgación de dicha reforma. Más concretamente, el centro de atención consistirá en la derogación de los contratos de trabajo temporal de obras y servicios y la modificación del régimen legal de los ERTEs, junto con reformas sobre los contratos de trabajo fijos-discontinuos y convenios colectivos.

PALABRAS CLAVE: **Reforma legislativa, contratos temporales, suspensión del contrato de trabajo, contratos fijos-discontinuos, convenios colectivos.**

ABSTRACT

The legislative reform enacted in the death rattle of the year 2021, was conceived to provide the flexibility that the pandemic context required. In consequence, several legal institutions (such as temporary employment contracts) were extraordinarily modified, in order to adapt all those legal institutions to the socio-economic pandemic context. Consequently, this research focusses on the main reforms that the labour law system has experienced since the enaction of the legislative reform. More specifically, the centre of attention will consist of the abolishment of work and services temporary employment contracts and the modification on ERTEs legal regime, along with amendments to the seasonal employment contracts and collective agreements.

KEYWORDS: Legislative reform, temporary employment contracts, suspension of the employment contract, seasonal employment contracts, collective agreements.

1. INTRODUCCIÓN

A través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se realiza una reforma del ordenamiento laboral español. Dicha reforma no afecta a un número importante de elementos de la normativa, pero aquellos aspectos a los que afecta los realiza con especial incidencia.

En este pequeño trabajo analizamos cuáles son los aspectos más relevantes de dicha reforma, permitiendo disponer de una visión de conjunto de manera rápida y ágil.

2. CONTRATACIÓN FORMATIVA

Modificación integral, a medias

La modificación que el RD 32/2021 ha realizado en los contratos formativos es, a priori, amplia. Se eliminan los contratos en prácticas y los de formación y aprendizaje. De esta manera, ahora pasan a denominarse contratos para la obtención de práctica profesional, y contratos de formación en alternancia. El régimen de estos contratos es, en esencia, muy similar al régimen de los anteriores contratos formativos. Detallamos a continuación las especialidades más relevantes de cada uno de estos nuevos contratos.

Contrato de formación en alternancia

El contrato de formación en alternancia se celebra con aquel trabajador que, de forma simultánea, curse estudios Universitarios, de Formación Profesional o cualesquiera sean catalogados como tal por el Ministerio de Educación.

Es indispensable que se trate de personas que no haya obtenido cualificación profesional (por encontrarse compaginando el estudio con el trabajo), o cuya cualificación profesional anterior no tenga relación con el sector de trabajo (por ejemplo, un ingeniero que curse un grado en derecho y realice las prácticas en una asesoría fiscal).

La duración temporal de los contratos en alternancia es, como mínimo, de 3 meses, hasta un máximo de 2 años.

El requisito esencial es la existencia de un convenio formativo entre la empresa donde se realiza el trabajo, y el centro formativo, en el que se recoja las funciones, jornada, etcétera. La jornada laboral, durante el primer año, será, como máximo, de un 65 % de la jornada ordinaria en el primer año, incrementándose a un 85 % en el segundo año.

La retribución será la fijada específicamente en Convenio Colectivo. De no existir regulación específica por el Convenio, la retribución consistirá en un 60 % de la retribución por Convenio del puesto de trabajo que se trate, incrementándose a un 75 % en el segundo año.

Contrato para la obtención de práctica profesional

La característica principal de este contrato es la obtención de práctica profesional después de haber completado estudios universitarios y/o de formación profesional.

El elemento que los distingue de los contratos en alternancia es que éstos últimos implican que el trabajador aún se encuentra estudiando; por el contrario, en los contratos para la obtención de práctica, el trabajador ya ha finalizado los estudios previos.

Su duración es, como mínimo, de 6 meses, y, como máximo, de 1 año. A diferencia del contrato en alternancia, en este contrato sí puede establecerse un periodo de prueba, de un mes como máximo. Su remuneración será, igualmente, la específica del Convenio Colectivo. De no existir, será la equivalente a la del puesto de trabajo desempeñado, teniendo como cuantía mínima la que correspondería por el contrato en alternancia.

Aspectos comunes

Aspectos comunes a ambos contratos son: obligación de que consten por escrito; las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo, etc. Interrumpen los plazos de los contratos; se encuentran bonificados por parte de Seguridad Social, reduciéndose al 50 % la cuota empresarial correspondiente a contingencias comunes.

3. CONTRATOS TEMPORALES

Nuevo régimen legal

El régimen de contratación temporal es de los aspectos sobre los que la reforma incide con mayor intensidad. Tal es así, que la propia reforma encontró su génesis en la voluntad de reducir la tasa de temporalidad en la contratación laboral.

Esta modificación legislativa sí que supone una importante variación en el sistema español de contratos laborales, dado que, de los tres tipos de contratos temporales existentes en el sistema (contratos de obra y servicios, eventuales y de interinidad) se suprimen los contratos de obra y servicios. Como contraposición, se flexibilizan los contratos eventuales por causas de la producción, con la pretensión de incluir bajo su ámbito aquellos contratos que, generalmente, se solían realizar bajo los de obra y servicios.

De esta manera, los contratos temporales quedan divididos en dos tipos: contratos eventuales por causas de la producción, y contratos de interinidad.

Los contratos de interinidad (o contratos de sustitución) no han sufrido reforma, por lo que su régimen sigue siendo el mismo. Sí que se modifica en profundidad el contrato eventual, por lo que será el protagonista en esta sección.

Contrato por causas de la producción

La reforma opta por eliminar los contratos temporales de obra y servicios del sistema de contratación laboral, con la finalidad de reducir la tasa de temporalidad en el mercado de trabajo.

No obstante, en la redacción del nuevo articulado se encuentra una gran cantidad de conceptos que, como veremos, resultan muy ambiguos. De esta manera, tendremos que esperar al desarrollo reglamentario de esta norma, dado que dichas ambigüedades legislativas pueden redundar en una actuación inspectora.

El contrato eventual puede celebrarse en tres ocasiones, todas ellas relacionadas con un aumento en la producción: un aumento imprevisible de la, aumentos previsibles de la producción (situación con mayor ambigüedad de la norma), y aumento de producción en empresas contratistas. En el primero de los supuestos, se puede celebrar este contrato en aquellos casos de aumento no ocasional e imprevisto en la producción, así como en la necesidad de empleo en situaciones que pueden resultar ocasionales (porque se repitan cada año) pero cuya fecha de inicio sea desconocida.

Esta posibilidad de contrato choca frontalmente con los contratos fijos-discontinuos, por lo que tendremos que esperar a ver cuál es el desarrollo legal que se realiza por la Administración y por los propios tribunales. A su vez, dentro de esta misma posibilidad se recogen las oscilaciones de necesidad de empleo, como en los supuestos de vacaciones de trabajadores, posibilidad que, hasta el año 2020, se encontraba vetada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El segundo supuesto lo conforma aquellos incrementos en la producción de carácter previsible y ocasional, de tal manera que se necesite de un aumento del empleo de manera reducida, delimitada, y muy concreta. Esta situación permite que una empresa, en un año natural, pueda formalizar cualquier cantidad de contratos de estas características durante un máximo de 90 días al año no continuados. Su régimen en la reforma es muy difuso, dado que no se aclara si esta posibilidad de contratar es en la empresa en su conjunto o en cada centro, el número de trabajadores que puedan contratarse durante estos días (aunque no parece que exista límite), o si los 90 días se corresponden a jornadas o días naturales, etcétera.

Por último, la tercera causa para poder suscribir dichos contratos es, para aquellas empresas contratistas, aun aumento en las concesiones administrativas y contratas, siempre y cuando se produzcan un incremento en la necesidad de empleo similar a los dos supuestos anteriores.

Se trata del supuesto más ambiguo, y con mayores posibilidades de redundar en actuación inspectora. En cualquier caso, la duración máxima de los contratos eventuales será de 6 meses, pudiéndose incrementar dicho plazo por Convenio Colectivo. Si se celebra un contrato por duración inferior, puede prorrogarse hasta la fecha máxima de duración.

Vigencia de la reforma

Con respecto los plazos de entrada en vigor de la reforma sobre la contratación temporal, hemos de discernir dos supuestos diferentes:

1. Contratos celebrados antes del día 31.12.2021: los contratos de obra y servicio determinados que se celebrasen antes de la entrad en vigor de la reforma, y que se encuentren aún vigentes, resultarán aplicables hasta su duración máxima (3 años, prorrogables hasta 12 meses más por Convenio Colectivo). Esto incluye a las empresas del sector de la construcción, así como a los celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos dependientes.

2. Contratos celebrados desde el día 31.12.2021 hasta el día 30.03.2022: aquellos contratos de obra y servicios determinados, y los eventuales por causas de producción, que se celebren en dicho plazo, se regirán por la normativa vigente en el momento, y con duración máxima de 6 meses. A día de hoy, dado que no ha entrado en vigor la reforma operada en los contratos temporales, pueden suscribirse contratos de obra y servicios determinados, así como eventuales, hasta el día 30.03.2022, pero tales contratos durarán, en todo caso, un máximo de 6 meses.

4. TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS

La reforma laboral ha incorporado determinadas modificaciones interesantes al régimen jurídico de los trabajadores fijos-discontinuos. Primeramente, se pretende extender el ámbito en el que se pueden celebrar dichos contratos, pese a que, en realidad, su regulación choca con los ámbitos del contrato eventual por causas de la producción.

De esta manera, se puede suscribir este contrato en las siguientes situaciones: para la realización de actividades de naturaleza estacional; para la realización de actividades productivas de marcado carácter de temporada; actividades de prestación intermitente, pero ciertas (choca con el contrato eventual); y, por último, para la actividad ordinaria de empresas contratistas de contratas administrativas y mercantiles.

Antigüedad

El aspecto más relevante de la reforma en los contratos fijos-discontinuos lo supone que la antigüedad de estos trabajadores se basará en la relación laboral per se, no en la prestación efectiva de servicios, que era como se venía realizando antes de esta reforma. Así, la antigüedad se mide por los años en sí en los que se encuentra el trabajador vinculado a la empresa por el contrato laboral, y no por las etapas en las que prestó servicios por llamamiento.

Modificaciones adicionales

Además, se producen determinadas modificaciones de carácter variado en el ordenamiento de este colectivo de trabajadores, siendo tales:

1. Creación de una bolsa sectorial de trabajo por Convenio Colectivo sectorial en la que se pueden inscribir los trabajadores en periodos de inactividad.
2. Habilitación por Convenio Colectivo sectorial para la celebración a tiempo parcial de estos contratos, así como la obligación de crear un censo anual en la empresa de trabajadores fijos-discontinuos.
3. Determinación por el Convenio Colectivo de las condiciones mínimas del llamamiento de los trabajadores.

5. MODIFICACIONES DE LOS ERTE

Perfilamiento de la regulación vigente

Las principales modificaciones de los ERTEs lo suponen efectos procedimentales. Se recuerda, en primer lugar, que las causas que lo motivan han de ser, en todo caso, causas temporales, así como sus medidas. Por otro lado, el procedimiento será idéntico, sea cual sea el volumen de la empresa, pese a que, en empresas de menos de 50 trabajadores, el periodo de consultas no puede ser superior a 7 días.

Se reducen los plazos de creación de comisión representativa, pasando a ser de 5 días desde la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas, o 10 días si no hay representación legal en algún centro de trabajo. Durante la reducción o suspensión de los contratos, puede solicitarse una prórroga de las medidas, debiendo consultarse con la representación de los trabajadores en un periodo de consultas obligatorio de 5 días, y se comunicará la decisión a la autoridad laboral en el plazo de 7 días.

Asimismo, se priorizan las medidas de reducción frente a las de suspensión, oscilando la horquilla de reducción entre un 10 % y un 70 % sobre la jornada. Se debe comunicar, junto con la solicitud a la autoridad laboral, el período de suspensión o reducción, identificación de trabajadores incluidos, las medidas individuales a cada trabajador, y el porcentaje máximo de reducción o número máximo de días de suspensión a aplicar.

ERTE por Fuerza Mayor

Se produce una modernización de los expedientes de regulación temporal derivados de fuerza mayor, los cuales se ven claramente inspirados en aquellos procedimientos de regulación de fuerza mayor por COVID-19. Por ello, sus características son muy similares, de tal manera que nos centraremos en los aspectos más relevantes de la reforma.

La causa ha de ser, en todo caso, temporal, pudiéndose adoptar tanto medidas de reducción de jornada como de suspensión de contratos de trabajo. Procedimentalmente, se inicia mediante solicitud de la empresa a la autoridad laboral, aportando los medios de prueba de que disponga, así como comunicar dicha circunstancia a la representación de los trabajadores.

La existencia debe ser constatada por la autoridad laboral en todo caso, requiriendo de informe preceptivo de Inspección de Trabajo sobre la existencia (o no) de la causa de fuerza mayor.

El plazo para dictar resolución por parte de la autoridad laboral es de 5 días naturales, de tal manera que, de no resolver en esa fecha, se entiende aprobada la medida por silencio administrativo. Si a la finalización del periodo de medidas siguiesen existiendo las causas de fuerza mayor, debe solicitarse una nueva autorización (lo cual no hace más que enlentecer y burocratizar situaciones que requieren de agilidad y flexibilidad en las medidas).

Se introduce una especie de "variante" de estos expedientes, los cuales se basan en ERTEs por fuerza mayor por impedimento o limitación para la actividad, siempre que se produzcan en un contexto de decisiones adoptadas por las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública. Su procedimiento es el mismo, pero más ágil, ya que no se requiere de informe de Inspección de Trabajo, aunque deben justificarse la relación entre impedimento y/o limitación y las causas de fuerza mayor.

Es esencial remarcar que se prohíbe, de manera expresa, la posibilidad de realizar contrataciones laborales o externalizaciones de actividad durante la vigencia de las medidas.

De realizarse dicha actividad, se impondría sanción por parte de Inspección de Trabajo, dado que se añade tal infracción en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Por otro lado, de producirse cambios en las circunstancias que motivan tales expedientes, la empresa podrá afectar, así como desafectar, a los trabajadores en función de las circunstancias, requiriendo de comunicación a la Entidad Gestora de las prestaciones sociales y a representación de los trabajadores.

Se bonifican y promueven, asimismo, las acciones formativas a los trabajadores afectados, mediante incrementos en los créditos para la financiación de acciones de formación.

En cuanto a la cotización, persiste la obligación de efectuar las cotizaciones correspondientes a la aportación empresarial, aunque en el supuesto en el que el trabajador percibiese la prestación por desempleo especial de estas circunstancias, la Entidad Gestora abonará la aportación del trabajador, excluyendo los conceptos de desempleo y formación.

6. MECANISMO RED

El Mecanismo RED, introducido por la reforma laboral, es una herramienta que nace con la vocación de facilitar a la empresa la adopción de medidas de flexibilidad en situaciones económico-sociales adversas.

Este mecanismo, que debe ser habilitado de manera expresa (y temporal) por parte de sindicatos, patronal y Gobierno, es ideado para la adopción de medidas flexibilizadoras en dos tipos de situaciones: modalidad cíclica, en la cual la coyuntura macroeconómica general aconseja la adopción de tales medidas (por ejemplo, una situación de crisis económica), y que tendrá una duración máxima de un año; y la modalidad sectorial, la cual se basa en cambios adversos y permanentes (concepto indeterminado) en un sector productivo concreto, favoreciendo la posibilidad de recualificación y transición profesional, siendo su duración inicial máxima de 1 año, pudiendo prorrogarse en dos ocasiones por iguales plazos de 6 meses, hasta un máximo de 2 años.

Este mecanismo no sustituye el procedimiento de los expedientes de regulación temporal o definitiva de empleo, ni tampoco asume competencias propias de la autoridad laboral.

El procedimiento, de hecho, se ve inalterado, debiendo seguirse por los trámites de los ERTE ETOP, o fuerza mayor. La desventaja principal que acarrea, cara a la gestión empresarial, es un aumento en ciertas actuaciones burocráticas, como la obligación de aportar un plan de recualificación profesional en la modalidad sectorial del mecanismo. Por lo demás, se trata de un Mecanismo que, a priori, no parece facilitar en demasía la gestión de estas situaciones, dado que nace, más bien (y se extrae de su lectura) con una vocación de control de estas medidas, y que éstas no sean fraudulentas.

Por último, se incorpora una prestación especial de desempleo para los trabajadores afectados, la cual no consume prestación ni afecta a futuras prestaciones. Dicha prestación deberá ser solicitada por la propia empresa.



UNA MIRADA A LA REFORMA LABORAL.*
Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021

A LOOK AT LABOR REFORM.
Lights and Shadows of Royal Decree-Law 32/2021

Gloria Montes Adalid

Investigadora Predoctoral
Universidad de Málaga
gloriamontes@uma.es ORCID ID 0000-0001-9178-7029
Recepción de trabajo: 16-02-2022 - Aceptación: 11-03-2022
Páginas: 383-392

■1. INTRODUCCIÓN. ■2. LOS CONTRATOS EN LA NUEVA REFORMA LABORAL. 2.1. Los contratos de duración determinada. 2.2. Los contratos fijos discontinuos. 2.3. El contrato indefinido adscrito a obra. 2.4. Los contratos formativos. ■3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO-LEY 32/2021. ■4. LOS ERTES A LA LUZ DE LA NUEVA REFORMA LABORAL Y EL NOVEDOSO MECANISMO RED. ■5. ALGUNAS NOTAS A MODO DE CONCLUSIÓN. ■6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

* Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación vinculado con las Ayudas del I Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga.

RESUMEN

Tras el anuncio del acuerdo para la reforma laboral, el BOE publica la nueva reforma laboral de 2022, texto articulado que pretende reducir la precariedad y temporalidad en el empleo y que ha entrado definitivamente en vigor dentro de nuestro ordenamiento jurídico en fecha de 4 de febrero de 2022. Supone una serie de modificaciones que tienen un gran impacto en distintos ámbitos del mercado laboral, como las modificaciones en las modalidades contractuales, nuevos mecanismos de flexibilidad y retomar la ultraactividad de los convenios colectivos. Por ende, hay algunos aspectos que merecen ser objeto de reflexión y síntesis del sonado RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. El siguiente documento es, por tanto, una aproximación a los aspectos más destacables en materia de cambio en esta esperada y debatida Reforma Laboral, destacando las nuevas modalidades contractuales (duración determinada, fijos discontinuos, contrato indefinido adscrito a obra, formativos), el carácter de la negociación colectiva, los ERTEs y el Mecanismo Red, así como unas breves notas personales a modo de conclusión.

PALABRAS CLAVE: Reforma Laboral, Contratos, ERTEs, Negociación Colectiva, Mecanismo Red.

ABSTRACT

After the announcement of the agreement for the labor reform, the BOE publishes the new labor reform of 2022, an articulated text that aims to reduce precariousness and temporary employment and that has definitively entered into force within our legal system on February 4 of 2022. It involves a series of modifications that have a great impact in different areas of the labor market, such as changes in contractual modalities, new flexibility mechanisms and retaking the ultra-activity of collective agreements. Therefore, there are some aspects that deserve to be the object of reflection and synthesis of the well-known RDL 32/2021, of December 28, of urgent measures for labor reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labor market. The following document is, therefore, an approximation to the most notable aspects in terms of change in this long-awaited and debated Labor Reform, highlighting the new contractual modalities (determined duration, discontinuous fixed, indefinite contract attached to work, training), the nature of collective bargaining, ERTEs and the Red Mechanism, as well as some brief personal notes by way of conclusion.

KEYWORDS: Labor Reform, Contracts, ERTEs, Collective Bargaining, Network Mechanism.

1. INTRODUCCIÓN

Entre pensiones, reforma laboral, presupuesto e interinos en el empleo público, ha habido numerosas novedades en materia laboral en los últimos tiempos. Pero, sin duda, la reforma laboral ha sido el foco central de los debates más recientes.

Tras el anuncio del acuerdo para la reforma laboral, el BOE publica la nueva reforma laboral de 2022, texto articulado que pretende reducir la precariedad y temporalidad en el empleo y que ha entrado definitivamente en vigor dentro de nuestro ordenamiento jurídico en fecha de 4 de febrero de 2022.

Supone una serie de modificaciones que tienen un gran impacto en distintos ámbitos del mercado laboral, como las modificaciones en las modalidades contractuales, nuevos mecanismos de flexibilidad y retomar la ultraactividad de los convenios colectivos. Por ende, hay algunos aspectos que merecen ser objeto de reflexión y síntesis del sonado RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. En concreto, la reforma en materia de contratos, negociación colectiva y ERTEs.

El siguiente documento es, por tanto, una aproximación a los aspectos más destacables en materia de cambio en esta esperada y debatida Reforma Laboral, destacando las nuevas modalidades contractuales (duración determinada, fijos discontinuos, contrato indefinido adscrito a obra, formativos), el carácter de la negociación colectiva, los ERTEs y el Mecanismo Red, así como unas breves notas personales a modo de conclusión.

2. LOS CONTRATOS EN LA NUEVA REFORMA LABORAL

En primera instancia, nos surge la siguiente cuestión: ¿cuándo entran en vigor las nuevas normas de contratación? Es de gran relevancia conocer cómo y cuándo se va a aplicar esta reforma, así como el régimen transitorio (junto a lo que se prevé en cuanto a la derogación normativa, vid. DT 1 a 5; DD única y DF 8ª).[1]

A partir del 30 de marzo de 2022 será de aplicación la nueva regulación de los contratos temporales, formativo y fijo discontinuo, en términos de causas, régimen jurídico aplicable y definición de los mismos (arts. 11, 15 y 16 ET en su nueva redacción y, en conexión, la nueva DA 43ª LGSS en materia de cotizaciones de contrato formativo), tomando en consideración el régimen transitorio que les compete. En síntesis, la normativa anterior se aplica a todos los contratos formalizados antes de 31 de

1 Vila Tierno, F., *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

diciembre de 2021. Hasta el día 30 de marzo de 2022 es posible contratar trabajadores de conformidad a la normativa previa, pero con algunas particularidades: los de obra o servicio y los eventuales no pueden exceder una duración de 6 meses.

Cabe destacar que en materia de encadenamiento de contratos, el art. 15.5 ET solo será de aplicación para los contratos formalizados desde la entrada en vigor de este RDL. Para los celebrados previamente, a los efectos de cómputo de número de contratos, período y plazo, solo se tendrá en cuenta el contrato vigente a la entrada en vigor de esta norma.[2]

Los cambios más significativos han sido los relativos a la contratación de duración determinada, contratos fijos discontinuos y contrato fijo de obra del sector de la construcción.[3]

2.1. Los contratos de duración determinada

La relación laboral, a diferencia de otras de diferente naturaleza, nace para prolongarse durante cierto tiempo o por tiempo indefinido, por lo que las condiciones particulares de los sujetos tienen una absoluta relevancia para su continuidad y permanencia en las empresas.[4] Con el fin de evitar la temporalidad de los contratos, la última reforma laboral introduce el carácter prioritario del contrato indefinido. También se ha producido una eliminación del contrato de obra o servicio determinado, tan usual en nuestra realidad laboral, en favor del fijo discontinuo. También el contrato eventual y el de interinidad se sustituyen por otras nuevas fórmulas.

Es destacable el régimen formal asociado a los contratos de duración determinada, exigiéndose la precisa especificación de la causa, las circunstancias concretas que la justifican y su vínculo con la duración prevista. Cuando exista defecto formal, el contrato será fijo sin posibilidad de probar el carácter temporal y con un aumento de la sanción ligada a este defecto formal, y queda limitado el periodo de referencia para encadenar contratos y pasar a ser indefinido, siendo este de 24 meses, con un máximo de 18. A su vez, se introducen una serie de obligaciones formales de las empresas con mayor relevancia de la Representación Legal de los Trabajadores y se penaliza el uso de la contratación temporal con incremento en las cotizaciones —excepto en los de sustitución— y de las sanciones (multa de hasta 10.000 euros por cada uno de los contratos, según lo dispuesto en los art. 7.2 y 40.1 g) de la LISOS).

En lo concerniente al contrato por circunstancias de la producción hay dos opciones:

- Alegar un incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones, que ocasionen un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, aunque se considere acti-

2 Vila Tierno, F., *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

3 Wolters Kluwer TAA España, *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

4 De Val Tena, A.L., "La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021, pág. 58.

vidad normal de la empresa (lo que puede llegar a provocar debate como máximo 6 meses, ampliable a un año por convenio colectivo sectorial).

- Alegar situaciones ocasionales y previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada, que también está sujeto a dudas relativas a la similitud con el fijo discontinuo. Todo dependerá de las circunstancias que justifican su celebración o la necesidad de plantilla. Con arreglo a dicha causa, se podrán celebrar un número indeterminado de contratos, pero tomando en consideración que la empresa solo dispone de 90 días al año natural para utilizar estos contratos.

Independientemente de que sean unas u otras causas, la indemnización es de 12 días de salario por año, como venía siendo con la normativa previa.

En lo relativo a la sustitución de una persona trabajadora:

Para sustituir a una persona con reserva de puesto de trabajo, o persona con reducción de jornada y para un proceso de selección, existe un cambio significativo relativo a este contrato, pudiendo el sustituto iniciar la prestación de servicios como máximo, durante 15 días previos a la sustitución para conocer sus funciones.[5] También se limita la celebración del contrato a tiempo parcial.

2.2. Los contratos fijos discontinuos

Este tipo de contrato está orientado a los sectores que más uso han hecho de la contratación temporal, con el fin de sustituir al contrato por obra determinada, salvo en los supuestos admitidos de contratación temporal. Con esta nueva normativa para este contrato, los trabajadores poseen los mismos derechos que los indefinidos, incluida la indemnización por despido, a la vez que se incluyen los fijos periódicos.

A pesar del carácter indefinido, existen una serie de causas concretas que justifican los períodos de inactividad de los trabajadores:

- Trabajos estacionales o de temporada.
- Trabajos que exijan una prestación de servicios de forma intermitente en períodos ciertos.
- Para la cesión, por la ETT, en el marco de un contrato de puesta a disposición.
- Uso en contratas y subcontratas, siendo el período de inactividad el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones.

En cuanto a formalidades, los contratos han de estar celebrados por escrito y expresando los elementos esenciales de la actividad laboral (sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento, que también debe recogerse por escrito).[6]

5 Wolters Kluwer TAA España, *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

6 Vila Tierno, F., *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

En cuanto a la antigüedad, se debe tener en cuenta toda la relación laboral, pero no en cuanto a la consideración de la indemnización, donde solo se tendrá en cuenta el tiempo efectivamente prestado.

Desaparecen, por ende, los contratos de obra y servicio determinado. No obstante, los celebrados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022 se rigen por la normativa vigente y su periodo de duración no puede ser superior a los 6 meses.

2.3. El contrato indefinido adscrito a obra

A este respecto, en materia de contratación en la construcción (y tras la desaparición antes mencionada), aparece el contrato indefinido adscrito a obra.

Este tipo de contrato está orientado concretamente al sector de la construcción, por lo que su objeto se establece como el desarrollo de tareas o de servicios estrechamente relacionados con actividades dentro del Convenio General del Sector de la Construcción.

En cuanto a los aspectos extintivos (con causa en la inexistencia de obras o falta de cualificación en la provincia, así como el rechazo de la persona trabajadora para su recolocación), se establece la previsión de que a la finalización de la obra, la empresa tendrá la obligación de efectuar una propuesta (por escrito) al trabajador para su recolocación, con la consiguiente formación que se requiriera.

2.4. Los contratos formativos

En relación a los mismos, la nueva reforma laboral dispone dos posibilidades: contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación y contrato para la obtención de la práctica profesional.

En cuanto al contrato de formación dual o en alternancia trabajo-formación, tiene el fin de compatibilizar la actividad laboral retribuida con los procesos formativos (cabe mencionar que se incorpora la posibilidad de compatibilizarlo con estudios universitarios). Su duración se ubica entre los 3 meses y los 2 años, no existiendo derecho a indemnización tras el fin del mismo.

Por otra parte, no se permite la realización de horas extraordinarias (salvo fuerza mayor), ni periodo de prueba o trabajos nocturnos (sí de manera excepcional), pero sí el contrato a tiempo parcial. Se modifica la distribución entre trabajo efectivo (65 % y 85 %) y formación durante la duración del contrato, y la retribución se fija por convenio, atendiendo a la limitación de no ser inferior al SMI (en proporción al trabajo efectivo) y no inferior al 60 % el primer año ni al 75 % el segundo. También se establecen límites para su utilización para confirmar su carácter formativo y requisitos formales.

En cuanto al contrato para la obtención de la práctica profesional, está orientado para las personas que están en posesión del título universitario, de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de Formación Profesional. Se incluye como novedad a los que hayan obtenido una titulación de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo y se reduce a tres años desde la finalización de estudios (5 para personas con discapacidad) para poder formalizar el contrato.[7]

7 Vila Tierno, F., *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

La duración del contrato no puede ser inferior a los 6 meses ni mayor a 1 año, con un período de prueba general de 1 mes, modificable por negociación colectiva. La retribución queda fijada por el convenio/ grupo profesional y nivel retributivo de acuerdo a las funciones de la persona trabajadora, sin referencias a porcentajes concretos, no pudiendo ser inferior al SMI.

En ambas modalidades, se excluye la utilización de estos trabajadores como sustitución de personas afectas por ERTE o mecanismo RED. Tampoco es posible acordar un nuevo período de prueba si continúa en la empresa y se recuperará la regulación reglamentaria sobre el número máximo de contratos.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO-LEY 32/2021

Una de las cuestiones más relevantes de la nueva normativa laboral es la nueva dimensión que adquiere el convenio colectivo.[8] A este respecto, varios aspectos son subrayables:

- Ya no es posible la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. Esto no quiere decir que se modifique la regla general de concurrencia de convenios del art. 84.1 ET, o la posibilidad de inaplicación del convenio o descuelgue convencional (art. 82.3 ET). Tampoco hay ninguna modificación en materia de modificaciones sustanciales de trabajo.
- Se produce una modificación el régimen convencional en el caso de las contratas y subcontratas, aplicándose el de la empresa principal contratista o subcontratista si es más antiguo (incluyendo materia salarial), y con prioridad aplicativa de aquellas materias que contempla el art. 84.2 ET, o el convenio sectorial de acuerdo a la tarea que desarrollan las personas trabajadoras.

En cuanto a la ultraactividad, se le otorga un mayor protagonismo. Con la anterior normativa, si la negociación del convenio superaba los 12 meses, las condiciones del mismo quedaban invalidadas. Después de la aprobación de la reforma laboral 2022, el convenio seguirá vigente durante el tiempo que sea necesario hasta que se pacte uno nuevo y se llegue a un acuerdo, de manera indefinida (art. 86 ET). Primeramente, se estará a lo que pacten las partes sobre la duración y régimen de la ultraactividad y, si no hay acuerdo expreso al respecto, será de aplicación el régimen dispuesto en los arts. 86.3 y 4 ET, supletoriamente. Es decir, el convenio denunciado será de aplicación hasta que el proceso de negociación no haya fracasado totalmente, momento en el que se acudiría al convenio colectivo de ámbito superior en caso de existir.[9]

8 Wolters Kluwer TAA España, *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

9 Vila Tierno, F., *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

4. LOS ERTES A LA LUZ DE LA NUEVA REFORMA LABORAL Y EL NOVEDOSO MECANISMO RED

En cuanto a los ERTEs por causas económicas, técnicas, organizativas y/o de producción (ETOP) y por fuerza mayor, se introducen nuevas previsiones en el artículo 47 del ET. Básicamente, lo que pretende la reforma en esta materia es simplificar los procedimientos para que las empresas puedan acogerse a los ERTE.

En cuanto a los ERTE por fuerza mayor temporal, se regulan de forma más detallada. Es destacable, entre otros aspectos, la incorporación del impedimento del desarrollo de la actividad empresarial por decisiones derivadas de la autoridad pública competente dentro de la consideración de los ERTE por fuerza mayor.

En lo relativo a los ERTE ETOP, subrayar que el período de consultas tendrá una duración máxima de quince días (o siete días, si la empresa cuenta con una plantilla inferior a cincuenta empleados). Está prevista, a su vez, la posibilidad de prorrogar los ERTE tras un período de consultas fijado con los representantes legales de los trabajadores, que no será superior a cinco días.[10]

Se establecen, de igual manera, unas reglas del juego comunes a los ETOP y a los ERTEs por fuerza mayor, que se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- Priorización de la reducción de jornada sobre la suspensión.
- La reducción de jornada fluctuará entre 10 % como mínimo y 70 % como máximo.
- La empresa habrá de indicar: el período dentro del cual se va a aplicar la medida, quiénes son los afectados y el tipo de medida a aplicar a cada uno. Durante la aplicación de la medida se podrá incluir o excluir trabajadores.
- Mientras la medida esté vigente, prohibición de realizar: horas extraordinarias, contrataciones laborales o externalizaciones de actividad, excepto si los trabajadores afectados no tuviesen la formación/capacitación suficiente para desarrollar las funciones encomendadas.
- Regulación de la afectación a lo largo del ERTE.
- Hay exoneraciones de cotización vinculadas a los ERTE, que estarán condicionadas al mantenimiento de empleo y al desarrollo de acciones formativas.
- Durante la aplicación de las medidas, las empresas tendrán la posibilidad de llevar a cabo

10 J&A Garrigues, S.L.P, *Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, Comentario: Laboral España, 2022.

acciones formativas para los trabajadores afectados para mejorar las competencias profesionales y empleabilidad, con un derecho a un incremento de crédito para que las empresas financien para las acciones formativas.

- Reducción de las tramitaciones administrativas mediante procedimiento único de comunicación.[11]

En adición a lo anterior, se crea una nueva figura, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (regulado en el nuevo artículo 47 bis del ET). Este tiene el fin de permitir que las empresas soliciten medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo en supuestos concretos. A este respecto, se han establecido dos posibles contextos:

- Causas cíclicas: derivadas de una coyuntura macroeconómica general en la que se recomienda la adopción de instrumentos adicionales de estabilización con una duración máxima de un año.
- Causas sectoriales: cuando en un determinado sector/es de actividad se aprecien modificaciones que exijan la recualificación y transición profesional, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una.[12]

Para ambos contextos, se han determinado las mismas prohibiciones de horas extras, contrataciones y externalización productiva que en los ERTES, así como la posibilidad de las empresas de llevar a cabo acciones formativas. Nace el derecho de los trabajadores afectados a una prestación específica del Mecanismo RED y se conforma un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo con el fin de cubrir las necesidades futuras de financiación de prestaciones y exenciones de cotizaciones a la Seguridad Social y los costes de formación.

5. ALGUNAS NOTAS A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, es constatable que existen diversos puntos de mejora en esta reforma, como la recuperación de la ultraactividad de los convenios, prevalencia del convenio sectorial, pero solo en materia salarial, aumento las sanciones a las empresas por contratos en fraude de Ley y la conversión de contratos temporales a indefinidos, entre otras cuestiones.

11 Wolters Kluwer TAA España, *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

12 J&A Garrigues, S.L.P, *Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, Comentario: Laboral España, 2022, pág. 9.

No obstante, como toda redacción normativa, plantea problemas de interpretación, omisiones o defectos técnicos. Particularmente, esta nueva reforma laboral incluye una enorme cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, que ocasionarán un sinfín de conflictos, relativos aspectos como la delgada línea entre los contratos por circunstancias de la producción y los fijos discontinuos o la incertidumbre ante el fracaso definitivo de un proceso de negociación de un convenio colectivo y su afectación en la ultraactividad. No obstante, y a título personal, la reforma planteada dista mucho de ser una derogación de la Reforma Laboral del 2012 y de la de 2010, ya que su alcance no supone dicha derogación de las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores introducidas por los gobiernos anteriores, aunque hay sido una decisión que respeta el diálogo social y el acuerdo trabajado entre empresarios y sindicatos y esto, sin duda, es positivo.

Estaremos al tanto de los efectos reales de la misma en la tasa de temporalidad general y por sectores con la evaluación de los resultados obtenidos por el Gobierno en el año 2025, así como la consideración que se brindará a algunas peticiones que quedaron sin resolver, como el endurecimiento de los despidos.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

De Val Tena, A.L., "La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 2, 2021.

J&A Garrigues, S.L.P, "Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo", Comentario: Laboral España, 2022.

SEPE, "El BOE publica las medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo", 2021.

Vila Tierno, F., "Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)", *Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 2022.

Wolters Kluwer TAA España, "Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave", Wolters Kluwer, 2022.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
noviembre - abril 2022 - núm 4 ISSN-e: 2660-437X



RESEÑA DE "LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD"

(FOLGOSO OLMO, A., BOE, MADRID, 2021)

Luis Ocaña Escolar

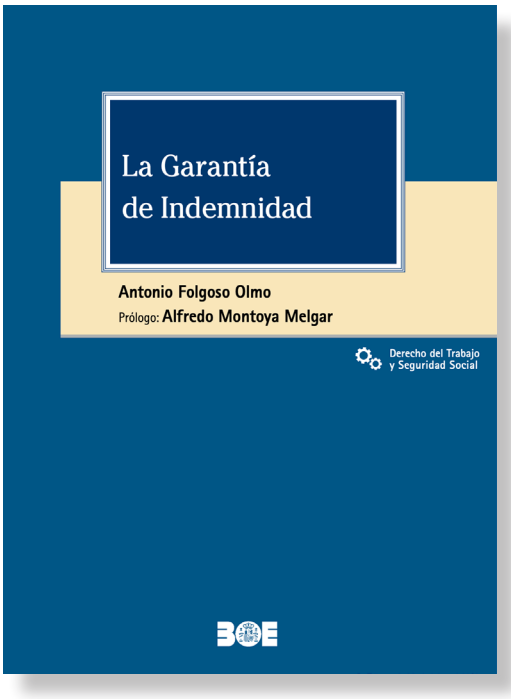
Profesor asociado y abogado laboralista

Universidad de Sevilla

locana2@us.es ORCID ID 0000-0001-6742-5087

Recepción de trabajo: 16-08-2021 - Aceptación: 02-12-2021

Páginas: 394-395



La garantía de indemnidad es una institución jurídica propia del orden laboral. Mediante ella se persigue proteger al trabajador que ha efectuado cualquier reclamación frente al empleador. Se busca dotar de garantías a quien denuncia una situación que considera injusta y lo hace desde una posición de debilidad. Tiene que ver con la función tuitiva del Derecho del Trabajo y supone la construcción de un entorno de seguridad de protección para quien activa cualquier acción.

Desde su primer formulación expresa en la doctrina constitucional, —concretamente en la STC 14/1993—, la garantía de indemnidad se ha ido desarrollando con una marcada tendencia a ampliar su ámbito de protección. Se trata de una figura dinámica y sometida al constante debate doctrinal y jurisprudencial por cuanto que han sido las sentencias de los distintos Juzgados y Tribunales quienes han ido perfilando su alcance y límites tras el análisis caso por caso.

Su importancia se adivina mayor en el futuro, a la vista de la evolución de un mercado de trabajo en permanente crisis y donde las medidas de flexibilidad interna y externa conducen a situaciones de precariedad a buena parte de la población trabajadora. Los novedosos fenómenos tales como los *woorking poors* o la regulación internacional de la actividad de los *whistleblowers* son algunas de las materias que se entrecruzan con la garantía de indemnidad y que muy probablemente marcarán su posterior evolución.

Folgoso realiza en su libro un análisis de lo más completo. En el Capítulo I atiende a los presupuestos de la garantía de indemnidad realizando un pormenorizado estudio desde su enfoque constitucional. Son los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión y de información los asuntos que marcan las pautas en las que se apoya su investigación.

El Capítulo II se refiere a los fundamentos, tanto internacionales y europeos como históricos y técnicos. Además se acerca al fenómeno desde una interesante perspectiva axiológica que lo conecta con el "derecho a la dignidad en el trabajo". Además, destaca la función reparadora y preventiva, dimensiones éstas que ponen de manifiesto los cauces futuros de desarrollo de la garantía, más allá de su formulación originaria vinculada únicamente a la tutela judicial efectiva.

El Capítulo III se introduce en al análisis de los elementos subjetivos, tanto accionante como represivo. Por un lado se detiene en un estudio poliédrico de la facetas desde las que el trabajador puede actuar, ya sea individualmente o como represente de un grupo de trabajadores. Incluso aborda las represalias contra familiares o allegados, una de las nuevas facetas de acción de la garantía de indemnidad. De otro lado, se refiere al sujeto represivo analizando la complejidad del mismo y los diferentes grados de participación en las posibles lesiones de los bienes jurídicos en juego.

Los elementos objetivos constituyen el foco de atención del Capítulo IV en el que se describe un muy amplio catálogo de acciones y se diferencia entre los elementos "precursores" y las "represalias". Contiene un muy amplio repertorio de referencias jurisprudenciales que sirven de guía y material de apoyo a los profesionales que abordan asuntos análogos o se enfrentan a la preparación de asuntos de esta naturaleza. El Capítulo V completa el reconocimiento desde la faceta dinámica y aborda el nexo de causalidad, auténtica clave de bóveda a partir de la cual se realizan todas las construcciones doctrinales y constituye el eje central del fenómeno.

El Capítulo VI se centra en los mecanismos procesales dirigidos a la protección del derecho así como en los efectos posibles de las resoluciones que reconozcan las vulneraciones. Por último, las Consideraciones Finales se dedican a realizar un balance desde su aparición hasta la actualidad y a señalar el ámbito de las conductas protegidas y cuáles pueden ser las vías de avance en la situación actual: el establecimiento de la presunción de conexión con el proceso de reclamación con carácter inmediato y el replanteamiento de la naturaleza de la garantía de indemnidad, reconociendo sus sustantividad y su condición de derecho fundamental autónomo.

Por último, y tras el apartado bibliográfico incorpora dos anexos, que resultan de especial interés para los litigantes habituales: la relación cronológica de las resoluciones analizadas en el texto y el análisis sintético de las sentencias más relevantes. Este último anexo constituye una colección de fichas indispensables en la estantería de todo abogado laboralista ejerciente.

En definitiva, nos hallamos ante una obra de ineludible referencia en el estudio de la figura de la garantía de indemnidad. Su orientación desde la perspectiva del autor consigue que no solo resulte de interés para el académico, sino que también resulte útil para el litigante de la jurisdicción social. Debemos, pues, felicitar a Antonio Folgoso Olmo, por esta publicación.



RESEÑA DE "DEMOCRACIA PLURALISTA Y DERECHO SOCIAL. LA TEORÍA CRÍTICA DE GEORGES GURVITCH"*

(MONEREO PÉREZ, J.L., EL VIEJO TOPO, BARCELONA, 2021)

Sheila López Vico

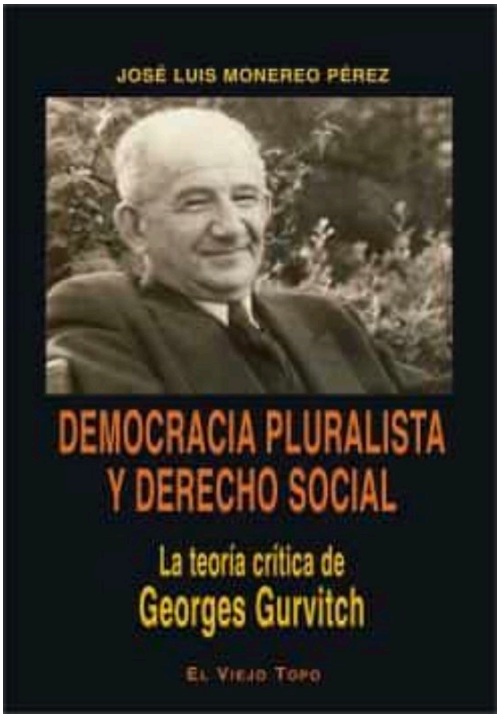
Contratada predoctoral FPU

Universidad de Granada

lopezsheila@correo.ugr.es ORCID ID 0000-0002-2608-3436

Recepción de trabajo: 08-11-2021 - Aceptación: 02-12-2022

Páginas: 396-400



En esta ocasión, tenemos la satisfacción de recensionar como novedad bibliográfica la obra titulada "Democracia pluralista y derecho social, la teoría crítica de Georges Gurvitch". Esta obra ha sido realizada por el catedrático José Luis Monereo Pérez. El mismo, cuenta con una larga y brillante trayectoria tanto en el ámbito docente como investigador. Entre sus muchos méritos, destaca su cargo como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada, así como el de Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. El Prof. Monereo ha realizado diversos estudios y monografías sobre la historia del pensamiento jurídico, social y político, analizando con detenimiento el pensamiento de innumerables autores clásicos, considerando en dichas obras la aplicación de sus doctrinas en el sistema jurídico social actual.

* Grupo de Investigación SEJ-184 "Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social" de la Universidad de Granada.

El libro objeto de reseña, como acaba de indicarse, analiza el pensamiento crítico y las construcciones teóricas de Georges Gurvitch, señalando la actualidad que presenta su línea de pensamiento en nuestro modelo de sociedad. Todo ello hace que no resulte baladí analizar con detenimiento las teorías de este pensador, dado su claro carácter actual y su posible incidencia en el futuro modelo político social. Gurvitch es uno de los grandes fundadores de la sociología del Derecho y el gran constructor de la "Ideal del Derecho Social" y del pluralismo jurídico-social, con particular proyección en el Derecho Social del Trabajo.

En cuanto a su estructura, el mismo se divide en cuatro capítulos principales destinando el autor el quinto capítulo a recoger de manera ordenada la bibliografía utilizada para la realización de la obra.

De manera más detallada:

- Capítulo I: "La concepción pluralista del derecho: perspectiva filosófica y sociológica". Este capítulo a su vez se divide en los siguientes subapartados: 1. Supuestos filosóficos y sociológicos generales. 2. Pensamiento social: Los grupos sociales y su Derecho autónomo extraestatal. 3. El modelo de pluralismo jurídico democrático de Gurvitch y su confrontación con otros paradigmas pluralistas.

  Comienza este capítulo realizando una breve referencia a la biografía de Gurvitch, señalando especialmente su trayectoria académica y, especialmente, su pensamiento crítico. En este punto, el Prof. Monereo, adelanta ya el ideal de Gurvitch de pluralismo democrático, en el cual se profundizará a lo largo del capítulo. Por otro lado, se pone de manifiesto cómo la cada vez mayor competitividad en el ámbito empresarial erosiona la colaboración y solidaridad, propiciando una sociedad más injusta y desigual. Ante esta situación, se destaca cómo el pensamiento de Gurvitch debe ser replanteado, de modo que se siga su ideal de potenciación de los fenómenos de organización colectivos, pero conjugando universalismo y particularismo, ya que no debe olvidarse la globalización experimentada en las últimas décadas. El conjunto del análisis realizado por el autor permite evidenciar la idoneidad del pluralismo jurídico ya señalado por Gurvitch, si bien es cierto que el mismo deberá presentar una concepción moderna y adaptada al mundo moderno. En este capítulo, el autor realiza un análisis de las distintas perspectivas que presentó Gurvitch en relación con su teoría pluralista, es decir, no se centra en un análisis exclusivo del pluralismo jurídico, sino que analiza también su perspectiva social, filosófica o incluso católica. Además, se evidencia la influencia que tuvieron diversos pensadores, como Proudhon y Marx, en el pensamiento de Gurvitch.

- Capítulo II: "La concepción de la sociología del derecho en Gurvitch". Este capítulo se divide en los siguientes subapartados: 1. Un estatuto para la sociología del Derecho como ciencia. 2. Las tareas propias de la sociología del Derecho. Definición de la sociología del Derecho.

En este apartado, se centra el autor en el análisis específico, como reza el título, de la sociología del derecho en el pensamiento de Gurvitch, ya que como aclara este autor, la misma se encuentra explícitamente vinculada con el pluralismo jurídico. Para ello, parte del análisis del concepto de sociología, y en particular, del concepto de sociología del Derecho y su contenido, diferenciándolo de la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. No obstante, se resalta como las distintas ramas señaladas presentan una íntima vinculación, y no pueden ser analizadas separadamente, ya que ello conduciría al simplismo criticado por Gurvitch. Se pone de manifiesto también en este punto los pensadores que influyeron en su teoría. Como no podía ser de otra forma, el Prof. Monereo no se centra en un análisis del pensamiento de Gurvitch estancado en un momento histórico determinado, sino que recoge la evolución dinámica que sufrió su pensamiento a lo largo de sus distintas etapas y su materialización en su producción intelectual.

- Capítulo III: "La idea del derecho social: el sistema de derecho social". Profundiza en este capítulo el autor en el concepto de derecho social y de hecho normativo, señalando expresamente el hecho de que el derecho social es un derecho de integración. También se hace referencia en este apartado a la propuesta de "Declaración de los Derechos Sociales" de Gurvitch, profundizándose más en la misma en el siguiente capítulo. Al respecto, se destaca que Gurvitch elaboró una teoría jurídica de los derechos sociales y que, asimismo, fue un anticipador de la propuesta de considerar a los mismos como verdaderos derechos sociales fundamentales en el sentido amplio de dicha expresión.
- Capítulo IV: "Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa". Este capítulo final se divide en los siguientes subapartados: 1. En general. 2. El principio democrático y la idea del Derecho Social.

Finalmente, se concluye esta obra haciendo referencia al modelo de democracia propuesto por Gurvitch. Para ello, se analiza en conjunto las ideas reseñadas hasta ahora, es decir, su concepto de pluralismo, de derecho social, etc., para llegar a entender el modelo de democracia que propone y, en consecuencia, las instituciones que se integrarían en el mismo. En concreto, la democracia propuesta por Gurvitch tiene un carácter poliédrico, es decir, la misma combina la dimensión política y socio económica, resaltando en los mismos términos que en el resto de la obra la oposición del autor al liberalismo y positivismo, al privar los mismos a los grupos e individuos sociales de su capacidad de autodeterminación. Resulta interesante cómo en este punto el autor recoge la relevancia que presenta el pensamiento de Gurvitch en relación con la situación actual imperante en nuestro marco social, económico, político y jurídico, resaltando entre otros puntos, la incidencia negativa que pueden tener las nuevas tecnologías al suponer en muchas ocasiones un aumento de los poderes empresariales contribuyendo a intensificar la subordinación del trabajador a dichos poderes privados con el consiguiente riesgo de merma en la garantía efectiva de sus derechos como ciudadano trabajador. En esta obra se analiza la propia de Gurvitch de establecer, entre otras cosas, una "nueva constitución para la empresa".

En definitiva, la obra ante la que nos encontramos recoge, de manera clara y concisa, el pensamiento de uno de los grandes fundadores de la sociología del Derecho, en concreto, aquella que versa sobre la democracia pluralista y el derecho social. Destaca la evolución que ha sufrido el pensamiento de este autor a lo largo de su vida, los pensadores que influyeron en sus teorías y aquellos a los que critica. Pero se debe destacar, además, no se limita a recoger la teoría de Gurvitch, sino que la estudia constructivamente relacionándola con la situación imperante en el sistema económico, político y social que impera en nuestras sociedades complejas del capitalismo tardío. Se puede concluir, por tanto, que la obra recensionada tiene todos los atributivos necesarios para erigirse en obra de obligada referencia en el estudio de esta materia y toda la amplia problemática que todo ello conlleva para la plena realización de la democracia sustancial, el Derecho Social y la construcción de un sistema democrático de relaciones laborales.

"DEMOCRACIA PLURALISTA Y DERECHO SOCIAL. LA TEORÍA CRÍTICA DE GEORGES GURVITCH"

RESEÑA DE "LA ECONOMÍA SOCIAL COMO PALANCA PARA LA SOSTENIBILIDAD EN LOS TERRITORIOS RURALES"

(RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H. DIRECTORAS, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021)

José Antonio Martínez Rodríguez

Becario de Colaboración del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

jmartr15@estudiantes.unileon.es

Recepción de trabajo: 04-10-2021 - Aceptación: 02-12-2021

Páginas: 401-406



Lo que popularmente conocemos como "España vaciada" es ese término que se ha acuñado a esa parte de la población que reside en pequeños municipios y pueblos a lo largo de nuestro territorio nacional y que, desgraciadamente, sufren cada vez más una acelerada despoblación. ¿Pero esta es consecuencia de la "España vaciada" o la "España vaciada" es consecuencia de una falta de recursos y servicios que propicia esa despoblación?

Precisamente esta monografía dirigida por las profesoras Rodríguez Escanciano y Álvarez Cuesta (Universidad de León) y que cuenta con un elenco de prestigiosos autores procura ofertar un abanico de soluciones partiendo de una base que asegure la sostenibilidad medioambiental, social y económica de estos territorios.

1. INTRODUCCIÓN

Ya en el apartado introductorio, a cargo de D. Tomás Quintana López (Procurador del Común de Castilla y León y Catedrático de Derecho Administrativo) se advierten algunos de los problemas que, sin solución de continuidad, siguen presentes hoy en día. En concreto, destaca que el progreso de emigración interior y del territorio rural no es algo que haya surgido de manera repentina, sino que ya a finales del S.XX se manifestaba, pero no era considerado como un problema, sino todo lo contrario, bien visto desde las instituciones y, para más inri, agravado con la inclusión de España en el nuevo marco europeo. También se destaca la dispersión de la población española, así como la falta de servicios públicos de calidad, con especial hincapié en los servicios sociosanitarios que cobran especial relevancia en territorios enormemente empobrecidos como consecuencia de la fuga de jóvenes. Por último, recalca la necesidad de implementar servicios tecnológicos y digitalizar territorios especialmente anticuados en este aspecto —en España, por desgracia, en pleno 2021 existen municipios sin acceso a una red de internet o a cobertura para teléfonos móviles—, pues esto supondría un gran aliciente en una era especialmente tecnológica —circunstancia más notable a raíz de la pandemia causada por el COVID-19—.

2. ESTRUCTURA SOCIAL Y SERVICIOS PÚBLICOS

Sobre esta temática inicial versan los primeros capítulos de la monografía que corren a cargo de los excelentes autores D. Dionisio Fernández De Gatta Sánchez, D. Miguel Ángel González Iglesias, Dª. Ana Belén Casares Marcos y Dª. Mª Ángeles González Bustos.

Como ya se advertía en el epígrafe introductorio, uno de los problemas que ha ocasionado la despoblación rural en España ha sido el de la estructura de la administración local, es decir, la distribución poblacional y excesivamente municipal de nuestro Estado. Un aumento progresivo de las competencias, funciones y obligaciones municipales, unido a un régimen estático y agravado tras la crisis iniciada sobre el año 2007 han hecho de esta organización un ente previsible y homogéneo.

Si a esta vía de sentido único la unimos unos servicios públicos escasos o, según el caso, nulos, tendríamos una combinación perfecta para concluir el desastre. Así, cobra especial importante el asociacionismo municipal en figuras tales como consorcios, mancomunidades u otras fórmulas, así como planes de cooperación o desarrollo asociado que permitan integrar en cierta medida esa imagen dispersa que proyecta España.

3. MENCIÓN ESPECIAL A LOS SERVICIOS PÚBLICOS RELACIONADOS CON PERSONAS DE EDAD AVANZADA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA.

Este segundo conjunto de temas es una rigurosa obra en palabras de la estimada profesora Susana Rodríguez Escanciano, Dª Beatriz Agra Viforcos, D. Diego Megino Fernández y Dª María de los Reyes Martínez Barroso.

Como ya se ha comentado, el primer grupo poblacional que no duda en abandonar su lugar de residencia es el de los jóvenes. Evidentemente, su motivación es la de cursar sus estudios superiores, la falta de otros grados de formación alternativos (formación profesional, cursos de formación públicos, etc.), la escasez de empleo o las dificultades de emprendimiento en zonas escasas en recursos y población receptora del producto o servicio. Este conjunto de problemas invita a los más jóvenes a abandonar sus hogares de forma cada vez más precoz, haciendo que los territorios que dejan vayan envejeciendo exponencialmente.

Con esta mayoría de población en edad avanzada parece claro que, para atraer nueva población que reviva estos territorios, se deben cuidar y conservar la ya existente. Así, no es raro pensar que los principales servicios públicos a cubrir llevan la nota de salud enormemente aparejada. El cierre de consultorios locales y el centralismo rampante hacen que, en zonas con infraestructuras escasas, transportes nada modernizados y escasez de recursos la posibilidad de desplazarse rápida y eficazmente sea una quimera. La distancia es, por lo tanto, un término realmente gravoso.

Es por ello por lo que en esta monografía se proponen soluciones de todo tipo, desde el servicio de ayuda a domicilio al apoyo mediante teleasistencia. Claro está, que no se debe descuidar la atención presencial y cercana, pero si además se refuerza con otros medios el avance será mayor. Sin embargo, volviendo a rememorar problemas ya citados, es harto complicado ofrecer un servicio de teleasistencia adecuado con unos servicios tecnológicos y de telecomunicaciones claramente atrasado. Al final unos problemas son consecuencias de los otros y viceversa.

4. LA DIFÍCIL TAREA DE CONCILIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO RURAL Y LOS ESCOLLOS DIGITALES EN LA ESPAÑA VACIADA

Sobre conciliación familiar y atrasos digitales en el mundo rural la obra cuenta con la prestigiosa opinión de las autoras Dª. Natalia Ordóñez Pascua, Dª. Cristina González Vidales y Dª. Lidia García Martín.

La tarea de conciliación familiar es un tema pendiente en cualquier tipo de población, pero más si cabe en el mundo rural donde, fruto de otro tipo de males que dificultan enormemente la empleabilidad y sus formas, se ve sensiblemente agravado dicho fenómeno. Evidentemente, como no podía ser de otra forma, es el género femenino el que más soporta este daño, en tanto en cuanto las poblaciones rurales —como tantas otras— pecan de un sector agrario, ganadero y otro tipo de labores eminentemente masculinizadas, lo que dificulta la incorporación al trabajo de la mujer. De hecho, su participación mayoritaria es mediante sistemas ajenos a la laboralidad común, mediante un trabajo informal en el que se percibe una remuneración sin haber un vínculo contractual o, de no ser así, intervendrán mediante emprendimiento y autoempleo, fórmula que en el S.XXI está cobrando mayor importancia.

Este trabajo tan imperfecto se une a problemas como la falta de servicios públicos y/o privados que juegan un papel positivo en lo que a conciliación se refiere, tales como guarderías, ludotecas u otros. De hecho, estas actividades sí están al alcance de la población residente en grandes municipios o ciudades que, unido a trabajos más formales y reglados, ayudan a una conciliación que, aún así, sigue siendo mejorable.

Por último, la brecha digital es quizás el gran escollo de estos territorios, pero en este manual no se hace referencia exclusivamente a cuestiones ya mencionadas tales como internet o servicios telefónicos, sino que avances propios de la civilización urbanizada como las relaciones telemáticas con la Administración suponen un déficit o agravio comparativo en estos territorios, en tanto en cuanto la población ya se ha explicado que está sensiblemente envejecida y sus conocimientos tecnológicos son limitados, por lo que se les puede llevar a privar de una serie de derechos o llegar a hacer incumplir una serie de deberes por una brecha digital que no deja indiferente a nadie en los pueblos.

5. EL TURISMO RURAL COMO VÍA PARA EL PROGRESO Y LA RECUPERACIÓN

La voz especializada en turismo rural como vía para el progreso de estos territorios la ponen los estimados D. Roberto Fernández Fernández y Dª. Ana María Castro Franco.

Que el sector turístico representa una porción muy elevada de la economía española no se le escapa a nadie, y lo que según como se mire puede ser un problema por la falta de alternativas quizás para los territorios rurales pueda ser una buena oportunidad. Y es que el aprovechamiento paisajístico, natural, gastronómico y de la biodiversidad existente en estos territorios hacen de estos activos muy importantes para competir turísticamente.

Sin embargo, el hecho de poseer todos estos nichos de negocio significa que han de cuidarse y protegerse, fomentando un turismo seguro y comprometido con el cuidado de estos territorios que se base en principios como los de sostenibilidad y racionabilidad.

Cierto es que la pandemia causada por el COVID-19 ha sido devastadora para todo un sector turístico que ha repercutido de manera notable en las arcas públicas y privadas españolas y, consecuentemente, también ha afectado a territorios rurales, aunque en menor medida al ser alternativas menos concurridas y masificadas que han sido preferencias a la hora de elegir sus destinos por los viajeros.

6. LA EMPRESA EN EL MUNDO RURAL Y EL TERRITORIO RURAL COMO POLO TECNOLÓGICO Y DE INNOVACIÓN

El reciente doctor D. Francisco Xabiere Gómez García es quien pone la voz experta en lo que a la posición de la empresa en el mundo rural se refiere con un punto de vista claramente centrado en el progreso y la innovación. Junto a él, D. Rodrigo Tascón López es quien expresamente desarrolla la idea de las empresas de inserción y el abanico de posibilidades que abren a estos territorios. Son los profesores D. José Gustavo Quirós Hidalgo y Dª. Henar Álvarez Cuesta quienes explican el papel de los centros especiales de empleo y las cooperativas agrarias, respectivamente. Finalmente. D. Juan José Fernández Domínguez y Dª. Patricia Prieto Padín son las voces autorizadas para poner el broche final a una excelente obra cerrando la misma con el último capítulo dedicado a conversar acerca de buenas prácticas en el fomento de la economía social y el trabajo autónomo en las zonas rurales.

Parece automático pensar que poblaciones no urbanizadas, sin recursos, alejadas de las civilizaciones que colman el mundo empresarial, tecnológico y la innovación vayan a tener oportunidad de dar alcance a estos. Pero, nada más lejos de la realidad, estos espacios pueden ser los óptimos para determinados progresos que en las ciudades y grandes urbes no se pueden desarrollar, tales como proyectos ambientales, relacionados con la biodiversidad y el ecosistema, los espacios verdes y otras características que en el plano físico separan el mundo rural del mundo urbano. En definitiva, lo que a veces se ve como un imposible, si se mira con otra perspectiva puede estar lleno de oportunidades.

A la inversa, también el mundo rural necesita del mundo urbano para su desarrollo en planos como los transportes, las infraestructuras y otros servicios ya comentados. Uno al que no se ha hecho referencia es el de las empresas de inserción, mediante las cuales se pueden proporcionar muchas de estas actividades a estos territorios y que estos lo devuelvan en forma de progreso, innovación y productividad.

Evidentemente, una vez más se debe hacer referencia a las personas con capacidades modificas y a su inserción laboral, por lo que el análisis de los centros especiales de empleo también cobran importancia en esta monografía por lo relevante de su papel en el mundo rural en función de lo ya explicado.

También, por lo específico del trabajo agrario y ganadero en los pueblos, hay que hacer especial hincapié en este sector y en sus modelos mercantiles y laborales, con figuras tales como las cooperativas agrarias y de trabajo asociado, así como el trabajo autónomo del campo y la ganadería.

7. CONCLUSIONES

En definitiva, el mundo rural es un espacio lleno de oportunidades, de personas muy válidas con ganas de progresar, emprender y trabajar, un lugar con unas cualidades físicas y medioambientales no al alcance de cualquier otro y con unos recursos muy interesantes por explotar de forma sostenible.

Todos los medios aquí expuestos pasan por la acción de las instituciones y la apuesta definitiva por el desarrollo de estos territorios, luchando contra la despoblación y el centralismo. Dotar de infraestructuras y servicios públicos quizás sea el primer paso y el más costoso, pero es la manera de sentar unas bases que hagan que la gente no deba mirar fuera de sus límites territoriales para encontrar oportunidades a la vez que concilian una vida unas comodidades similares a las de las personas que residen en las urbes.



RESEÑA DE "LA PROTECCIÓN SOCIO-LABORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: ENTRE DERECHO NORMAL Y DERECHO DE LA EMERGENCIA"

(MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA, B.M. Y GUINDO MORALES, S., LABORUM, MURCIA, 2021)

Miguel Ruiz Carnero

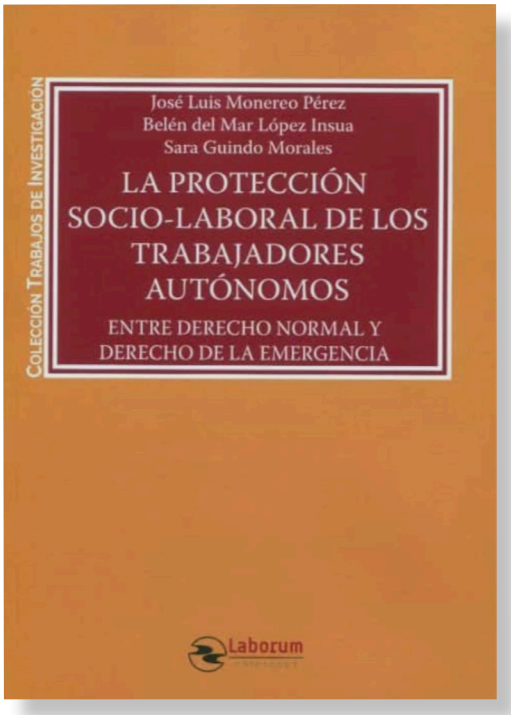
Investigador

Universidad de Málaga

mr.carnero7@uma.es ORCID ID 0000-0003-3913-7357

Recepción de trabajo: 14-01-2022 - Aceptación: 14-01-2022

Páginas: 407-408



Una de las obras más novedosas en materia laboral y de Seguridad Social es el libro titulado «La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: Entre derecho normal y derecho de la emergencia». Este texto se ha publicado en 2021 en la colección de "Trabajos de investigación", dirigida por Dña. Belén del Mar López Insua, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. La profesora también es autora de esta obra junto al catedrático José Luis Monereo Pérez y la profesora Sara Guindo Morales, que forman parte del cuerpo docente de la Universidad de Granada.

El documento presenta, en primer lugar, unas abreviaturas relevantes en la materia para entender el contenido de los dos capítulos de este libro. En relación con el primero, se abordan aspectos muy relevantes como la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), y la Protección Social de las personas autónomas en el contexto de crisis sanitaria, económica y social de la COVID-19.

El segundo capítulo se centra en el personal autónomo económicamente dependientes (TRADEs). Se em-

pieza por la política comunitaria en esta materia y, posteriormente, se trata la regulación a nivel estatal. Respecto a este último, se desarrollan cuestiones importantes como las diferencias entre varias figuras (personas asalariadas, personal autónomo independiente y TRADE), el contrato entre TRADE y cliente, y la situación de las mujeres como trabajadoras autónomas. Por último, se explican los diversos conflictos que están planteando la llamada "economía de las plataformas" o "plataformas digitales", exponiendo el caso de Deliveroo y Globo. En ese sentido, se recoge la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 805/2020, de 25 de septiembre de 2020, declarando la existencia de relación laboral entre la empresa Glovo y uno de sus repartidores. Asimismo, se aborda el Real Decreto-ley 9/2021, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, también conocida como "Ley Rider".

Finalmente, el anexo normativo recoge dos leyes relevantes para entender el derecho laboral español: la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo y el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el 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.

En definitiva, se trata de una obra de actualidad e imprescindible para entender la realidad laboral española, caracterizada por las nuevas formas de organización del trabajo en el contexto de pandemia. Aprovecho para felicitar al autor y autoras por este libro, el cual recomiendo a todas aquellas personas interesadas en el derecho laboral.

RESEÑA DE "PLANES DE FORMACIÓN EN IGUALDAD DE GÉNERO"

(KAHALE CARRILLO, D.T., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2021)

Erika Báez Laguna

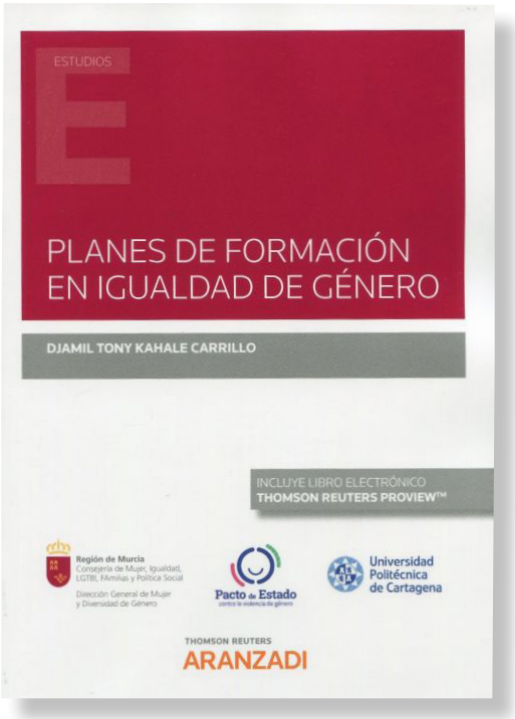
Doctoranda

Universidad Americana

ejbaez@uamv.edu.ni ORCID ID 0000-0002-1003-1113

Recepción de trabajo: 06-01-2022 - Aceptación: 07-01-2022

Páginas: 409-410



El libro *Planes de formación en igualdad de género* es una obra compuesta por diez capítulos que se caracterizan por ser muy metódicos, desde el primer al último capítulo se nos brinda un amplio panorama a medida que se desarrollan; pues en ellos se van repasando las distintas aristas de la igualdad de género.

El Capítulo I parte con historia contemporánea universal y española, abordando el Principio de igualdad, junto a lo que se entiende por acción positiva, la transversalidad de la perspectiva de género y los tipos de discriminación.

La regulación normativa la encontramos en el Capítulo II desde tres ángulos: el internacional, el comunitario y el español; en el Capítulo III, se repasan a profundidad las distintas corrientes del feminismo y cómo este ha venido evolucionando, haciendo el autor una interesante correlación histórica y lográndonos ubicar en distintas etapas de la historia, lo que invita a la reflexión, fue un capítulo muy interesante y de grata lectura.

En el Capítulo IV, se aborda el desarrollo de la mujer frente al ámbito laboral, la discriminación de la que puede ser víctima con distintos ejemplos del día a día, y las posibilidades de estar ante la dirección de una empresa y los obstáculos que ella enfrenta.

Encontramos un Capítulo V amplio, en donde se inicia con el estudio de medidas que aseguran la armonía del trabajo y de la vida personal y familiar de hombres y mujeres, abordando los descansos, permisos, vacaciones, excedencias, riesgos laborales, temas que fueron ilustrados a través de diversas sentencias.

Destacamos el abordaje de los Capítulos VI, VII y VIII, inicia el autor describiéndonos en qué consiste la igualdad retributiva por trabajo de igual valor, analizándolo desde las terminologías salariales, explicando cómo se valoran los puestos de trabajo y la forma de materialización de los mismos; hilando de una manera muy sutil, y desarrollando en el siguiente capítulo los tipos de acoso, su evolución a lo largo de los distintos estadios, sus diferencias y sus medidas de prevención y actuación; puntualizando en el Capítulo VIII la violencia de género, partiendo de conceptos y diferencias entre sexo y género, planteando las formas de violencia de género, pormenoriza los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exponiendo las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas. Destacamos en este capítulo el apartado sobre mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, como grupo extremadamente vulnerable, con lo cual el autor logra darle la importancia adecuada.

En los últimos capítulos, de manera pormenorizada nos conduce y orienta sobre cómo implementar las fases de los planes de igualdad en una empresa, y finaliza hablando del distintivo empresarial en materia de igualdad como un reconocimiento a la labor de empresas que han sobresalido por la igualdad de trato y oportunidades entre trabajadores y trabajadoras.

Fue grato encontrarme con capítulos tan bien desarrollados, exponiendo cada uno de los capítulos en acápites con información detallada; resultando valioso que cada uno cuente con su propia bibliografía, lo cual facilita desarrollar el conocimiento, constituyéndose en una gran herramienta didáctica.

Otro elemento que destaco son las aportaciones gráficas y documentales, en varios párrafos el autor inserta cuadros de texto, datos estadísticos y formatos como una manera práctica y fácil para abordar la temática, siendo elaborados algunos de ellos por el propio autor, lo cual conlleva un esfuerzo extra y eso se refleja en el resultado de la obra.

En el libro se destaca la importancia de un tema tan actual como es la formación en igualdad de género, que es abordado por el autor desde muchos ángulos, con un alto grado de aportación en el ámbito científico y docente, y se valora mucho que cada capítulo este formado por actividades voluntarias y preguntas de autocomprobación; como una herramienta para profundizar el conocimiento y lograr impartirlo tanto dentro como fuera de las aulas de clases.

Es una obra bondadosa en materia pedagógica, pues presenta un tema complejo de manera práctica, a través de una visión panorámica, pero a la vez abordada con sensibilidad; ya que se parte de la historia —no desde una visión tradicional— es una narrativa vista desde los ojos de nosotras las mujeres y contada por un hombre con sensibilidad de género. Por lo que recomiendo la obra como lectura obligada a todas aquellas personas interesadas en temas de igualdad de género, que servirá de base para adentrarse en este mundo.



RESEÑA DE "LA SUFICIENCIA Y LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS PERSONAS MAYORES"

(VILA TIERNO, F. Y GUTIÉRREZ BENGOECHEA, M. (DIRECTORES); GÓMEZ SALADO, M.Á. (SUBDIRECTOR Y COORDINADOR), THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2022)

Raquel Fernández Flores

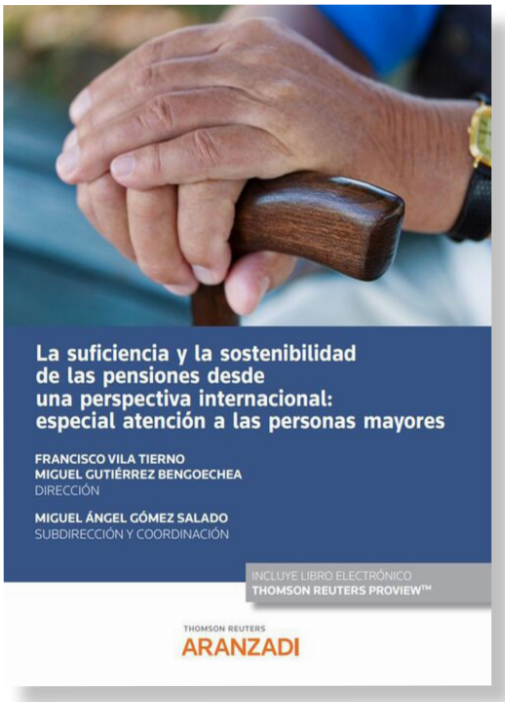
Investigadora

Universidad de Málaga

fernandezfloresraquel@gmail.com *ORCID ID* *0000-0001-7015-330X*

Recepción de trabajo: 25-02-2022 - Aceptación: 07-03-2022

Páginas: 411-412



A finales del año 2021, se produce la publicación en español del libro que lleva por título "*La suficiencia y sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: Especial atención a las personas mayores*" (editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra). La realización de dicho libro se enmarca en diversos proyectos y grupos de investigación competitivos, como los siguientes: "*Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?*" (RTI2018-094696-B-I00); "*Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico*" (P18-RT-2585); "*Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital*" (UMA18 FEDERJA 028); "*Políticas de Empleo, Igualdad e inclusión social*" (PAIDI SEJ-347); y "*Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional*" (PAIDI SEJ-587).

Esta monografía, que se encuentra dirigida por los prestigiosos profesores Francisco Vila Tierno (Catedrático de De-

recho del Trabajo y de la Seguridad Social) y Miguel Gutiérrez Bengoechea (Catedrático Acreditado de Derecho Financiero y Tributario), incorpora distintos trabajos elaborados por 28 expertos, de ámbito multidisciplinar y vinculados a distintas universidades españolas y extranjeras, que "*han pretendido, (...), plantear un profundo análisis, en perspectiva comparada, de los mecanismos de protección social para mayores. Si bien, ello se contextualiza en un marco en el que la sostenibilidad de los Sistemas Públicos exige un proceso de reformas que se ha globalizado en cuanto a su extensión por países*" (resumen).

Tal y como se muestra en el índice, dicho libro se encuentra desglosado en tres principales títulos, con un total de veintitrés capítulos repartidos entre ellos. El primero, hace referencia en un modo genérico al marco de las pensiones de desde una óptica internacional. El segundo de ellos, siendo este el más largo, incluye un análisis técnico-jurídico y económico de los sistemas de pensiones que existen en el mundo, así como de sus reformas normativas. Por último, el tercero de los títulos, se encuentra enfocado en la protección de las personas mayores y en la garantía de la sostenibilidad del sistema en territorio español.

En definitiva, tal y como se establece en el resumen, se ha planteado "*esta obra, como una herramienta para contribuir al debate del futuro de las pensiones y aportar nuevas utilidades —extraídas del análisis comparado— que confluyan en la construcción definitiva de un modelo sostenible*".

Por todo lo señalado anteriormente, me gustaría felicitar a todos los autores que han participado en este libro y, del mismo modo, recomendar dicha obra para su posterior lectura y debate, ya que aborda temas realmente interesantes y actuales.