Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

2º Trimestre 2024 nº 11

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Las observaciones de los Relatores Especiales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el protocolo anti-piquete de la República Argentina (2023)
  José Ignacio Agostini
- La formación permanente de los trabajadores y las competencias digitales en un mercado laboral signado por la utilización de algoritmos
  Ana Castro Franco
- Desafíos y oportunidades para los trabajadores migrantes y los objetivos de desarrollo sostenible
  Salvador Guarecuco Cordero

Estudios de Doctrina Judicial

- Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería
  Víctor Sánchez del Olmo
- La competencia territorial de los Juzgados de lo Social en supuestos de teletrabajo: ¿prioridad aplicativa de la norma general o de la norma especial?
  Arturo Montesdeoca Suárez
- Solidaridad impropia y su controvertida admisión por la jurisprudencia social
  José María Ruz López

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- Las reacciones legislativas frente a la acción judicial en materia de discriminación y de adaptación laboral de las trabajadoras embarazadas, en los Estados Unidos
  Iván Vizcaíno Ramos

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía
  José Luis Monereo Pérez

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

- Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
  María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

- Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Laborum EDICIONES

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

2º Trimestre 2024 nº 11

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Contacto Revista:

www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@revreltra
revreltra@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revreltra/

Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

DIRECCIÓN:
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*

SUBDIRECCIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:
Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:
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*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:
Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*

Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregat Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Guillermo Leandro Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Rey Juan Carlos//Magistrado (supl.) en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra*
Margarita Miñarro Yanini, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Francisco Trujillo Pons, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Carolina Blasco Jover, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
María Remedios Menéndez Calvo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá*
Diego Megino Fernández, *Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Burgos*
Eva Garrido Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz*
Oriol Cremades Chueca, *Profesor lector Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)*
Lourdes Mella Méndez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*
José Antonio Soler Arrebola, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería*
Estefanía Rodríguez Santos, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*
Olga Fotinopulos Basurco, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del Pais Vasco*
María Luisa Martín Hernández, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Jose Ríos Mestre, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Dulce María Cairós Barreto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Marina García Revuelta, *Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*
Sara Alcázar Ortiz, *Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Belén Fernández Docampo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
María Gema Quintero Lima, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
María Luisa Molero Marañón, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*
José Manuel Morales Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Silvia Fernández Martínez, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Dialnet

MIAR

latindex catálogo

DRJI Directory of Research Journal Indexing

crue Universidades Españolas Red de Bibliotecas REBIUN

DULCINEA

Índice

EDITORIAL 11

INCERTIDUMBRES SOBRE LA CONTROVERTIDA CATEGORÍA JURÍDICA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN EL SECTOR PÚBLICO A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES **13**

José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. LA GESTIÓN DE PERSONAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LABORALIDAD Y TEMPORALIDAD COMO NOTAS ESENCIALES 13
2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL 17
3. DIFICULTADES SOBREVENIDAS DE LA FIGURA 21
4. LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO: REVISITANDO LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA 24
5. EL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CONSECUENCIAS REPARADORAS 26
6. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR: ALGUNAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y 2023 29
7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE FEBRERO DE 2024 30
8. ACTUACIONES JUDICIALES POSTERIORES 32

ESTUDIOS DOCTRINALES 35

LAS OBSERVACIONES DE LOS RELATORES ESPECIALES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL PROTOCOLO ANTI-PIQUETE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (2023) **37**

José Ignacio Agostini

1. INTRODUCCIÓN 37
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 37
3. LA DENUNCIA 43
4. LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN 45
5. EL PROYECTO DE LEY DE “BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS” Y EL DERECHO DE REUNIÓN PACÍFICA 49
6. OTRA ALARMA EN EL TABLERO DE CONTROL DE CALIDAD DEMOCRÁTICA 52
7. CONCLUSIÓN 54
8. BIBLIOGRAFÍA 54
9. OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS 56

LA FORMACIÓN PERMANENTE DE LOS TRABAJADORES Y LAS COMPETENCIAS DIGITALES EN UN MERCADO LABORAL SIGNADO POR LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS **59**

Ana Castro Franco

1. INTRODUCCIÓN 59
2. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJAR 60
3. FORMACIÓN CONTINUA Y COMPETENCIAS DIGITALES 63
4. CAMBIOS EN LA GESTIÓN DE LAS PERSONAS 74
5. LA FORMACIÓN EN LA INDUSTRIA 4.0 Y EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 78
6. CONCLUSIONES 79
7. BIBLIOGRAFÍA 80

DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 83
Salvador Guarecuco Cordero
1. INTRODUCCIÓN 83
2. ODS DE LA AGENDA 2030 Y MIGRACIÓN 84
3. VULNERABILIDAD Y MIGRACIÓN 85
4. MIGRACIÓN Y GÉNERO 92
5. EDADISMO Y MIGRACIÓN 94
6. APOROFOBIA EN LA MIGRACIÓN 97
7. MODELO JURÍDICO ESPAÑOL DE INMIGRACIÓN 98
8. REFLEXIONES FINALES 100
9. BIBLIOGRAFÍA 101

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 103

UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD JURÍDICO-PRÁCTICA DE LAS PROPINAS EN HOSTELERÍA 105
Víctor Sánchez del Olmo
1. INTRODUCCIÓN 105
2. ESTADO ACTUAL DE LA PROPINA 107
3. REFLEXIONES FINALES 114
4. BIBLIOGRAFÍA 115

LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL EN SUPUESTOS DE TELETRABAJO: ¿PRIORIDAD APLICATIVA DE LA NORMA GENERAL O DE LA NORMA ESPECIAL? 117
Arturo Montesdeoca Suárez
1. INTRODUCCIÓN 117
2. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE ANÁLISIS. ... 119
3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FALLO JUDICIAL 120
4. VALORACIÓN FINAL AL DEBATE PLANTEADO 121
5. BIBLIOGRAFÍA 123

SOLIDARIDAD IMPROPIA Y SU CONTROVERTIDA ADMISIÓN POR LA JURISPRUDENCIA SOCIAL 125
José María Ruz López
1. ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN 125
2. SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE SOLIDARIDAD IMPROPIA 128
3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA 141
4. REFLEXIONES FINALES 145
5. BIBLIOGRAFÍA 146

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 149

LAS REACCIONES LEGISLATIVAS FRENTE A LA ACCIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN Y DE ADAPTACIÓN LABORAL DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS, EN LOS ESTADOS UNIDOS 151
Iván Vizcaíno Ramos
1. EL CASO *GENERAL ELECTRIC V. GILBERT*, FALLADO POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN 1976 151
2. LA REACCIÓN LEGISLATIVA AL CASO *GILBERT*, POR MEDIO DE LA LEY FEDERAL DE DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO DE 1978 152

3. EL CASO *YOUNG V. UNITED PARCEL SERVICE, INC.,* FALLADO POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN 2015 154
4. LA REACCIÓN LEGISLATIVA AL CASO *YOUNG*, POR MEDIO DE LA LEY FEDERAL DE IGUALDAD PARA LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS DE 2022 155
5. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO, EN 2023-2024, DE LA LEY FEDERAL DE IGUALDAD PARA LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS DE 2022 157
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA 158

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 159

LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL CAPITALISMO (PARTE II): LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA ECONOMÍA 161
José Luis Monereo Pérez
1. CAPITALISMO, ESTADO Y DEMOCRACIA 161
2. LA EMPRESA. LA FORMA JURÍDICA DE LA EMPRESA CAPITALISTA 202
3. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA ECONÓMICO: LA FUNCIÓN ARTICULADA DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES 214

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 225

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 227
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA, LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 227
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA 256
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 264
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 265

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 271

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO ..273
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

Editorial

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales

Uncertainties about the controversial legal status of the non-regular permanent worker in the public sector in the light of recent court rulings

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano — *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.*
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34.

"La adopción, en ocasión legislativa, de modelos institucionales-estructurales para procesalizar el conflicto ha sido y es característica de los sistemas jurídicos occidentales. Obviamente, la procesalización del conflicto significa la absorción del conflicto en formas jurídicas preconstituidas; absorción que, además de ser técnica, es siempre también una "solución" política".

GIOVANNI TARELLO[1]

1. LA GESTIÓN DE PERSONAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LABORALIDAD Y TEMPORALIDAD COMO NOTAS ESENCIALES

Aun cuando tradicionalmente ha llegado a ser admitido que en tiempos de crisis el empleo público representa un "puerto de refugio" para sus "privilegiados" empleados dada la estabilidad en el puesto de trabajo tradicionalmente atribuida[2], la realidad de las últimas décadas muestra con

[1] Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho,* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, p. 422.

[2] Sánchez Morón, M.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en Sánchez Morón, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 358 y ss.

rotundidad lo cuestionable que resulta esta afirmación que más bien ha tornado en otra harto elocuente: "ser trabajador asalariado en el sector público implica una gran probabilidad de ocupar un empleo de carácter temporal"[3].

Las Administraciones Públicas han preferido contar con la herramienta de una importante bolsa de incorporación de efectivos a término, frente a otros procedimientos, siempre más complejos de articular (tal y como sucede con el reclutamiento de personal laboral estable o de funcionarios de carrera), dando lugar a una manifestación indiscutiblemente patológica, máxime cuando además de un elevado número de empleados en régimen de temporalidad, los vínculos se prolongan notablemente en el tiempo o se encabalgan sucesivamente, lo cual no deja de resultar paradójico dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por los Entes públicos que no responden a una demanda eventual por tratarse de servicios de interés general de naturaleza permanente[4].

En esta tendencia han incidido sobremanera las infradotaciones presupuestarias derivadas de la grave crisis del año 2008 y sucesivos, amparadas en el art. 135 CE reformado en 2011, que prohíbe a las Administraciones Públicas incurrir en un déficit estructural superior a los márgenes establecidos. Estas restricciones conllevaron severas limitaciones al empleo estable, pero no impidieron el reclutamiento de duración determinada, al estar autorizado "en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables"[5], vía de excepción, que no ha sido tal por su habitualidad, a través de la cual se ha permitido seguir atendiendo necesidades esenciales de los ciudadanos, pese a la amortización de cuantiosas plazas por jubilaciones[6]. Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución para la reducción de la deuda pública, ha tenido como efecto principal el recurso a aquellas modalidades de contratación más económicas y que menor compromiso de gasto implican: las temporales, favorecidas, además, por la congelación durante años de las ofertas públicas de empleo[7].

Es más, dentro de una posible dualidad de vínculos, funcionarial y laboral, las Administraciones se han inclinado mayoritariamente por la segunda de las alternativas, máxime cuando el art. 11.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), habilita a los Entes públicos para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en la legislación laboral, tanto por tiempo indefinido como singularmente temporales[8]. El convencimiento de una mayor flexibilidad en la gestión del empleo público laboral, alejada de los rígidos parámetros de sujeción especial, inamovilidad y derecho al cargo propios del régimen funcionarial, avala la predilección de los gestores de recursos humanos por el trabajo por cuenta ajena amparado por una especie de "técnica del espigueo"[9]. Y ello porque

[3] Fernández Gutiérrez, M. y Díaz Fuentes, D.: "Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte de un problema?", *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 51.

[4] Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*.: *Las modalidades de contratación Estudio técnico de su régimen jurídico,* Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 391 y ss.: Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, vol. II, p. 29.

[5] Monereo Pérez, J.L.: "El problema de la temporalidad en la Administración Pública y medidas equivalentes, efectivas y disuasorias para prevenir, sancionar y reparar el abuso y el ejercicio antisocial: ¿es posible declarar al empleado fijo?, *La Ley Unión Europea*, núm. 84, 2020.

[6] López Aniorte, M.C.: "Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 411, 2017, p. 27.

[7] Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, p. 121.

[8] De la Villa Gil, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social,* núm. 14, 2007, pág. 4.

[9] Sala Franco, T. y Rodríguez Escanciano, S.: La contratación laboral en el empleo público, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *Los diez esenciales de Aranzadi*, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 51. Asimismo, véase Vida Fernández, R.: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas,* Tesis Doctoral (Inédita), dirigida por J.L. Monereo Pérez, Universidad de Granada, 15 de noviembre de 2016, espec., págs. 336 y sigs.

su regulación no se somete exclusivamente al Estatuto de los Trabajadores y las correspondientes normas convencionales, sino que el art. 7 TREBEP matiza que el personal laboral al servicio de las Administraciones se regirá, "además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan". Es decir, que en lo que el TREBEP marque como norma de referencia para las Administraciones y los "empleados públicos", así como en aquellos que preceptos en los que se concreten aspectos de aplicación a los empleados públicos laborales, será de aplicación preceptiva dicha norma con preferencia a la laboral, de tal forma que se configura, -sin llegar a denominarlo expresamente-, como una relación laboral especial o al menos, peculiar, pero que cuya singularidad material y especificidad formal lo acercan a la naturaleza de esa relación laboral especial[10]. Se trata de una relación laboral desde *el punto de vista jurídico-material*, pero no desde la perspectiva jurídico-formal, toda vez que el art. 2.1 del ET, establece literalmente que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial […] 2.1.*l*) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Ante este aparente rigor jurídico-formal en la exigencia de una calificación legal expresa debe prevalecer el criterio de la realidad normativa sustancial consistente en atender al *régimen jurídico singular de tratamiento* legal de las relaciones laborales en el empleo público. Al tiempo, lo que califica jurídicamente una categoría jurídica es su régimen jurídico positivo específico. Lo cual en el caso aquí analizado conduce a que la relación laboral en el empleo público es una relación laboral especial por su regulación legal. Hablamos, pues, de un conjunto normativo específico que crea *ex novo* una relación laboral *especial* sin calificarla expresamente como tal tipo legal ex art. 2.1.*l*) del ET.

El proceso de progresiva laboralización de las Administraciones, ha alcanzado un crecimiento exponencial, no sólo por el desarrollo de la posibilidad legal de realizar dichas tipologías de contrataciones, sino también por la evolución y acercamiento de las propias instituciones de la Administración a los canales de organización de la empresa privada, con la aparición de las sociedades anónimas, entidades empresariales, fundaciones públicas, "consorcios", etcétera. Incluso así sucede con las Administraciones independientes, también llamadas organismos reguladores (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, Comisión Nacional de la Energía, etcétera), que aun ejerciendo funciones públicas de regulación de sectores básicos para el Estado, cuentan principalmente con personal vinculado a las mismas por contratos laborales (conforme a la posibilidad que se establece en la disposición adicional 4ª del TREBEP)[11]; sin dejar de mencionar las acusadas manifestaciones de asalarización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario –personal médico en formación— o en el universitario –personal docente e investigador laboral—. En paralelo, el tránsito desde una progresiva privatización indirecta, vía externalización del actividades y servicios a favor de empresas privadas, para acabar, en muchas ocasiones, en una recuperación/reinternalización de los servicios públicos (antes exteriorizados) bajo el régimen administrativo actual de gestión directa ha provocado ingentes trasvases de personal subrogado por el sector público[12].

---

https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/45270/26420363.pdf?sequence=6&isAllowed=y
Villalobos Vilches, E.: *Fraude de Ley en las Relaciones Laborales de las administraciones públicas y la figura del Trabajador indefinido no fijo,* Murcia, Laborum, 2023; *Ibid., Fraude de ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y régimen jurídico del trabajador indefinido no fijoLagunas en el Principio de estabilidad en el empleo,* Tesis Doctoral Doctoral, dirigida por J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, Universidad de Granada, 2022.
https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/81418/94751.pdf?sequence=4&isAllowed=y

[10] Sala Franco, T.: "La temporalidad en el empleo público", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021, pp. 49 y ss.

[11] Sala Franco, T.: "El modelo español. Presente y perspectivas", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, p.154.

[12] Monereo Pérez, J.L.: "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C., Dirs.: *El empleo público: puntos críticos en los*

Adicionalmente, la indefinición del modelo normativo, sobre la delimitación del ámbito de "ocupación" y reserva para los funcionarios, contribuye al auge *a contrario* de los laborales, pues el art. 9.2 TREBEP utiliza una fórmula similar a la de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, al encomendar en exclusiva para los primeros, sin hacer mención expresa a los segundos, "…el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos"[13]. Con esta escueta acotación, y en atención a la reserva de ley que exige el art. 103.3 CE, la determinación final de puestos abiertos a laborales, vendrá determinada con gran permisividad por lo que se dispongan en "las leyes de desarrollo de cada Administración Pública…"[14].

La indeterminación de los términos en que se marca la reserva a la condición de funcionario en ese art. 9.2 TREBEP, y la delegación posterior en la normativa de desarrollo, ha motivado que sean las Administraciones las que mediante las denominadas relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.), determinarán el régimen aplicable a cada servicio, siendo preceptiva la utilización de este instrumento de ordenación y gestión de personal en el caso del personal funcionario, eventual y laboral fijo, quedando exento de este requisito el personal laboral temporal (y eventual), que únicamente constarán como mera anotación en registros de personal no permanente[15].

Como es fácil de intuir, tal circunstancia no solo ha contribuido a aumentar el umbral de "laboralización" sino el reclutamiento a término, olvidando o relajando en muchos casos los principios de mérito y capacidad que informan o rigen por mandato constitucional el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público. Laboralidad y temporalidad son, pues, dos notas características sobresalientes del empleo público de los últimos años.

Ahora bien, el frecuente recurso a la contratación laboral temporal por Administraciones Públicas o por Entes del sector público fundacional o empresarial ha dado lugar en múltiples ocasiones a relaciones decididamente anómalas o patológicas amparadas en el fraude de ley, abuso de derecho o cesión ilegal de trabajadores. Las consecuencias reparadoras a tales abusos han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en

ordenamientos italiano y español, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.

[13] El Informe de la Comisión de Expertos sobre la originaria Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, advertía del principio general que debe regir en este ámbito, por el que es necesario reservar los puestos que precisan de la imparcialidad de los empleados que deben adoptar decisiones vinculantes, realizar actuaciones de inspección, o de carácter sancionador que pudieran lesionar derechos individuales, o realizar actuaciones que requieran total independencia de criterio (dación de fe pública), o funciones de soberanía (fuerzas armadas, carrera judicial, etcétera). Respetando dicho límite la Administración puede acomodar el régimen de personal a las necesidades de cada organización.

[14] El origen de esta fórmula se encuentra en art. 39 del Tratado de Constitución CEE, que establecía "la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo", y su apartado cuarto que excluye la aplicación de este principio a los empleos en las Administraciones Públicas. La interpretación que del precepto hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CEE - STJCEE núm. Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986-, marcó el alcance de los criterios sobre la libertad de circulación de trabajadores extranjeros comunitarios en relación a los empleos de la Administración Pública (respecto a la posibilidad de que ciertas funciones públicas sean reservadas por la normativa interna a los nacionales de cada Estado). Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "derecho de información y empleo público", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p. 187.

[15] Miñarro Yanini, M.: "Empleo público y contratos de `interinos': de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 384, 2015, p. 86.

toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor[16].

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato[17].

Llegados a este punto -y con la brevedad que exige un editorial-, procede concretar la atención en la diferencia entre relación fija o indefinida no fija. Tradicionalmente, y esa ha sido la peculiaridad más característica de esta última vinculación, su paralelismo con el contrato de interinidad -en tanto que ambos estaban sujetos a una finalización vinculada al desarrollo de un proceso de selección regular-, la situaba más cercana a una naturaleza temporal que propiamente indefinida. Sin embargo, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo 2017[18] se ha venido a cambiar este criterio, de manera que ahora se alude a que no se trata de un contrato de naturaleza temporal, pero sin que ello lo convierta en un contrato fijo. Integra, por tanto, una categoría que puede calificarse como *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental[19].

Con mayor detalle, la evolución de la doctrina jurisprudencial se puede estructurar en las fases siguientes[20]:

2.1. Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo

En un primer momento, parecen primar (no sin excepciones) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo inherente a las normas de Derecho del Trabajo, con lo cual el art. 15.3 TRET (presunción de indefinición contractual) no era de aplicación en el marco de las contrataciones temporales fraudulentas llevadas a cabo por las Administraciones, pues lo impedirían los parámetros incorporados a la Norma Fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de los empleos públicos, recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en relación con el entonces vigente art. 19 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP). Las desviaciones cometidas al respecto suponían meras irregularidades administrativas, que no permitían modificar la naturaleza de la relación, ni determinar la adquisición, con carácter indefinido, del puesto ocupado[21].

---

[16] Arufe Varela, A.: "Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, pp. 85 y ss.

[17] Suárez Corujo, B.: "El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61, 2017 (BIB 2017/546), pp. 1-2.

[18] Rec. 1664/2015.

[19] ATC 122/2009, de 28 de abril.

[20] Rodríguez Escanciano, S.: "La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla", *Trabajo y Derecho*, núm. 47, 2018, pp. 88 y ss.

[21] SSTS, Social, 19 octubre y 16 diciembre 1985 (Ar. 4697 y 6117) ó 29 mayo 1986 (Ar. 2746).

Esta tesis de partida rápidamente adquiere matices y fisuras interesantes al abordar la extinción del vínculo temporal anómalamente concertado. La regla general sigue siendo que el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede llevar aparejada nunca la opción por la readmisión, restando únicamente la posibilidad de indemnizar al "damnificado", pues de lo contrario se perpetuaría una relación nacida "*contra natura"* y, a la postre, contra la Constitución[22]. Pero no dejan de aparecer pronunciamientos que consideran tal interpretación "irrespetuosa" con otros principios "igualmente constitucionales, como el de tutela judicial efectiva --art. 24.1--, así como con el de igualdad ante la Ley --art. 14--, toda vez que de seguir el razonamiento judicial *supra* expuesto recibirían distinto trato los trabajadores de la Administración pública que quienes trabajaran para particulares"[23]. La diferencia, en este caso, vendría justificada, no obstante, por la presencia de tan singular empresario, capaz de convertir el diverso tratamiento no sólo en "no-discriminatorio", sino en justo, al venir exigido por el propio art. 14 CE[24].

2.2. Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados

Pronto aparece consolidada una nueva teoría, con *vis expansiva* indudable (e "inspirada netamente en principios laborales"), conforme a la cual parece oportuno rectificar la regla general en el supuesto de "incumplimientos especialmente cualificados"[25], por entender que, en tal caso, los contratos entre la Administración y un trabajador por cuenta ajena no pueden ser considerados meros pactos anómalos, sino acuerdos en los cuales las transgresiones al Derecho alcanzan una entidad tal como para merecer la sanción máxima para el empleador de ver convertida tal relación en indefinida, y el beneficio supremo para el empleado de alcanzar la estabilidad[26]. De esta forma, mientras las irregularidades meramente formales en la materia no provocan la transformación de temporal en indefinido, primando, por tanto, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, los incumplimientos especialmente cualificados sí lo hacen[27].

Como es lógico, los conceptos "especialmente cualificado" e "irregularidades no significativas" ("términos abstractos" aplicables a un elenco ingente de supuestos) dieron pábulo a una polémica de inacabable jurisprudencia sobre lo que por tal cabía entender o no. Así, entre los principales incumplimientos leves, venían siendo citados la superación no importante de los plazos máximos de contratación temporal permitidos legalmente[28], la no materialización del vínculo en modelo oficial[29], su formalización tardía por escrito[30] (también cuando tales circunstancias afectaran a las prórrogas)[31] o la suscripción de una modalidad cuando debería haberse utilizado otra (siempre y cuando, exigida, sí concurriera la causa de la temporalidad)[32]. Por contra, procedía considerar graves

[22] Fernández Domínguez, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, EGAP, 2003, pág. 255.

[23] ATC 848/1988, de 4 de julio.

[24] ATC 697/1988, de 6 de junio.

[25] Una completa síntesis de tal perspectiva, por todas, en la STS, Social, 18 julio 1990 (Ar. 6424).

[26] En tal sentido, entre muchas, SSTS, Social, 7 mayo 1985 (Ar. 1059), 2 mayo y 9 abril 1987 (Ar. 1305 y 2386), 7 marzo, 7 mayo, 4 julio, 13 septiembre y 11 octubre 1988 (Ar. 1790, 1854, 5745, 6616 y 7477), 7 junio y 28 noviembre 1989 (Ar. 4547 y 8272), 2 marzo 1990 (Ar. 1750), 18 marzo 1991 (Ar. 1875), 7 octubre 1996 (Ar. 7492), 14 marzo 1997 (Ar. 2474) ó 20 enero 1998 (Ar. 317).

[27] SSTS, Social, 12 septiembre 1988 (Ar. 6874), 27 noviembre 1989 (Ar. 8262), 7 febrero y 18 julio 1990 (Ar. 838 y 6424), 7 y 23 octubre 1992 (Ar. 7621 y 7676), 27 octubre y 18 julio 1994 (Ar. 8532 y 7055) y 28 noviembre 1995 (Ar. 8767).

[28] STSJ, Social, Extremadura 31 mayo 1994 (Ar. 1955).

[29] STS, Social, 13 diciembre 1987 (Ar. 8901).

[30] STS, Social, 28 noviembre 1988 (Ar. 8901).

[31] STS, Social, 24 abril y 4 junio 1986 (Ar. 2244 y 3464).

[32] STS, Social, 31 julio y 7 noviembre 1995 (Ar. 6926 y 8673) ó 4 mayo y 12 junio 1998 (Ar. 4089 y 5203).

(atendiendo tanto a la entidad misma de la infracción cuanto a la posible presencia de un elemento intencional ordenado a eludir la aplicación de las garantías legales en este ámbito) las siguientes irregularidades[33]: la contratación temporal de un trabajador para desarrollar actividades coincidentes con las funciones normales y habituales de un organismo público[34], la utilización del tipo eventual para cubrir necesidades permanentes si bien cíclicas[35], la omisión de la forma escrita del contrato[36], la abierta superación de los plazos máximos de duración autorizada para la respectiva modalidad[37], el hecho de no denunciar el cumplimiento del término[38] o, por no seguir, la falta de capacidad para formalizar el contrato para el fomento del empleo[39].

En estos casos flagrantes, la jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar la sanción laboral correspondiente: la transformación del contrato temporal en indefinido[40], evitando el filtro de la selección previa de quien accedía en términos laborales a la condición de fijo, dando plena validez a la conocida expresión "nada hay más fijo en la Administración que lo temporal"[41]. Lo verdaderamente dificultoso era --según consta-- encontrar un criterio cierto para trazar la línea divisoria entre las meras anomalías no determinantes de consecuencias tan drásticas y aquellas otras "especialmente cualificadas", configuradoras del efecto trascendente descrito[42]. En consecuencia, la inseguridad quedaba servida, pues no sería el tipo de irregularidad, sino su grado e intensidad, lo que permitiría diferenciar entre los incumplimientos especiales y cualificados de aquellos otros no considerados como tales; de modo tal que una misma inobservancia de la normativa sobre contratación temporal podría conducir a la transformación o no a partir de su entidad[43].

2.3. Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo

Quedaba abonado el terreno para, en un tercer momento, dar el salto de calidad (más que de "cambio de doctrina" cabe aludir a una "ordenación y sistematización de la precedente"[44], transformando la regla especial en general) y anteponer el principio constitucional de tutela judicial efectiva a los de mérito y capacidad. El paso decisivo lo lleva a cabo el Tribunal Supremo cuando establece --y sostiene en el tiempo[45], sumándose al principio de igualdad de efectos entre Administración y empresario privado en esta materia-- que la previsión normativa sobre acceso debe quedar ceñida "al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento", razón por la cual aquella previsión específica [el entonces art. 19 LMRFP] "no puede entenderse en el sentido de que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral"; y ello a pesar de los principios constitucionales, pues

[33] STS, Social, 26 octubre 1992 (Ar. 7842).
[34] SSTS, Social, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 1875 y 3931) ó 27 enero y 6 mayo 1992 (Ar. 75 y 3577).
[35] STS, Social, 18 diciembre 1991 (Ar. 9081).
[36] STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 26 febrero 1999 (Ar. 872).
[37] STS, Social, 11 mayo 1997 (Ar. 2312).
[38] STSJ, Social, Madrid 10 junio 1999 (Ar. 1968).
[39] STS, Social, 18 julio 1989 (Ar. 5873).
[40] Barreiro González, G.: "Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2000, p. 39.
[41] Recordada por Miñambres Puig, C.: *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, Civitas, 2001, p. 179.
[42] Cordero Saavedra, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, Laborum, 2004, p. 120.
[43] Godino Reyes, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1986, p. 219.
[44] Carratala Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.Mª.: "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, núm. 13, 1993, pp. 71 y ss.
[45] SSTS, Social, 11 febrero, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 822, 1875 y 3931), 27 enero, 6 y 19 mayo, 20 y 27 julio y 26 octubre 1992 (Ar. 508, 3679, 3577, 5635, 5663 y 7842), 22 septiembre 1993 (Ar. 7111) ó 12 julio 1994 (Ar. 5714).

estos cualificados empleadores deben "tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... Cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión regular, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la ley y al Derecho, por excepción, tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de vínculos temporales implica un juicio permanente y favorable a la existencia de mérito y capacidad capaz de suplir la falta de pruebas selectivas"[46].

Ahora bien, el Alto Tribunal matiza y añade: "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo"[47]. De este modo, aparece una extraña diferencia entre fijos al servicio de la Administración, los que han superado las oportunas pruebas de selección, y por tiempo indefinido, quienes sin superar aquéllas hayan accedido a la condición de empleados públicos por irregularidades en la contratación[48].

2.4. Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente

Como no podía ser menos, esta tesis alcanzada en unificación de doctrina quedó abierta a las más duras de las críticas, no tardando en surgir una nueva teoría aclaratoria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cual, al tratar de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente[49], lo cual no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado[50]. La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter queda referida objetivamente al vínculo, no al empleado en sí mismo considerado[51].

En consecuencia, las anomalías en este ámbito no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptivamente sometida a los principios

[46] STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (Ar. 865 y 6684).

[47] SSTS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

[48] STS, Social, 27 marzo 1998 (Ar. 3159).

[49] STS, Social, 20 enero 1998 (Ar. 1000).

[50] SSTS, Social, 27 marzo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 7875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147) y 6 mayo y 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 5765 y 2003, 8956).

[51] Sempere Navarro, A.V. y Quintanilla Navarro, R.Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003, p. 114.

de igualdad, mérito y publicidad[52]. La primacía del Derecho Administrativo es --según esta doctrina jurisdiccional-- una exigencia derivada de los mencionados parámetros constitucionales, de forma que el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente[53]. Por tanto, el art. 15.3 TRET pasa a ser aplicado con matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la controvertida terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido; antes al contrario, se prolonga hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una provisionalidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla. Esta operación jurídica provoca una novación del negocio ilícito en un contrato lícito de interinidad por cobertura de vacante, habida cuenta que el proceso de selección o promoción exigido en esta modalidad de contratación se inicia, de suyo, con la declaración judicial de irregularidad. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior[54], bien mediante la cobertura, bien mediante la amortización de la plaza[55].

3. DIFICULTADES SOBREVENIDAS DE LA FIGURA

El resultado final de esta evolución jurisprudencial ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 TREBEP, en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de ley se contempla formalmente esa triple clasificación haciendo referencia a los indefinidos no fijos[56]. Y ello porque los mencionados condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo sea con carácter permanente.

La figura trabajador indefinido no fijo ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades graves en la contratación o se actúa en fraude de ley, pudiendo mencionar, como ejemplos más significativos los siguientes: antes de la reforma de 2021, la concatenación de vínculos temporales por un período superior a 24 meses dentro de uno de 30 meses o la prolongación de los nexos temporales legales más allá de los tres años en los contratos por obra[57]; la proliferación de becas sin fin formativo[58]; la concertación de

[52] Fernández Domínguez, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003, p. 258.

[53] SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634), 9 octubre y 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 119 y 7654) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2004, 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 2004, 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 2005, 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 2006, 1352), Castilla y León (Valladolid) 10 septiembre 2008 (AS 2736), Madrid 11 febrero 2009 (AS 2009, 898) y Cantabria 18 marzo 2009 (JUR 2009, 207652).

[54] SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

[55] Lahera Forteza, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

[56] De la Villa Gil, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

[57] SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12).

[58] STS, Social, 22 noviembre 2005 (rec. 4752/2004).

falsos contratos administrativos de servicios de ley con personas físicas o sociedades unipersonales (art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público); el recurso indebido a los servicios de una empresa de trabajo temporal fuera de los supuestos legalmente autorizados (arts. 6, 8 y disposición adicional 4ª Ley 14/1994) y las cesiones ilegales[59]; las interinidades por vacante que han desbordado el lapso previsto en el art. 70.1 TREBEP, en virtud del cual "en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años (ahora dos años)"[60]; la utilización de perceptores por desempleo para la realización de trabajos temporales de colaboración social cuando dicha posibilidad no respete la normativa aplicable[61]; o, incluso, los rescates o reasunción de servicios públicos, si bien la Ley de Presupuestos 3/2017 excluye, con vigencia indefinida, de la condición de empleados públicos a todos los que provengan de la reversión de servicios públicos tras procesos de subrogación laboral sin negar la aplicación de las "previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral" (disposición adicional 26ª), lo cual obliga a interrogarse si se ha creado una nueva "modalidad contractual" diferenciada de la figura del trabajador indefinido no fijo como "personal a extinguir" o como "personal subrogado". Esta disposición ha sido declarada inconstitucional[62].

Pero hay que tener en cuenta que en los supuestos de "sucesión de empresa" o de "reversión" de servicios públicos no hay anomalía jurídica o fraude de ley, de manera que estamos ante un supuesto jurídicamente normalizado de *personal laboral subrogado* que no genera un nuevo tipo contractual propiamente dicho, pues constituye la aplicación coherente del art. 44 TRET y de la Directiva 2001/23/CE. Este personal laboral subrogado no puede ser calificado "*per se"* cómo indefinido no fijo (salvo supuestos de fraude de ley u otra clase de anomalías jurídica o ilícito laboral en la sucesión o reversión), sino como personal laboral típico atendiendo a la modalidad de contractual que ostentaba antes de la sucesión o reversión de servicios con la empresa concesionaria, contratista o adjudicataria de los mismos. El régimen jurídico laboral básico del personal subrogado en los supuestos de sucesión de empresa encuentra su eje en ese grupo normativo iuslaboral, sin perjuicio de las peculiaridades meramente instrumentales que puedan establecerse dentro del marco del sector público. De este modo, conforme al art. 3 1 de la Directiva: "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso". Ciertamente, según el art. 4 1: "El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo". En breves palabras: En la normativa de transposición en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el art. 44.1 TRET (el cual constituye el eje central de dicha transposición) dispone que: "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario *subrogado* en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente". Estaríamos aquí ante un supuesto típico de subrogación o sucesión laboral *ex lege* a título inter vivos (o cesión legal del contrato) por parte de la Administración o ente público actuante, quedando su posición iuslaboral objetivamente inalterada por el sólo hecho del traspaso. Y repárese que el servicio/actividad pública organizada objeto de la sucesión o reversión puede de nuevo -en otro momento posterior de "tráfico jurídico"- ser transferido a un tercero en calidad de empresario o ente concesionario o contratista y

[59] SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15).
[60] SSTS, Social, 10 y 14 octubre 2014 (rec. 723/2013 y 711/2013).
[61] SSTS, Social, 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012).
[62] STCo 122/2018.

entonces los trabajadores adscritos al mismo servicio/actividad organizada serán traspasados a esos nuevos gestores del servicio/actividad externalizada o traspasada[63].

Las dificultades sobrevenidas a esta figura vienen porque aunque encuentra acomodo en el TREBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el TREBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el citado art. 11. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción –véase el art. 61.7 TREBEP que parte de la regla común de la relación fija como resultado de los procesos de acceso regular al empleo público-. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, digamos que no estrictamente "temporal", viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En cualquier caso, el gran problema –persistente en el marco legal- es que el TREBEP dio carta de naturaleza a esta figura de origen jurisprudencial, pero no le dotó de un estatuto jurídico regular que atendiera a su especificidad.

El marcado carácter anfibológico del trabajo indefinido no fijo (temporal para algunas cosas e indefinido para otras[64]) hace harto difícil su gestión, tal y como muestra un largo rastro de pronunciamientos sobre sus prerrogativas, obligaciones e incluso un solitario pronunciamiento del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 que les atribuye el derecho a la funcionarización[65]. Se ha reconocido en vía judicial el derecho al complemento de antigüedad[66], la equiparación retributiva[67], el derecho a la movilidad geográfica[68], a una excedencia voluntaria[69], así como al desarrollo profesional, promoción y reclasificación[70], debiendo hacerse extensivo a la posible participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico derivado de un resultado positivo que ha sido reconocido para los interinos[71]. En cambio, recientemente, los indefinidos no fijos han sido excluidos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo[72].

Pero, sin duda, las mayores incertidumbres pivotan sobre la fórmula extintiva que se escoja para poner fin a esa relación y los efectos indemnizatorios inherentes, aspecto que requiere un enfoque particularizado, más aún si se considera la jurisprudencia comunitaria, especialmente asuntos como De Diego Porras o Huetor Vega, Martínez Andrés y Pérez López, IMIDRA, etcétera.

---

[63] Monereo Pérez, J.L.: "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C., Dirs.: *El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.; Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., Y López Insua, B.M.: "Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", en *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 22, noviembre-abril de 2019. https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630.

[64] Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, p. 33.

[65] Rec. 4172/2005.

[66] SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (núm. 756/2016).

[67] STS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014).

[68] STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015). También, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014).

[69] STS, Social, 11 julio 2023 (rec. 2153/2023).

[70] STSJ. Social, Andalucía/Sevilla 22 junio 2016 (rec. 5/2016). También, SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017). Igualmente, STS, Cont-Admitivo, 29 octubre 2019 (rec. 2237/2017) reconoce el derecho a la promoción horizontal a funcionarios interinos e indefinidos no fijos.

[71] ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15.

[72] STS, Social, 29 abril 2024 (rec. 4962/2022).

4. LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO: REVISITANDO LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinadala, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos de duración determinada con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, recoge dos pautas nucleares: de un lado, la cláusula 4 establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación sucesiva abusiva, si bien contando con un margen de discreción en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad[73].

Bajo tal paraguas, el 14 de septiembre de 2016 el Tribunal Europeo dio un paso decisivo considerando discriminatoria la falta de indemnización por la terminación de un contrato laboral de interinidad en una Sentencia, de gran impacto mediático (asunto *De Diego Porras*), en la que proporcionó respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de un conflicto planteado por una trabajadora que prestaba servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, con sucesivos contratos, el último durante 7 años. A dicha empleada se le comunica la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012 al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo que se encontraba en situación de excedencia por desempeñar un cargo de representante sindical finalizado tras la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio, que, por lo que aquí importa, provoca la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida.

Tras comprobar que efectivamente la recurrente en el litigio principal se hallaba en una "situación comparable" a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo –realizaba, por tanto, "un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo"--, el Tribunal sienta doctrina sobre la existencia de una distinción de trato entre los trabajadores interinos y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de estos últimos, los primeros no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la normativa española interna constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que "el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización" bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

No obstante –y como motivo de preocupación adicional en cuanto a la seguridad jurídica hace--, procede reseñar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a pronunciarse, en Gran

[73] García Sánchez, A.V.: "La aplicación de la jurisprudencia del TJUE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada a los regímenes de contratación temporal español y de las Instituciones Europeas", *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 41, 2017, pp. 67, 78, 86 y 91.

Sala, el 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos*[74] *y Grupo Norte Facility*[75], cambiando el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar a esta conclusión el factor de "previsibilidad" o "certeza" en cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

Aunque referida al régimen funcionarial, cabe dar noticia también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero 2020, asunto *Baldonedo Martín*[76]*, que* ha insistido en la idea de que no se vulnera la Directiva 1999/70 el hecho de que los funcionarios interinos no reciban indemnización al finalizar su relación, incluso si la perciben quienes tienen vinculación laboral indefinida o temporal de otro tipo.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020, asuntos *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*[77], también aborda problemas suscitados en el marco de empleos funcionariales que se han dilatado en el tiempo (entre doce y diecisiete años), habiendo mediado sucesivos nombramientos para ocupar la plaza interinada. La sentencia concede relevancia al incumplimiento por parte del empleador (un Servicio Público de Salud) de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo y subraya que el Derecho de la Unión Europea impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables. Aclara que la Directiva 1999/70 UE no obliga a transformar los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias proporcionadas y disuasorias.

En fin, otro hito importante puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*[78], que censura que en el empleo público pueda prolongarse, sin límite cierto, el desempeño de un puesto de trabajo de manera interina por el hecho de que todavía no se haya cubierto con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Este pronunciamiento ha obligado a corregir la doctrina judicial interna que venía sosteniendo que, en interinidades por vacantes del sector público, el transcurso del plazo de tres años fijado en el artículo 70 TREBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo, si bien la valoración de otras circunstancias (pasividad de la Administración para la cobertura, sucesión de contratos interinos en diversos destinos, ausencia de justificación de todo ello) podía abocar a conclusión contraria. Tras la Sentencia de 3 de junio de 2021 esa misma jurisprudencia ha debido rectificarse para explicar que la mera prolongación, sin horizonte fijo, de una interinidad por vacante

[74] C-677/16.
[75] C-574/16.
[76] C-1771/18.
[77] C-103/18 y C-429/18.
[78] C-726/19.

ya es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, de manera que las contrataciones en cuestión deben abandonar la categoría de temporales y acceder a la condición de personal indefinido no fijo[79].

5. EL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CONSECUENCIAS REPARADORAS

Es menester distinguir dos supuestos a la hora de analizar las posibles consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción de un vínculo indefinido no fijo: la amortización de la plaza y la cobertura reglamentaria

5.1. Por amortización de la plaza

La resolución del vínculo como indefinido no fijo por este motivo ha ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los arts. 51 y 52 c) TRET (despido colectivo u objetivo) con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)[80] o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) TRET[81], entendiendo en este último supuesto que se materializa una "causa de extinción consignada válidamente en el contrato".

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) TRET, sin derecho por tanto a indemnización. Entendía el Alto Tribunal que este tipo de vínculo es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración del reclutamiento temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario, máxime cuando el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas[82].

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio a la luz de la conocida como reforma laboral de 2012. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo en los supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la actualmente derogada disposición adicional 16ª TRET venía a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización previstas para la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder el interrogante relativo al significado de la regla de preferencia o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo. Como ha

[79] La STJUE 3 junio 2021 sienta cinco los núcleos argumentales que interesa resaltar: Primero.- El Derecho de la UE es incompatible con la renovación de interinidades sin indicar plazo máximo de duración. Segundo.- Choca con las reglas de la Directiva que las interinidades de larga duración no se equiparen a la situación del personal indefinido no fijo a efectos, cuando menos, de posibilitar el abono de una indemnización al término del vínculo laboral. Tercero.- Hay que aplicar medidas efectivas destinadas a prevenir y sancionar utilización abusiva de sucesivos contratos temporales. Cuarto.- Solo consideraciones económicas (crisis) no justifican la ausencia de medidas para prevenir y sancionar la utilización sucesiva contratos temporales. Quinto.- Las prórrogas de un contrato equivalen a nuevas contrataciones, desde la perspectiva de su encadenamiento. Sempere Navarro, A.V.: "Interinidad por vacante de larga duración (caso IMIDRA)", *Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.

[80] STS, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011).

[81] STS, Social, 14 marzo 2002 (rec. 3191/2001).

[82] STS, Social, 22 julio 2013 (rec. 1380/2012).

señalado el Tribunal Supremo, tras la citada reforma de 2012 (actualmente derogada), la prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo viene justificada por el disímil origen en el acceso al puesto de trabajo, "que, si bien no puede motivar diferencias de trato mientras la relación de trabajo subsiste, es evidente su trascendencia y justificación a la hora de extinguir el vínculo"[83].

Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, como ya consta, aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70 deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos[84], la verdad es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades[85]. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal.

Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó al principio una solución intermedia, reconociendo en los supuestos de amortización de la plaza ocupada por los trabajadores indefinidos no fijos el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), para después admitir la interpretación más correcta, exigiendo la aplicación de los arts. 51 y 52 c) TRET y el pago de las cantidades correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)[86]. La extinción de los contratos por amortización de las plazas supondrá, pues, el despido por causas económicas u organizativas.

5.2. Por cobertura de vacante

En cambio, el Tribunal Supremo siguió entendiendo que si la terminación del vínculo indefinido no fijo no se produce por amortización de la plaza sino que "se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a desempeñar esa actividad en el puesto otra persona que ha superado el oportuno concurso, sujeto éste a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad…, nada tiene que ver con un despido, sino con un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) TRET", si bien reconociendo, en atención a su peculiar condición, el derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos temporales en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), al considerar que el nexo está sometido a término[87].

En la aplicación de ese montante compensatorio a los trabajadores indefinidos no fijos no dejó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de vincular su decisión a la Directiva 1999/70, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con la perspectiva de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (y no con la del principio de no discriminación de su cláusula 4, apartado 1), consideran que "constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos"[88].

[83] STS 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).
[84] STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.
[85] STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.
[86] SSTS, Social, 18 junio 2014 (rec. 3081/2014), 24 junio 2014 (rec. 217/2013), 14 julio 2014 (rec. 2057/2013), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015) y 19 junio 2015 (núm. 4549/2015).
[87] SSTS, Social, 31 marzo 2015 (rec. 2156/2014), 21 julio 2015 (rec. 2672/2014), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014), 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015) y 20 noviembre 2016 (núm. 1076/2016).
[88] ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Medialdea*.

Por tanto –y al calor de esta evolución--, el Tribunal Supremo había sentado una doctrina consolidada en la que reconocía el derecho a indemnización para la extinción de la vinculación de los indefinidos no fijos distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se producía ésta: si por amortización del puesto de trabajo (cuantía equiparada a despido objetivo procedente –20 días--) o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal –12 días--). Ahora bien, atendiendo al conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto De Diego *Porras*, en ambos casos, tanto cuando la extinción se produce por amortización como por cobertura de la plaza, la indemnización debería ser de 20 días. Aun cuando tal conclusión empezó a ser alcanzada en algún pronunciamiento judicial de suplicación[89], lo cierto es que el Tribunal Supremo tardó en reaccionar, pues en una Sentencia de 7 de noviembre de 2016[90] elude el tratamiento de esta cuestión por cuestiones procesales al entender que la condición de demandante la asume en el supuesto enjuiciado el empresario.

Con posterioridad, aunque sin hacer mención a la doctrina del Tribunal Comunitario, el criterio cuantitativo de 20 días de salario por año de servicio ha sido admitido por el Alto Tribunal en sentencia de 28 de marzo de 2017[91] para un supuesto de extinción de un contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la vacante por considerar, como novedad, que "parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales", de modo que la extinción "podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permitan la terminación indemnizada del contrato con 20 días de salario por año de servicio", aunque reconoce que la situación no "encaja exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el art. 52 TRET contempla", pero puede asimilarse, si bien no procede la superior indemnización por despido improcedente[92].

Como puede comprobarse, este colectivo en poco más de tres años pasó de no percibir indemnización alguna ante esta causa de extinción, a recibir, por analogía con la finalización de un contrato temporal, primero 12 días de salario por año de servicio, y ahora 20 días de salario por año trabajado. Además, y en otro hito evolutivo digno de mención, a la luz del ya conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Montero Mateos y Grupo Norte Facility,* quedó superada la doctrina judicial reiterada con anterioridad que entendía que no se convertía automáticamente en indefinido no fijo el contrato afectado por el transcurso de los tres años a que alude el art. 70 EBEP para convocar la vacante[93].

Seguidamente, el Tribunal Supremo, a partir de la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021 en el conocido asunto *Imidra*[94], ha pasado a entender que el mero transcurso del plazo de tres años ocupando la plaza sin que se haya procedido a la convocatoria convierte la relación en indefinida no fija con la correspondiente indemnización de 20 días[95], admitiendo excepcionalmente razones justificadas para una demora pero siempre de escasos meses más allá de los tres años[96].

[89] SSTSJ, Social, Galicia 26 octubre 2016 (rec. 2059/2016) y Asturias 8 noviembre 2016 (rec. 2142/2016).
[90] Rec. 755/2015.
[91] Rec. 1664/2015. Reiterada por muchas posteriores, entre otras: STS, Social, 26 septiembre 2023 (rec. 2569/2020).
[92] STS, Social, 8 febrero 2024 (rec. 637/2022).
[93] Entre muchas, SSTS, Social, 23 julio 2020 (rec. 1271/2018).
[94] *C-726/19.*
[95] SSTS, Social, 3 junio 2021 (rec. 1929/2019), 28 junio 2021 (rec. 3262/2019), 2 diciembre 2021 (rec. 1321/2019) y multitud de sentencias posteriores entre las cuales procede mencionar a título ejemplificativo las SSTS, Social, 26 diciembre 2023 (rec. 1138/2021) y 26 febrero 2024 (rec. 1316/2023).
[96] SSTS, Social, 19 diciembre 2023 (rec. 4895/2022) o 20 febrero 2024 (rec. 303/2024).

Esta interpretación judicial ha sido recogida, como seguidamente se verá, por la reforma de 2021.

6. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR: ALGUNAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y 2023

A modo de meras pinceladas, cabe dar cuenta de algunas medidas reformadoras de los últimos años que inciden sobre la figura del indefinido no fijo. Así, además de los procesos de estabilización (ordinaria y extraordinaria) puestos en marcha por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, cuya tramitación como proyecto de ley dio lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, con el fin de alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, es menester señalar las siguientes previsiones de interés:

1.- 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 (disposición derogatoria única), derogó la disposición adicional 15ª.1 TRET, que permitía mantener en su puesto a una persona contratada temporalmente cuando se declarara el abuso en aquella contratación, hasta que se procediera a la cobertura del puesto, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral, salvo la superación del proceso selectivo de acceso a un empleo público por parte de la persona trabajadora.

2.- La misma suerte ha corrido la disposición adicional 16ª TRET que también ha quedado derogada, quedando eliminada del ordenamiento jurídico aquella previsión que establecía una prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo en el marco de los despidos colectivos realizados por las Administraciones Públicas y entidades de derecho público[97].

3.-La nueva disposición adicional 17ª TREBEP, introducida por la Ley 10/2021, reitera que "las actuaciones irregulares en la presente materia (contratación de personal laboral) darán lugar a la exigencia de las responsabilidades (disciplinarias y patrimoniales) que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas" (apartado 2º). A este respecto, procede recordar que ya con anterioridad la disposición adicional 34ª Ley 3/2017 (incluida con vigencia indefinida en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales para 2018), que atribuye responsabilidad subjetiva (disciplinaria y patrimonial, se entiende) a los órganos competentes en materia de personal en relación con el cumplimiento de la normativa sobre contratación laboral, encargándoles evitar cualquier tipo de irregularidad que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en otro indefinido no fijo[98]; formula, además, una expresa prohibición: "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal salvo cuando… se derive de una resolución judicial". No cabe, por tanto, la autodeclaración ni tan siquiera el acta de la Inspección de Trabajo, provocando, a la postre, unas altas dosis de judicialización.

5.- La disposición adicional 17ª TREBEP prevé que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en un contrato temporal asociado a una vacante (3 años) dará derecho a percibir la compensación económica de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el

[97] Rodríguez Escanciano, S.: "El personal indefinido no fijo de larga duración: ¿hacia una reparación efectiva?, *Revista de Estudios Locales*, núm. 273, 2024, pp. 13 y ss. o Martín Yague, S.: "El indefinido no fijo de plantilla: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024", *Trabajo y Derecho*, núm. 112, 2024.

[98] Goerlich Peset, J.M. y Nores Torres, E.: "Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017", *Trabajo y Derecho*, núm. 42, 2018, p. 8.

máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

6.- El apartado 3º de la citada disposición adicional 17ª TREBEP determina la nulidad de pleno derecho de "todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal"[99], lo cual parece llevar, en su interpretación literal, a la desaparición de la figura del indefinido no fijo.

7.- El art. 105 Real Decreto Ley 6/2023 prohíbe "al personal laboral no fijo" formar parte de los órganos de selección en plazas del sector público.

8.-Dejando claro el art. 11.3 TREBEP que los procedimientos de selección del personal laboral (estable o temporal) serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad, el art. 108 Real Decreto Ley 6/2023 señala que las convocatorias deberán publicarse en el mismo año natural de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la oferta de empleo público, en la que se incluyan las citadas plazas. Las convocatorias deberán ejecutarse en el plazo máximo de dos años desde su publicación, y las respectivas fases de oposición en un año, salvo causa justificada. Las plazas no cubiertas en la ejecución de una convocatoria podrán convocarse nuevamente siempre que no hayan transcurrido más de tres años desde la publicación de la oferta, previo informe del departamento con competencias en materia de función pública, que podrá asignar esas plazas a otros cuerpos o escalas, preferentemente del mismo grupo o subgrupo profesional, o categoría en el caso del personal laboral, en función de las necesidades. La nueva convocatoria deberá identificar las plazas que proceden de convocatorias anteriores y la oferta a la que corresponden.

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE FEBRERO DE 2024

Sin haber culminado los procesos de estabilización del personal puestos en marcha a raíz de la reforma de 2021, la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelve las peticiones de decisión prejudicial acumuladas[100], planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022), sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la Administración Pública correspondiente y su posible incompatibilidad de con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco.

Teniendo en cuenta que los contratos indefinidos no fijos pueden resolverse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de una anualidad, surge la duda si tal tibia consecuencia es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no

[99] Diego García, S.: "El abuso de la temporalidad en el empleo público: medidas preventivas y sancionadoras en la Ley 20/2021", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, 2022, p. 267.

[100] Catorce cuestiones prejudiciales en el asunto C-59/22, doce en el asunto C-110/22, y seis en el asunto C-159/22

ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cinco importantes consideraciones[101]:

1.- La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son "razones objetivas" que justifiquen "la renovación de tales contratos o relaciones laborales", pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

2.- El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono "parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada".

3.- La disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional 17ª TREBEP, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, tampoco superan el juicio de adecuación o conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, dada la indefinición e imprecisión de sus mandatos normativos en lo referido a la obligación legal de las Administraciones públicas de evitar "irregularidades en la contratación laboral temporal […] que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo" (Ley de Presupuestos de 2018), y a la imputación de responsabilidades a dichas Administraciones y entidades del sector público por su incumplimiento "de conformidad con la normativa vigente" en cada una de ellas, que no se identifica (TREBEP), máxime cuando el propio Tribunal remitente ha señalado que no tenía constancia de que se hubiera "exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales".

4.- Los procesos excepcionales y masivos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, llevados a efecto tras la reforma de 2021, provoca un resultado incierto para éstos, pues pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes diseñadas bajo los principios constitucionales/legales de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. No son, por tanto, una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos en la utilización de los contratos de los indefinidos no fijos sucesivamente prorrogados.

5.- La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo "podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad".

[101] Rodríguez Escanciano, S.: "El personal indefinido no fijo de larga duración: ¿hacia una reparación efectiva?, *Revista de Estudios Locales*, núm. 273, 2024, pp. 13 y ss.

En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente[102].

8. ACTUACIONES JUDICIALES POSTERIORES

Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de febrero de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 10 de abril de 2024, ha dictado las tres sentencias correspondientes a los supuestos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dicha Sentencia, a saber:

1.-La primera, resuelve el caso de una trabajadora de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, que encadenó desde diciembre de 1998 contratos temporales con la misma categoría, y solicitaba que se le reconociera la fijeza, o subsidiariamente, la condición de indefinida no fija. Esta pretensión ha sido estimada parcialmente, solo reconociendo el carácter indefinido no fijo de la relación laboral con antigüedad desde noviembre de 2010 por haber excedido su último contrato de los 3 años de plazo máximo en el que debe ejecutarse las ofertas de empleo público. Tal parecer judicial, que aboga por que la situación de fijeza "ha de hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede tal situación mediante los procesos de selección correspondientes", cuenta con tres votos particulares".

2.- La segunda, aborda el caso de un trabajador de la UNED, que ya tenía la categoría de indefinido no fijo y reclamaba que se le considerase personal laboral fijo. Entiende el Tribunal que no puede reconocer la fijeza porque se vulnerarían los principios de igualdad, mérito y capacidad, ni tampoco cabe la pretensión de acceso a la plaza ocupada por concurso, porque no existe tal previsión normativa. Tal pronunciamiento cuenta con 2 votos particulares.

3.- La tercera, se centra en el caso de una trabajadora de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, que solicitaba que se le declarase fija de plantilla y el abono de una indemnización equivalente a la de despido, tras 27 años encadenando diferentes contratos con la citada Administración. Dicha pretensión ha sido íntegramente desestimada, pues, por una parte, no procede atribuir la condición de fija al impedirlo la aplicación de los principios de mérito y capacidad y tampoco tiene derecho a indemnización adicional al no verse perjudicada en tanto ha mantenido su plaza durante años y no hay daño concreto acreditado. Acompañan a tal resolución, anclada en el insalvable obstáculo de que el acceso a la situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los tantas veces citados arts. 23.2 y 103.3 CE, tres votos particulares.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 22 de abril de 2024[103] ha declarado la condición de fijeza de una trabajadora del servicio de limpieza del Departamento de

[102] Casas Baamonde, M.E.: "Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024 o Arrieta Idiakez, J.: "Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a los empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida", *El Foro de Labos,* 06/03/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/03/contextualizacion-y-consideraciones-sobre-la-posibilidad-de-convertir-en-fijos-a-los-empleados-publicos-temporales-como-consecuencia-de-la-temporalidad-irregular-y-abusiva-padecida-parte-ii/

[103] Rec. 229/2024.

Educación que llevaba prestando servicios desde 1994 con diferentes contrataciones interrumpidas durante breves periodos de tiempo, aprobando en 2002 un proceso selectivo sin obtener plaza, por lo que pasó a formar parte de las bolsas de trabajo y pudo ocupar un contrato de interinidad desde 2009.

Igualmente, procede alertar que está pendiente de resolución otra cuestión prejudicial planteada en junio de 2023 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con una gerocultora del Consorcio Gallego de Servicio de Igualdad y Bienestar que en 2008, quien tras superar un proceso selectivo para la cobertura de puestos temporales, es contratada por esta Administración y en el año 2009 el propio Consorcio reconoce el carácter fraudulento del contrato de la trabajadora y la convierte en indefinida no fija. Esta situación de prejudicialidad comunitaria ha llevado al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a paralizar la tramitación de cuatrocientos asuntos pendientes.

En fin –y sin ánimo exhaustivo--, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2024, con motivo de un concurso de traslados del personal indefinido no fijo, llega a la siguiente conclusión: de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 no se deriva, en ningún caso, la necesidad de la conversión judicial automática de los trabajadores indefinidos no fijos en fijos, ya que es algo incompatible con el sistema español de autoorganización de su propia Administración Pública que se basa en los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a la función pública y que se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laboralmente. Tampoco se deriva de la indicada sentencia una radical igualdad entre el régimen jurídico de los trabajadores fijos y de los temporales porque la Directiva 1999/70 (cláusula 4ª) permite un trato diferente entre temporales y fijos por razones objetivas.

Todo ello sin olvidar, como último eslabón de una cadena que resulta interminable, que la Sala cuarta del Tribunal Supremo ha planteado, por Auto de 30 de mayo de 2024, una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la manera de compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia de 22 de febrero de 2024 con las normas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En concreto, formula dos interrogantes: De un lado, ¿se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos? De otro, de ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta, ¿el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

De la redacción del texto de la cuestión presentada, parece apuntarse una cierta inclinación de nuestro Alto Tribunal por entender que no es adecuado el reconocimiento de la fijeza ante la necesaria observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino la apuesta por indemnizaciones que, de verdad, disuadan a las Administraciones de mantener en el tiempo situaciones irregulares. En concreto, se apunta a la indemnización por despido improcedente como posible solución para cumplir con dichos fines[104].

Cierto es que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 ha puesto de manifiesto que el Derecho español no respeta la Directiva 1999/70 sobre trabajo de

[104] Gordo González, L.: "Irregularidades en la contratación de empleados públicos: la historia interminable", *El Foro de Labos*, 06/06/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/06/irregularidades-en-la-contratacion-de-empleados-publicos-la-historia-interminable/

duración determinada porque, pese a los avances de la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión[105]. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del art. 103.3 CE exige que la ley regule "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad", previsión extendida a todo el empleo público (indefinido o temporal) por el TREBEP y refrendada por el Real Decreto Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad que acompaña a la figura de los indefinidos no fijos no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación automática en una relación de servicio permanente.

Como ha sentado la doctrina, "los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho".[106] De ahí que sea pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 con el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales, sin perjuicio de las reparaciones uti singuli, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común.

En fin, como no podía ser de otra manera, el propósito de estas páginas introductorias del número 11 de la Revista Crítica no ha sido sino plantear una mera aproximación al trabajo indefinido no fijo con el fin de abrir el camino para reflexiones más profundas que a buen seguro se incorporarán en los correspondientes estudios de números sucesivos a cargo de prestigiosos autores.

[105] Vivero Serrano, J.B.: "La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE ¿y ahora qué?", Diario La Ley, núm. 10463, 2024.

[106] Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE, de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión en fijo no es posible. ¿Qué hacemos?, *El Foro de Labos*, 07/05/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/05/reflexiones-criticas-tras-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024-el-indefinido-no-fijo-ya-no-sirve-pero-la-conversion-a-fijo-no-es-posible-que-hacemos/

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Las observaciones de los Relatores Especiales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el protocolo anti-piquete de la República Argentina (2023)

The observations of the Special Rapporteurs of the United Nations Human Rights Committee on the anti-picket protocol (2023)

José Ignacio Agostini
Abogado (UNR).
Profesor en Ciencias Jurídicas (UCEL)
https://orcid.org/0000-0002-2998-407X

Cita Sugerida: AGOSTINI, J.I. «Las observaciones de los Relatores Especiales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el protocolo anti-piquete de la República Argentina (2023)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 37-57.

Resumen

El presente documento concluye que las críticas formuladas por los Relatores Especiales de Naciones Unidas contra el Programa anti-piquete diseñado por el Estado argentino en el mes de diciembre del 2023, ponen en alerta la situación actual y futura del Estado Constitucional de Derecho y la responsabilidad internacional comprometida por el Estado argentino hacia la vigencia del Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Palabras clave

Libertad Sindical; Antipiquete; Derechos Humanos; Naciones Unidas

Abstract

This document concludes that the criticisms made by the United Nations Special Rapporteurs against the anti-picket program designed by the Argentine State in December 2023, alert the current and future situation of the Constitutional State of Law and the international responsibility committed by the Argentine State towards the validity of the International Human Rights System.

Keywords

Trade Union Freedom; Anti-picket; Human Rights; United Nations

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 23 de enero, tres Relatores Especiales de Naciones Unidas opinaron negativamente sobre la implementación de la Resolución del Ministerio de Seguridad de la Nación 943/2023[1], en conjunto con la Resolución 949/2023[2] del mismo Ministerio, y sobre la posible aprobación del proyecto de ley denominado "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos"[3]. Estas observaciones despertaron ciertas alarmas en la comunidad internacional y nacional sobre la continuidad del Estado Constitucional de Derecho en la República Argentina.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el mes de diciembre de 2023, la República Argentina cumplió 40 años de democracia sin interrupción. En 1984 se llevó a cabo el "Juicio a la Junta Militar" que concluyó con la condena de los

[1] Boletín Oficial de la Nación Argentina: RESOL-2023-943-APN-MSG. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/300917/20231215.
[2] Boletín Oficial de la Nación Argentina: RESOL-2023-949-APN- MSG. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.boletinoficial.gov.ar/detalleAviso/primera/301219/20231222.
[3] Honorable Cámara de Diputados de la Nación: INLEG-2023-153324710- APN-PTE, Recuperado el 24/02/2024 en: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf.

Fecha Recepción: 12/04/2024 - Fecha Revisión: 22/05/2024- Fecha Aceptación: 30/05/2024
Págs. 37-57

imputados por la violación sistemática del sistema internacional de derechos humanos, entre 1976 y 1983. En materia de trabajo y empleo, esta nueva democracia no logró concretar un plan de gobierno de estabilización económica, las organizaciones obreras expresaron su disconformidad por medio de varias movilizaciones y paros generales. La situación político-económica dejada por la dictadura: liberación de los precios del mercado, política de importación, inflación acumulada durante el período de más de 1700%, quita de aranceles de exportación, ajuste fiscal, aumento de la deuda externa de 31.709 millones de dólares, estatización deudas del sector privado económico, el terrorismo de Estado y violación sistemática de la propiedad privada, de la libertad y vida de la población argentina, entre otros; dejó un país desbastado en términos políticos, económicos y sociales.

Este nobel gobierno que comenzó con un fuerte apoyo popular en las elecciones de 1983 y continuando en 1985, entabló conversaciones poco atractivas con las centrales obreras. La abierta posición del oficialismo respecto a la complicidad de los sindicatos hacia la dictadura militar, no presentaba al Gobierno nacional como un interlocutor eficaz en el diálogo social. Tres líneas de pensamiento podía hallarse en el nuevo gobierno respecto de la relación a mantener con el sindicalismo: una, dura y despolitizadora de los sindicatos, otra, la electoralista y negociadora con el sindicalismo, y la pragmática y de acercamiento con el sindicalismo[4]. El proyecto de "normalización sindical" conocido como "Ley Mucci" no fue aprobado. En 1988, posteriormente hubo un consenso político de aprobar la Ley 23.551 de asociaciones sindicales, vigente en la actualidad, pero ya era tarde para el gobierno nacional que mantuvo muchos frentes de batalla: los levantamientos de algunos sectores militares, la oposición de la Sociedad Rural Argentina, las críticas de los medios de comunicación de centro-derecha, las erróneas políticas económicas y monetarias (plan Austral y plan primavera), la hiperinflación de 4.923,7% en 1989, y el aumento exponencial de la pobreza. Finalmente, todo ello produjo un cambio del partido político en el gobierno nacional en las presidenciales de 1989, habiendo un traspaso anticipado del poder presidencial al candidato electo en ese año.

Los noventa profundizaron las políticas económicas instadas en la dictadura militar. La llamada Modernización del Estado y el Plan de convertibilidad estabilizaron los precios del mercado. La paridad del peso argentino con el dólar estadounidense prometía políticamente el arribo de inversiones extranjeras. La "lluvia de dólares" no fue la esperada y el proceso de acumulación de divisas del modelo de industrialización –degradado desde 1975– fue desplazado finalmente por el modelo de valorización financiera y endeudamiento externo sistemático. Los niveles de ocupación, el poder adquisitivo de los salarios y de los haberes jubilatorios lograron niveles históricamente negativos. Los cortes de rutas multisectoriales de Cutral CO y Plaza Huincul de 1996 y de Mosconi y Tartagal de 1997 por reclamar fuentes de trabajo, Argentina inició un camino de singularidad. Una nueva realidad, «los nuevos repertorios de acción» ligados a los movimientos de presión local descentralizados comenzaron a gestar la existencia de un nuevo actor social organizado denominado "piqueteros"[5].

> *"El movimiento piquetero nace así donde la desarticulación de los marcos sociales y laborales se realiza de manera brusca y vertiginosa, así donde la experiencia de la descolectivización adquiere un carácter masivo como así donde el desarraigo tanto como la desocupación reúnen en un solo vas un conglomerado heterogéneo de categorías sociales"*[6].

[4] Víd. Massano, J.P.: "La normalización sindical de Mucci a Casella. Aportes para la comprensión de la "democratización" en la posdictadura argentina", en *Revista Trabajo y Comunicación*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Historia, Trabajos y Comunicaciones, 55, 2-2022, pp. 1-21. Recuperado el 24/02/2024 en: https://doi.org/10.24215/23468971e159.

[5] Víd. Svampa, M. y Pereyra, S.: *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2003.

[6] Ídem, p. 28.

La composición humana de los movimientos sociales estuvo compuesta por trabajadores excluidos del mercado de trabajo y por trabajadores precarizados, producto de la privatización de las empresas estatales y crisis del sector industrial producto de la importación. El programa público de contención social no alzó para dar respuesta efectiva a las necesidades reclamadas por los movimientos.

> *"En Argentina los primeros programas de transferencias monetarias condicionadas tuvieron su debut hacia mediados de la década del 90. En 1995, se implementó el plan trabajar para paliar el aumento de la pobreza como fruto del contagio de la crisis financiera de México. Durante cinco años este programa mantuvo un promedio anual de 80.000 beneficiarios. La condicionalidad que imponía era una contraprestación laboral que consistía principalmente en la realización de tareas básicas de mantenimiento en las municipalidades"*[7] .

La crisis social crecía e incorporaba más desocupados. La opinión pública apuntó a la corrupción como causa de todos los males. El cambio de gobierno en las presidenciales de 1999 traía aires de esperanza, para una sociedad argentina con altos niveles de endeudamiento del sector privado y un Estado nacional endeudado con los acreedores internacionales. No obstante, las promesas de la continuación del plan de convertibilidad (ver "Megacanje" y "Tablita de Machinea") y de transparencia (ver caso "Ley Banelco") no solucionaron los problemas político-económicos, por el contrario, profundizó la ruptura del tejido social y la generación de un discurso anti-política (ver fenómeno "que se vayan todos"). En diciembre del 2001 se concretó una profunda crisis institucional y social.

> *"Sentimiento y realidad coincidían en la desmesura de la crisis, visible en el hundimiento del marco económico que hasta ese momento había regido los destinos nacionales. Argentina había tocado fondo: los sucesivos ajustes, el impensable «corralito» bancario, la ruptura inevitable en la cadena de pago, la multiplicación de las monedas locales en reemplazo de una moneda legal cada vez más escasa, tuvieron su respuesta social en la ola de saqueos, así como en la inolvidable noche de los cacerolazos del 19 de diciembre de 2001. Estas movilizaciones suscitaron la mayor represión desatada desde el poder desde la vuelta a la democracia, con más de 30 muertos y centenares de heridos. La renuncia del presidente Fernando de la Rúa y la sucesión de cuatro presidentes provisionales en tan solo una semana daban cuenta del alcance institucional de la crisis"*[8].

Luego de un plan de estabilización, la Argentina se prepararía para albergar políticas de recuperación del diálogo social. El ministro de Trabajo, Carlos Tomada, en el 2008, presentó el Informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales sobre "El estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina". Este informe estuvo conformado por los doctrinarios laboralistas más destacados de la Argentina, entre ellos: Carlos Aldao Zapiola, Eduardo Oscar Álvarez, Mario Elffman, Jorge Elías, Beatriz Fontana, Jorge Jerónimo Sappia, Jorge Rodríguez Mancini, Julio César Simon, Pablo Topet, y Oscar Valdovinos[9].

Desde el 2004, gradualmente, la sociedad argentina recuperó la capacidad de consumo y la generación de empleo genuino. Las jubilaciones y pensiones lograron un reajuste y movilidad.

---

[7] Zaragosa, R.: "Los programas de transferencias monetarias condicionadas en Argentina", en *Desarrollo económico*, Vol. 54, Nº. 214, 2015, pp. 333-356, p. 334.

[8] Svampa, M.: "Argentina, una década después: Del 'que se vayan todos' a la exacerbación de lo nacional-popular", en *Nueva sociedad*, Nº 235, 2011, pp. 17-34, p. 19.

[9] Víd. VV.AA.: *Estado actual del sistema de Relaciones Laborales en Argentina: Grupo de Expertos en Relaciones Laborales*, Valdovinos, O. (Pr.), 1º ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2008.

Las indemnizaciones por riesgos del trabajo se vieron sustancialmente mejoradas desde el 2009[10]. Distintos sectores encontraron políticas de integración y protección que los promovió en su desarrollo social[11].

El colapso de Lehman Brothers y la «burbuja inmobiliaria» provocó la crisis financiera internacional del 2008 en Estados Unidos. El desgaste político de los medios de comunicación centro-derecha y el argumento de la corrupción y la crisis financiera global impactaron en la política nacional de la República Argentina. La oposición de centro-derecha llegó al Poder Ejecutivo nacional luego de un ajustado ballotage presidencial. Pese al desendeudamiento del sector privado y los índices de endeudamiento externo, el nuevo gobierno produce un aumento tarifario, aumenta la asistencia social y la deuda pública. La desocupación creció al igual que la inflación. La atención de los servicios de la deuda externa contraída en el 2018 provocó nuevamente una alternancia del gobierno.

En el 2019, se produce nuevamente cambio de gobierno por las presidenciales de ese año y con un importante apoyo electoral (48% de los votos). La declaración de la emergencia social fue una de las primeras medidas adoptados por el nuevo presidente. Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud, el 11 de marzo de 2020 declaró al coronavirus pandemia cuyo descubrimiento data en China el 30 de diciembre de 2019. El aislamiento social preventivo y obligatorio sanitario dispuesto por el DNU 297/2020 generó profundas secuelas en las cuentas públicas, en el empleo, la producción, y en la vida de la sociedad de los argentinos. Las relaciones socio-sexo-afectivas quedaron lastimadas por los prolongados encerramientos gestionados por el Estado. «Los resultados indicaron que la población encuestada sintió incertidumbre, miedo y angustia, aunque también emergió un sentimiento de responsabilidad y cuidado frente al COVID 19»[12]. Frente a esta situación general, un estudio concluyó:

> *"La estrategia de afrontamiento familiar más utilizada en esta investigación fue la reestructuración, es decir estas personas confiaron en sus propios recursos y capacidades para hacer frente al estresor. Sumado a esto, la posibilidad de solicitar ayuda y contención a profesionales de la salud física y mental y también a sus vínculos significativos (...). Las personas de género femenino tendieron a utilizar estrategias activas para afrontar la situación de crisis, especialmente solicitando ayuda profesional. Por lo contrario, el género masculino utilizó en mayor medida estrategias pasivas, tales como confiar en el azar, y en que el problema desaparezca por sí solo, presentando desconfianza en el uso de los propios recursos. El hecho de no contar con una entrada de dinero, producto del desempleo impactó negativamente en la posibilidad de recurrir a familiares, amigos y profesionales de la salud en búsqueda de contención, así como también en la confianza en una creencia espiritual. La edad influyó de manera significativa en las estrategias utilizadas para afrontar las situaciones estresantes. Las personas mayores tendieron a apoyarse más en la fe, en los profesionales de la salud y en sus propios recursos y habilidades (...). Para finalizar, los acontecimientos*

[10] DNU 1694/2009, Ley 26773 y DR 427/2014.

[11] DNU 902/2012 de constitución del Fondo Fiduciario Pública denominado Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la vivienda única familiar (Pro.Cre.Ar), Decreto 459/2010 del Programa "Conectar Igualdad. com.ar" de incorporacion de la nueva tecnología para el aprendizaje de alumnos y docentes, Decreto 1552/2010 de Plan Nacional de Telecomunicaciones "Argentina Conectada", línea de crédito del Banco Nación llamado Pro.cre. auto coordinado por Secretaría de Coordinación Económica y Mejora de la competitividad dispuesto por el Decreto 741/2015, Decreto 1602/2009 de Asignación Universal por hijos, Decreto N° 446/2011 de Asignación por Embarazo para Protección Social, Ley N° 27.611 de Asignación por Cuidado de Salud Integral, Ley 26.485 de protección integral de las mujeres, Ley 26.743 de identidad de género, entre otras.

[12] Johnson, M.C., Saletti Cuesta, L. y Tumas, N.: "Emociones, preocupaciones y reflexiones frente a la pandemia del COVID 19 en Argentina", en *Ciência & Saúde Colectiva*, 25 (Supl. 1), (2020). Recuperado el 27/02/2024 en: https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10472020.

> *estresantes alteran el equilibrio dinámico familiar, por lo que consideramos importante resaltar el hecho de que los sujetos que formaron parte de la investigación cuentan con estrategias familiares positivas y activas que les posibilitan movilizar los recursos tanto internos como externos necesarios para hacer frente al aislamiento y la pandemia"*[13].

Un crecimiento exponencial del consumo de servicios ofrecidos en línea expresaba la forma de canalizar la represión a la libertad ambulatoria. El mundo se proyectó hacia una recesión mundial producto del coronavirus, la crisis de suministro y la guerra de Ucrania-Rusia. Las movilizaciones de la oposición al gobierno y las redes sociales, especialmente en Tik-Tok[14], permitieron "viralizar" todo tipo de ofertas, incluso ideas negacionistas: de los resultados científicos[15], los anti-vacunas[16], cambio climático[17]; terraplanismo[18], alienígenas ancestrales[19], anti-política[20], anti-ciencia[21], entre otros. Así algunas personas comenzaron a popularizarse e influyeron sobre sus seguidores, fortaleciendo el surgimiento de los "outsiders" de la política.

Las presidenciales del 2023 trajeron un nuevo gobierno con un discurso disruptivo que se autodenominó anarco-capitalista, algo novedoso en nuestra tradición política.

> *"If I yell 'Stop, thief!' at a stickup man escaping with my wallet, the bystanders may or may not help, but they will at least recognize the reasonableness of my act. If I yell 'Stop, thief!' at an employee of the Internal Revenue Service, leaving my house after informing me that he has just frozen my bank account, my neighbors will think I'm crazy. Objectively, the IRS is engaged in the same act as the thief. It seizes my resources without my permission. True, it claims to provide me with services in exchange for*

---

[13] Lucero, M.C., Baldi López, G., Lucero Morales, E. y Tifner, S.: *Estrategias de afrontamiento familiar y Salud Mental en el marco del aislamiento social preventivo por COVID 19*, Ponencia en XII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XXVII Jornadas de Investigación, XVI Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, II Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional, II Encuentro de Musicoterapia, Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020, pp. 188-189.

[14] Víd. Quiroz, N. T.: "TikTok: La aplicación favorita durante el aislamiento", en *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, dossier temático, e044, 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://doi.org/10.24215/18524907e044.

[15] Víd. Sánchez, J., "La pandemia: del negacionismo a la ciencia", en *EuropaSur*, fecha de publicación: 11 de enero del 2021. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.europasur.es/opinion/articulos/pandemia-negacionismo-ciencia_0_1537046654.html.

[16] Víd. Fernández-Niño, J. y Baquero, H.: "El movimiento anti-vacunas y la anticiencia como amenaza para la Salud Pública", en *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*, 51(2), pp. 103-106, 2019. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.redalyc.org/jatsRepo/3438/343860382002/343860382002.pdf.

[17] Víd. Heras, F.: "Respuestas ante el negacionismo climático", en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* (140), pp. 119-130, 2018. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/respuestas-ante-el-negacionismo-climatico/.

[18] Víd. Achenbach, J.: "Terraplanistas, antivacunas, conspiranoicos, negacionistas... Crece el escepticismo hacia la ciencia", en *National Geographic*, fecha de publicación: 08/07/2019. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/grandes-reportajes/crece-el-escepticismo-hacia-la-ciencia-2_8953.

[19] Víd. Rosas Fonseca, D.: "Desde y para otras ontologías: experiencias durante el confinamiento en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas", en *Revista pueblos y fronteras digital*, 18, e643, Epub 24 de marzo de 2023. Recuperado el 15/02/2024 en: https://doi.org/10.22201/cims.
SÁNCHEZ, J., "La pandemia: del negacionismo a la ciencia", en *EuropaSur*, fecha de publicación: 11 de enero del 2021. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.europasur.es/opinion/articulos/pandemia-negacionismo-ciencia_0_1537046654.html.

[20] Víd. Seco, J., Glombovsky, A. y Tróccoli, J.: "La anti política, desde la política: construcciones discursivas, trazado de fronteras y construcción del pueblo de las "nuevas derechas", en Argentina", en *Actas publicadas, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación*, Universidad Nacional de La Plata, 2022. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.16464/ev.16464.pdf.

[21] Víd. Fasce, A.: "Los parásitos de la ciencia. Una caracterización psicocognitiva del engaño pseudocientífico", en *Theoria: Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 32(3), pp. 347-365, 2017. Recuperado el 27/02/2024 en: https://doi.org/10.1387/theoria.17775.

> *my taxes, but it insists on collecting the taxes whether or not I want the services. It is, perhaps, a fine point whether that is robbery or extortion. In either case, if it were the act of a private party, everyone would agree that it was a crime". [Si grito '¡Alto, ladrón!' a un delincuente que escapa con mi billetera, los transeúntes pueden o no ayudar, pero al menos reconocerán la razonabilidad de mi acción. Si grito '¡Alto, ladrón!' a un empleado del Servicio de Impuestos Internos, saliendo de mi casa después de informarme que acaba de congelar mi cuenta bancaria, mis vecinos pensarán que estoy loco. Objetivamente, el IRS está llevando a cabo el mismo acto que el ladrón. Confisca mis recursos sin mi permiso. Es cierto, afirma proporcionarme servicios a cambio de mis impuestos, pero insiste en cobrar los impuestos, queramos o no los servicios. Quizás sea un detalle fino si eso es robo o extorsión. En cualquier caso, si fuera el acto de un particular, todos estarían de acuerdo en que era un crimen][22].*

Para esta corriente de pensamiento el Estado es una agencia legitimada para la coerción que afecta la libertad individual, la propiedad y la vida de las personas, sin que haya habido el consentimiento previo, sobre la base de un supuesto contrato social. En cambio, propone otro modelo de Estado funciones sean mínimas y no vayan más allá de la protección contra la violencia, el robo y el fraude, y el cumplimiento de los contratos [23].

La reducción del gasto público, la desregulación de los mercados –financiero, inmobiliario, farmacéutico, transporte, de salud, de empleo, previsional, entre otros– y la dolarización fueron las banderas levantadas por el nuevo presidente. Retóricamente inspirado en las ideas de Juan Bautista Alberdi, el programa planteado por el Ejecutivo nacional es de corte liberal político y económico. Sin embargo, en teoría y práctica es neoliberal de la Escuela de Chicago de Milton Friedman, es decir, hay un retorno de las medidas adoptadas por el gobierno de facto en 1979 y por los gobiernos constitucionales de 1989 a 2002 y 2015 a 2019.

En el 2023, el mercado laboral de Argentina presenta un bajo índice de desocupación, elevado nivel de informalidad y, una característica inusitada pero general a nivel global en occidente, nivel salarial bajo. El pleno empleo no representa buenos empleos buenos ingresos. Los trabajos más requeridos son atención al público, auxiliares de la salud, gastronomía, limpieza y maestranza, personal de depósito, cafetería, entre otros. En Estados Unidos, el salario mínimo mensual ronda en los U$S 1.200, en Uruguay ronda los U$S 570, en Chile U$S 521 dólares, en Brasil U$S 291 dólares[24]. En Argentina, bajo la acelerada inflación de los primeros 50 días del actual gobierno, el salario mínimo cayó al penúltimo puesto de Latinoamérica con U$S 134,40[25], cuando era de U$S 742,30 en el año 2015[26].

---

[22] N. de A., Traducción del inglés al castellano. Friedman, D., *The Machinery of Freedom*, 2º ed., Harper & Row, Nueva York, 1973, p. 60. Recuperado el 27/02/2024 en: http://daviddfriedman.com/The_Machinery_of_Freedom_.pdf.

[23] Cfr.. Nozick, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, 1º ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997, p. 39.

[24] Cfr. Melo, M.F.: *Los salarios mínimos en América Latina para 2024*, fecha de publicación: 15/03/2023. Recuperado el 24/02/2024 en: https://es.statista.com/grafico/16576/ajuste-de-los-salarios-minimos-en-latinoamerica/#:~:text=Otros%20de%20los%20pa%C3%ADses%20latinoamericanos,alrededor%20de%20521%20d%C3%B3lares%20mensuales.

[25] Cfr. Redacción Bloomberg Línea: *Salario mínimo febrero 2024: de cuánto es y qué se sabe de un aumento*, fecha de publicación: 06/02/2024. Recuperado el 15/02/2024 en: https://www.bloomberglinea.com/latinoamerica/argentina/salario-minimo-febrero-2024-de-cuanto-es-y-que-se-sabe-de-un-aumento/#:~:text=Ese%20monto%20equivale%20este%20martes,un%20acercamiento%20entre%20las%20partes.

[26] Víd. Giménez, J.: *Cristina Fernández de Kirchner: "En 2015 teníamos el salario más alto en dólares en América Latina"*, fecha de publicación: 11/03/2023. Recuperado el 27/02/2024 en: https://chequeado.com/ultimas-noticias/cristina-fernandez-de-kirchner-en-el-ano-2015-teniamos-el-salario-mas-alto-en-dolares-en-america-latina/.

La política del gobierno nacional es llevar una desregulación integral del mercado local. Por DNU 70/2023 se dispone la desregulación del mercado de trabajo. El Título IV (artículos 53 a 97) impactó en las relaciones individuales y colectivas del trabajo. Varias acciones constitucionales de amparo fueron interpuestas por las centrales obreras en conformidad con los artículos de la Ley 23.551. La Justicia Nacional del Trabajo, en instancia ordinaria, dio a lugar dos acciones colectivas. La primera presentada por la Confederación de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina, respecto de la suspensión cautelar de la aplicación del DNU 70/2023[27]. La decisión fue adoptada por mayoría. La segunda es una acción presentada por la Confederación General de Trabajadores donde por unanimidad se declara la inconstitucionalidad del DNU 70/2023 en materia de relaciones laborales colectivas e individuales[28].

El estrés padecido por el mercado de trabajo y empleo provocó que las organizaciones sociales y centrales obreras materializaran un paro general, cuya convocatoria oscilaría en 1 millón y medio de trabajadores. La medida colectiva adoptada en Argentina mantuvo el apoyo de distintas centrales obreras del mundo: Confederación Intersindical Galega; Unión Sindical Obrera; Federación General del Trabajo de Bélgica; *Unione Italiana del Lavoro*; CGT de Francia; CUT de Brasil; CUT de Chile; ELA: *Euskal Sindikatua* e *IndustriALL Global Unión*.

La propuesta política del gobierno nacional ante su desregulación del mercado laboral fue la creación y aplicación de un protocolo para disuadir la protesta social. En este contexto, el Ministerio de Seguridad de la Nación emitió las Resoluciones Nº 943/2023 y Nº 949/2023, las cuales reglamentan el uso de la fuerza pública y penalizan la protesta en las calles, con el objetivo de mitigar los riesgos para la aprobación de la ley denominada "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos".

3. LA DENUNCIA

La publicidad de la Resolución Nº 943/2023, en conjunto con la Resolución Nº 949/2023 del mismo Ministerio, y del proyecto de ley denominado "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos", dio lugar a una denuncia de la CGT, las dos CTA, los movimientos sociales y organismos de derechos humanos ante el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas (en adelante, Consejo de DDHH) contra el Estado argentino, por violaciones a los derechos humanos, activando los "procedimientos especiales" de las resoluciones 50/17, 52/9 y 52/4 del mencionado consejo.

Los «procedimientos especiales» del Consejo de DDHH son expertos independientes en derechos humanos con mandatos para informar y asesorar sobre derechos humanos desde una perspectiva temática o específica de cada país.

> *"Los mecanismos de procedimientos especiales pueden intervenir directamente ante los gobiernos sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos que entran dentro de sus mandatos por medio de cartas que incluyen llamamientos urgentes y otras comunicaciones. La intervención puede referirse a una violación de derechos humanos que ya ha ocurrido, está en curso o tiene un alto riesgo de ocurrir. El proceso implica enviar una carta al Estado en cuestión identificando los hechos de la denuncia, las normas y estándares internacionales de derechos humanos aplicables,*

[27] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala en Feria, "Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina CTA c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo s /acción de amparo", Expte. Nro. 56.687/2023, Auto interlocutorio nº 2.

[28] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala en Feria, "Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de amparo", Expte. Nº 56.862/2023, Sentencia definitiva, fecha 30/01/2024.

> *las preocupaciones y preguntas del titular del mandato y una solicitud de medidas de seguimiento"*[29].

Las comunicaciones de los Relatores Especiales fueron emitidas y publicadas el 23 de enero del 2024 al Estado argentino (OL ARG 3/2024), es decir, un día antes del paro general anunciado por las centrales obreras. Hasta la fecha del presente documento, el Estado argentino no se ha pronunciado respecto de esta comunicación.

Jurídicamente, estas observaciones pertenecen al *soft law* del Sistema Internacional de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), por lo que, no resultan vinculantes hacia al Estado argentino. El término *soft law* puede ser definido como:

> *"Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral"*[30].

Sin embargo, tanto las expresiones como su oferta de asistencia técnica del organismo internacional para fomentar el diálogo social pueden resultar fundamentales al momento de evaluar por parte de la Comisión de DDHH, si el Estado argentino incurrió en alguna responsabilidad internacional frente a una violación de derechos humanos.

Para este caso argentino, los Relatores Especiales asignados fueron los juristas: Clement Nyaletsossi Voule (Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación), Irene Khan (Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión) y Mary Lawlor (Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos).

Clement Voule es togolés y fue nombrado en el 2018 por Naciones Unidas. Su experticia lo ubica como activista que "ha apoyado los esfuerzos del Estado y la sociedad civil para desarrollar y adoptar leyes específicas para la protección de los defensores de los derechos humanos"[31]. En cambio, Irene Khan fue nombrada para el cargo en el 2020, es abogada bengalí formada en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, su experticia se vincula con su gestión como Secretaria General de Amnistía Internacional[32]. Finalmente, Mary Lawlor fue nombrada por Naciones Unidas en el mismo año y es una reconocida jurista irlandesa defensora de derechos humanos y formada en la Universidad de Harvard[33].

---

[29] *Mandatos del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos*. Recuperado el 24/02/2024 en:https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28732.

[30] Diccionario panhispánico del español jurídico (2024).

[31] Office of the High Commissioner for Human Rights – ONU (2018): Clément Nyaletsossi Voule, Relator Especial sobre la libertad de reunión pacífica y de asociación, fecha de publicación: 2018, disponible en https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-freedom-of-assembly-and-association/clement-nyaletsossi-voule, [Fecha de consulta: 15/02/2024].

[32] *Irene Khan*, fecha de publicación: 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-freedom-of-opinion-and-expression/ms-irene-khan-special-rapporteur-promotion-and-protection-freedom-opinion-and-expression, [Fecha de consulta: 15/02/2024].

[33] *María Lawlor*, fecha de publicación: 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-human-rights-defenders/ms-mary-lawlor.

En unanimidad, los relatores especiales expresaron su preocupación con respecto a la aplicación de las resoluciones ministeriales y del proyecto de Ley "Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos", dado que ellos mantienen la potencia concreta de afectar los derechos humanos en el país.

4. LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD DE LA NACIÓN

La Resolución 943/2023 del Ministerio de Seguridad introdujo un protocolo destinado al mantenimiento del orden público frente a los cortes de vías de circulación. Sin embargo, los Relatores Especiales expresaron sus críticas hacia el artículo 1, argumentando que la justificación para la intervención de las fuerzas de seguridad en casos de cortes de vías no cumple con los estándares internacionales establecidos en la Observación General N° 37 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho de reunión pacífica, tal como se establece en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[34].

> *"Artículo 1º de la Resolución Nº 943/2023: En el marco del presente Protocolo para el mantenimiento del orden público ante el corte de vías de circulación, las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales intervendrán frente a impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación sujetas a la jurisdicción federal. También podrán intervenir en territorios provinciales o de la Ciudad Autónoma Buenos Aires en los casos y bajo las condiciones establecidas por los artículos 23 y 24 de la ley de Seguridad Interior Nº 24.059".*

Para la mencionada observación general, las reuniones pacíficas pueden causar perturbaciones, como interrupciones en la circulación, pero estas perturbaciones no justifican automáticamente la dispersión de la reunión por parte de las fuerzas de seguridad. Sin embargo, solo en casos excepcionales, cuando la reunión deja de ser pacífica o cuando hay una amenaza inminente de violencia grave, se puede dispersar una reunión.

> *"52. El hecho de que una reunión provoque o pueda provocar una reacción hostil de otros ciudadanos contra los participantes, por regla general, no justifica la restricción; se debe permitir que la reunión siga adelante y se debe proteger a sus participantes (véase el párr. 18). Sin embargo, en el caso excepcional de que el Estado sea manifiestamente incapaz de proteger a los participantes de una amenaza grave contra su seguridad, se pueden imponer restricciones a la participación en la reunión. Toda restricción de ese tipo debe ser susceptible de resistir un examen riguroso. No basta con un riesgo no especificado de violencia o la mera posibilidad de que las autoridades no tengan la capacidad para evitar o neutralizar la violencia de quienes se opongan a la reunión. El Estado debe poder demostrar, sobre la base de una evaluación concreta del riesgo, que no sería capaz de contener la situación, ni siquiera si se desplegara un número considerable de agentes del orden. Antes de recurrir a la prohibición se deben considerar restricciones menos intrusivas, como el aplazamiento o la reubicación de la reunión"*[35].

Esta observación establece la presunción de pacificidad de las reuniones como regla general, quedando en cabeza del Estado demostrar lo contrario.

[34] Comité de Derechos Humanos: *Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21)*. Recuperado el 27/02/2024 en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1159790VGGB%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYW2%2FRWvqeXcmwcJPCLnvmaZpSJEbfB4flbHl%2FZJNeiAUlys1WX8gRUG7qPXbYwn%2B1weWE

[35] Ídem.

> *"17. No siempre hay una línea divisoria clara entre las reuniones pacíficas y las que no lo son, pero hay una presunción en favor de considerar que las reuniones son pacíficas. Además, los actos de violencia aislados de algunos participantes no se deberían atribuir a otros, a los organizadores o a la reunión como tal. Por lo tanto, algunos participantes en una reunión pueden estar protegidos por el artículo 21, mientras que otros no"*[36].

Los Relatores Especiales recordaron que las reuniones pacíficas son legítimas y que la perturbación que causan debe permitirse a menos que imponga una carga desproporcionada. También enfatizaron la importancia de proteger los elementos esenciales de las reuniones pacíficas, como las protestas, ya que permiten que la sociedad exprese sus demandas y ejerza sus derechos fundamentales. En rigor, la comunicación de los relatores destacó la importancia de garantizar que las políticas y acciones gubernamentales respeten los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a la libertad de reunión pacífica y de expresión[37].

> *"Artículo 2º de la Resolución Nº 943/2023: La intervención a la que se refiere el artículo anterior se producirá sin que necesariamente medie orden judicial, toda vez que se trata de un delito flagrante reprimido por el artículo 194 del Código Penal de la Nación Argentina; sin perjuicio de la comunicación inmediata al juez o al fiscal competente"*.

En el precedente artículo, los Relatores Especiales expresaron su preocupación sobre este aspecto de la resolución y su aplicación en el contexto de manifestaciones y protestas sociales. Ellos destacaron que la resolución cuestionada permite la intervención de las fuerzas de seguridad sin necesidad de una orden judicial en casos de delito flagrante del artículo 194 del Código Penal argentino, aunque se establece la comunicación inmediata al juez o fiscal competente. Sin embargo, los relatores sugirieron que esta disposición podría conducir a la criminalización de la protesta social, lo cual va en contra de los estándares internacionales de derechos humanos.

> *"Artículo 194 del Código Penal argentino: El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años"*.

Así, ellos señalaron que la aplicación de esta norma a las protestas sociales podría ser discriminatoria, ya que otras actividades que también podrían interrumpir el transporte terrestre, como eventos deportivos o espectáculos artísticos, no se ven afectadas por este protocolo. Justificaron que al subsumir la protesta pacífica bajo el artículo 194 citado, el gobierno estaría asumiendo facultades propias del poder judicial, lo que podría resultar en la criminalización del derecho a la protesta, un derecho humano fundamental.

Los relatores pusieron especial énfasis al PIDCP, ratificado por Argentina y jerarquizado constitucionalmente (cfr. artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional), que reconoce el derecho a la reunión pacífica en su artículo 21. Subrayaron que este derecho, junto con otros derechos conexos, es considerado fundamental para un sistema de gobierno participativo basado en la democracia y el respeto de los derechos humanos.

> *"Artículo 21 del PIDCyP: Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean*

[36] Ídem.
[37] Ídem.

necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás".

En síntesis, los Relatores Especiales coincidieron en la importancia de proteger y respetar el derecho a la reunión pacífica como un elemento fundamental de la democracia y los derechos humanos. De este modo, advirtieron contra la criminalización de la protesta social y subrayaron la necesidad de que las restricciones a este derecho sean proporcionadas y estén en línea con los estándares internacionales de derechos humanos.

"Artículo 3° de la Resolución N° 943/2023: Por impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación debe entenderse cualquier concentración de personas o colocación de vallas u otros obstáculos que disminuyeren, para la circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas, o que estorbaren el tránsito ferroviario, aun cuando no crearen una situación de peligro, o que impidieren el ingreso de personas a lugares públicos o empresas. No se tomará en cuenta, a tales efectos, el hecho de que los perjudicados tuvieren otras vías alternativas de circulación".

En este último artículo, los Relatores Especiales proporcionaron una evaluación crítica desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos prevista en la Observación General Nº 37. En ese sentido, afirmaron que es responsabilidad de los Estados cumplir con ciertos deberes positivos que faciliten las reuniones pacíficas y permitan que los participantes alcancen sus objetivos.

"24. Además, los Estados partes tienen determinados deberes positivos para facilitar las reuniones pacíficas y hacer posible que los participantes logren sus objetivos. Por lo tanto, los Estados deben promover un entorno propicio para el ejercicio del derecho de reunión pacífica sin discriminación y establecer un marco jurídico e institucional en el que se pueda hacer efectivo. A veces puede ser necesario que las autoridades adopten medidas específicas. Por ejemplo, tal vez tengan que cerrar calles, desviar el tráfico o garantizar la seguridad. Cuando sea preciso, los Estados también deben proteger a los participantes contra posibles abusos por parte de agentes no estatales, como la injerencia o la violencia de otros ciudadanos, los contramanifestantes y los proveedores de seguridad privada"[38].

En rigor, los Estados deben fomentar un entorno favorable para el ejercicio del derecho a la reunión pacífica, sin discriminación, y establecer un marco legal e institucional que lo haga efectivo. En ocasiones, puede ser necesario que las autoridades gubernamentales tomen medidas concretas, como el cierre de calles, la desviación del tráfico o la garantía de seguridad.

"Artículo 4° de la Resolución N° 943/2023: La acción de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales, ante tales situaciones delictivas, estará orientada a despejar los accesos y las vías de comunicación o de transporte, en el marco de la ley y en cumplimiento de sus fines hasta dejar totalmente liberado el espacio destinado a la circulación".

Las observaciones realizadas por los relatores mostraron que las alteraciones al orden público o al tránsito no justifican automáticamente la restricción del derecho a la reunión pacífica. De ese modo, afirmaron que las reuniones pacíficas naturalmente pueden perturbar el espacio público y que

[38] Ídem.

la interrupción del tránsito puede ser una forma legítima de manifestación. Además, destacaron que los Estados tienen la obligación de no interferir injustificadamente en las reuniones pacíficas y que las restricciones deben ser proporcionadas y objetivas.

> *"Artículo 5º de la Resolución Nº 943/2023: En los procedimientos destinados a alcanzar los objetivos previstos en el artículo anterior, los efectivos emplearán la mínima fuerza necesaria y suficiente, con especial atención y cuidado ante la presencia de niños, mujeres embarazadas o ancianos. Esa fuerza será graduada en proporción a la resistencia opuesta por los manifestantes o sus apoyos, siempre con empleo de armas no letales".*

Los relatores expresaron preocupación por el uso del término "no letal" para describir ciertas armas o dispositivos para el empleo de la fuerza. Insistieron que este término puede ser engañoso y peligroso, ya que cualquier dispositivo para el uso de la fuerza puede ser potencialmente letal si se utiliza de manera indebida. Sugirieron que es más adecuado denominar a estos dispositivos como "menos letales", reconociendo así su potencial de causar daño grave o incluso la muerte.

En resumen, las observaciones realizadas por los Relatores Especiales destacaron la importancia de que las medidas tomadas por las autoridades sean consistentes con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta al derecho a la reunión pacífica y al uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad. Instaron a que las restricciones a este derecho sean proporcionadas y que se evite cualquier término engañoso que pueda minimizar el riesgo asociado con el uso de la fuerza por parte de las autoridades.

Por otro lado, los Relatores Especiales criticaron la Resolución 949/2023 del Ministerio de Seguridad de la Nación. En base a la observación general citada, los actos de violencia aislados durante las reuniones no deben atribuirse a otros, a los organizadores o a la reunión en sí misma. Así, se señalaron que los requisitos de que los participantes u organizadores asuman responsabilidades financieras relacionadas con la seguridad, atención médica, limpieza u otros servicios públicos durante las reuniones pacíficas no compatibilizan con el derecho internacional.

> *"Artículo 11º de la Resolución 943/2023: El Ministerio de Seguridad, por medio de sus servicios jurídicos, podrá demandar judicialmente a las organizaciones a las que se refiere el artículo 8, así como a las personas individuales que resultaren responsables, por el costo de los operativos que se hubieren desplegado para hacer cesar los actos ilegítimos. Asimismo, se remitirán los datos a la jurisdicción pertinente, a los efectos de que las entidades perjudicadas puedan iniciar acciones de resarcimiento por los daños y perjuicios que hubieren sido ocasionados contra el patrimonio público y las personas. En caso de tratarse de extranjeros con residencia provisoria en el territorio argentino, se enviarán sus datos a la Dirección Nacional de Migraciones, a los fines pertinentes".*
> *"Artículo 1º de la Resolución 949/2023: Instruyese a la Policía Federal Argentina, a la Gendarmería Nacional, a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, a la Prefectura Naval Argentina y al Servicio Penitenciario Federal, a determinar los gastos en los que hayan incurrido a causa de los Operativos de Seguridad Federales llevados a cabo en el marco de la Resolución del Ministerio de Seguridad N° 943/2023".*

Por lo tanto, para los Relatores Especiales, los organizadores solo podrían ser responsables por su propia conducta ilícita, incluida la incitación a otros. Si se les considera responsables de daños o lesiones de los que no fueron autores, esto debería limitarse a casos excepcionales en los que las pruebas demuestren que podrían haber previsto y prevenido razonablemente esos daños o lesiones.

Estos costos podrían ser objeto de demandas contra las organizaciones mencionadas en el Artículo 8[39], así como contra individuos responsables, lo que podría limitar el derecho a la protesta y generar intimidación. En relación con la última parte del Artículo 11, la observación general referida establece que todos, ciudadanos y no ciudadanos, tienen derecho a reunirse pacíficamente. La aplicación de medidas específicas a personas migrantes que se manifiesten y corten la circulación podría ser discriminatoria, en términos de categoría sospechosa, basada únicamente en su condición migratoria.

> *"Artículo 12° de la Resolución 979/2023: Por vía de la Secretaría de Seguridad y Política Criminal, o el área que en el futuro la remplace, de este Ministerio, se creará un registro de las organizaciones que participan de las acciones referidas en el artículo 1º, así como del número de infractores identificados de cada una de esas entidades, sin inclusión del nombre de las personas físicas hasta tanto no exista resolución judicial sobre ellas".*

Este artículo 12 establece que a través de la Secretaría de Seguridad y Política Criminal se establecerá un registro de las organizaciones que participan en las acciones mencionadas en el Artículo 1, así como del número de infractores identificados de cada una de esas entidades, sin incluir los nombres de las personas físicas hasta que exista una resolución judicial sobre ellas. Para los Relatores Especiales, el propósito de este registro no estaría realmente claro, en especial en relación con el derecho a la privacidad de los manifestantes, y podría ser interpretado como un medio para desincentivar la participación de organizaciones en el ejercicio de sus derechos a reunirse y expresar sus opiniones a través de las reuniones. Los relatores recordaron al Gobierno argentino que las medidas impuestas a organizaciones y sus participantes, ya sean administrativas o penales, solo deben aplicarse en casos de conductas ilícitas. La Observación General Nº 37 establece que "estas sanciones deben ser proporcionadas y no discriminatorias, y no deben basarse en delitos ambiguos o definidos de manera excesivamente amplia, ni reprimir conductas protegidas por el Pacto" (párrafo 67)[40].

Por último, se enfatizó que las sanciones específicas a los organizadores solo deben aplicarse en relación con su propia conducta ilícita, sin que sean responsables de las acciones de los demás. En este sentido, es importante destacar que el derecho a la reunión pacífica protege las reuniones no violentas de personas con objetivos específicos, principalmente expresivos. Es un derecho individual que se ejerce colectivamente, y la asociación es un elemento inherente a este derecho.

5. EL PROYECTO DE LEY DE "BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS" Y EL DERECHO DE REUNIÓN PACÍFICA

Los Relatores Especiales hicieron un análisis crítico sobre los artículos 326, 328, 333, 334 y 335 del proyecto de ley de "Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos" y abordaron importantes preocupaciones sobre la posible restricción del ejercicio del derecho a la reunión pacífica y el respeto a los estándares internacionales de derechos humanos en Argentina.

> *"Artículo 326: Modificación del Código Penal de la Nación. Sustitúyese el artículo 194 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:*

[39] "Los datos de los autores, cómplices, instigadores y organizadores que hubieren podido ser registrados por las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales –ya se trate de organizaciones formales o informales, con o sin personería jurídica, gremios o partidos políticos– serán remitidos al Ministerio de Seguridad para su comunicación a la autoridad de aplicación correspondiente, a los efectos de la adopción de las medidas administrativas que corresponda".

[40] Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 37…, *op. cit.*

> *Artículo 194.- El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años y seis (6) meses.*
> *Si se impidiere, estorbare o entorpeciere la circulación o medios de transporte público portando un arma propia, impropia, se causare daño a la integridad física de las personas, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión, siempre que no constituyere un delito más severamente penado.*
> *Quienes dirijan, organicen o coordinen una reunión o manifestación que impidiere, estorbare o entorpeciere la circulación o el transporte público o privado o que causare lesiones a las personas o daños a la propiedad serán reprimidos con prisión de dos a cinco años, estén o no presentes en la manifestación o acampe.*
> *Le corresponderá pena de prisión o reclusión de tres (3) a seis (6) años a quienes mediante intimidación, simulando autoridad pública o falsa orden de la autoridad, bajo promesa de remuneración o bajo amenaza de quita o de asignación de un beneficio, plan, subsidio de cualquier índole, obliguen a otro a asistir, permanecer o alejarse de una movilización o protesta".*
> *Los Relatores Especiales aseguraron que se estaría utilizando el derecho penal para castigar un aspecto inherente a las reuniones: la capacidad de alterar la normalidad diaria para expresar ideas públicamente. El mismo problema se presentaría con la disposición que busca penalizar a los organizadores de reuniones que podrían generar disturbios sin cuestionar el ejercicio del derecho en sí mismo.*
> *"Artículo 328: Los organizadores de las reuniones o manifestaciones, serán solidariamente responsables por los daños que los manifestantes ocasionaren a terceros o bienes de dominio público o privado, en razón de la reunión o manifestación. La responsabilidad solidaria establecida en el presente artículo no los exime de responsabilidades emergentes de posibles acciones que pudieran corresponder ni de las multas establecidas en la presente Sección".*

En relación con el artículo citado, se destacó la preocupación sobre la responsabilidad solidaria de los organizadores de las manifestaciones por los daños causados por los manifestantes. Se argumentó que esta disposición podría desincentivar el ejercicio del derecho a la reunión pacífica al responsabilizar a los organizadores por acciones de terceros sobre las cuales no tienen control directo. Se subrayó que esta responsabilidad solidaria puede ser contraria al derecho internacional de los derechos humanos y al principio de que el ejercicio del derecho a la reunión pacífica es individual y colectivo.

> *"Artículo 333: Notificación. Toda reunión o manifestación deberá ser notificada fehacientemente ante el Ministerio de Seguridad de la Nación, con una antelación no menor de cuarenta y ocho (48) horas.*
> *En dicha notificación deberán detallar las características de la manifestación, los datos de la persona humana o jurídica que la organiza detallando nombres propios y datos personales de sus organizadores, delegados o autoridades, independientemente de que participen o no de la reunión o manifestación; el objeto y finalidad, la ubicación y recorrido, tiempo de duración y cantidad estimada de convocados".*
> *"Artículo 335: Obligación y facultad del Ministerio de Seguridad. Recibida la notificación establecida en los artículos precedentes, el Ministerio de Seguridad de la Nación deberá otorgar un comprobante en el cual conste su correcta presentación".*

El estándar internacional propuesto por la Observación General N° 37 es claro al señalar que los sistemas de notificación que obligan a quienes tengan intención de organizar una reunión pacífica

a informar a las autoridades con antelación facilitando algunos detalles importantes, son permisibles en la medida en que sean necesarios únicamente para ayudar a las autoridades a facilitar el buen desarrollo de las reuniones pacíficas y proteger los derechos de los demás (párr. 70).

> *"Artículo 334: Manifestación espontánea. En caso de que la reunión o manifestación fuera espontánea, la notificación establecida en el artículo anterior deberá cursarse con la mayor antelación posible debiéndose respetar el contenido establecido en dicho artículo".*

En referencia al artículo 334 del proyecto, los relatores recordaron la disposición que señala la misma observación general citada, que destaca que las notificaciones no se deben requerir para las reuniones espontáneas, en las que no hay tiempo suficiente para avisar (párr. 72). Esto pareciera ser obvio, puesto que muchas veces las manifestaciones espontáneas no cuentan con un organizador o representante a quien se le pueda exigir el cumplimiento de esta notificación.

En otras palabras, respecto de los artículos 333, 334 y 335, los relatores plantearon la preocupación sobre las exigencias de notificación de las manifestaciones. Si bien es permisible que las autoridades reciban notificaciones para facilitar el desarrollo seguro y ordenado de las manifestaciones, se señaló que estas exigencias no deben convertirse en un obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho a la reunión pacífica. Se destacó la importancia de garantizar que las notificaciones sean un medio para facilitar las reuniones pacíficas y proteger los derechos de los manifestantes, sin convertirse en un sistema de autorización o inhibición del ejercicio de este derecho.

El Proyecto de ley presentado por el Ejecutivo nacional no tuvo el final esperado por el oficialismo. Su exitoso tratamiento en comisiones parlamentarias de la Cámara de Diputados de la Nación dieron la fuerza política necesaria para su tratamiento en el Plenario. El debate se desarrolló con mucha virulencia dentro y fuera del recinto durante los días 31 de enero, 1 y 2 de febrero. Los partidarios del oficialismo fueron agresivos con los Diputados no alineados al proyecto[41]. En los espacios públicos frente del Congreso, los manifestantes padecieron una fuerte represión. La acción de las fuerzas de seguridad nacional estuvo legitimada por el Protocolo cuestionado en el presente artículo. El resultado de la represión tuvo como destinatarios, no solo los manifestantes, sino también trabajadores de prensa de distintos medios de comunicación e independientes[42].

El actuar estatal sostenido por el protocolo antipiquete representó una amenaza a la libertad de prensa. Así lo entendieron la Asociación de Reporteros Gráficos de la República Argentina (ARGRA), el Sindicato de Prensa de Buenos Aires (SiPreBA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro de Profesionales por los Derechos Humanos (CeProDH), quienes presentaron una denuncia ante la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH).

> *"El escrito, que constó de 30 páginas, alegó el "uso abusivo de armas 'menos letales' y de la fuerza", las "detenciones arbitrarias", la presencia de personal de seguridad con insignias políticas y el "ataque a trabajadores de la prensa." Por otro lado, con el artículo 13 de la CIDH en mano, citó que "la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el principio de universalidad del ejercicio del derecho a la información", donde "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y*

[41] Víd. Diario El Litoral: *Comenzó con escándalo: insultaron a Bregman en la sesión por la ley ómnibus*, fecha de publicación: 31/01/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.ellitoral.com/politica/video-viral-bregman-insultos-cano-izquierda-camara-recinto-diputados-ley-bases-omnibus_0_I5YXQ4aRlA.html.

[42] Víd. González, M. y Montecinigher, N.: "Periodistas y asesores legislativos heridos", fecha de publicación: 02/02/2024, en *Agencia de Noticias Ciencias de la Comunicación (UBA)*. Recuperado el 27/02/2024 en: https://anccom.sociales.uba.ar/2024/02/02/periodistas-y-asesores-legislativos-heridos/.

> *de expresión, y aclaró expresamente que su ejercicio no puede ser objeto de censura." Días atrás había hecho un planteo similar la ONG Naturaleza de Derechos.*
> *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se anticipó a la respuesta formal a esos pedidos y emitió un comunicado en el que le recordó al gobierno que "la protesta social es un elemento esencial en las sociedades democráticas". Y agregó: "En contexto de protestas, el uso de la fuerza es excepcional y se limita a circunstancias en las que se acredite la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma. El actuar de las fuerzas civiles y policiales debe orientarse con estricta observación al respeto de derechos humanos"*[43].

Los manifestantes detenidos fueron 30 personas. El caso más relevante fue el de cuatro mujeres que cantaron el himno nacional argentino y fueron violentamente detenidas por el personal de la Policía Federal[44]. Lo preocupante fue la práctica de detención dado que durante varias horas estuvieron dentro de un rodado policial circulando por las calles de Capital Federal sin advertir a las detenidas el destino de su libertad. La noticia fue rescatada por los medios de comunicación más o menos oficialistas no solo por la violenta represión a las mujeres, sino porque entre las detenidas se encontraba Adriana Bunge (militante radical)[45]. El referente del frente político oficialista Martín Lousteau publicó: "Pedimos al gobierno nacional conocer el estado de la militante radical Ivanna Bunge y las otras mujeres detenidas en la noche de hoy. Exigimos su liberación inmediata"[46].

Como se ha dicho el proyecto "Bases" no fue aprobado porque el mismo oficialismo, sea porque reconocieron no encontrar con las mayorías necesarias o por desconocimiento del manejo de las reglas parlamentarias, volvió a comisiones y hasta la fecha no fue nuevamente tratado. Las sesiones extraordinarias no fueron prorrogadas y ahora se espera la apertura de las sesiones extraordinarias.

El gobierno nacional está decidido a afectar el Estado Social de Derecho con la utilización de la fuerza y la disponibilidad de todos los recursos económicos. La Ministra de Seguridad de la nación Patricia Bullrich publicó: "Patricia Bullrich recalienta la pelea con los gobernadores: 'Usaremos todos los recursos del Estado contra los que quieran rebelarse'"[47].

6. OTRA ALARMA EN EL TABLERO DE CONTROL DE CALIDAD DEMOCRÁTICA

El Comité de Expertas del MESECVI-OEA que realiza el seguimiento de la Convención de Belém do Pará expresó su preocupación por el discurso de las autoridades del gobierno argentino y el "retroceso en los marcos legales e institucionales desarrollados para garantizar el derecho de

[43] Montecinigher, N.: "Denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Agencia de Noticias Ciencias de la Comunicación (UBA). Recuperado el 24/02/2024 en: https://anccom.sociales.uba.ar/2024/02/02/periodistas-y-asesores-legislativos-heridos/.

[44] Vid. Pérez Laudizio, J.: *El tenso momento en el que la Policía Federal detuvo a cuatro mujeres y un diputado quiso intervenir: "Esto es culpa de Milei",* fecha de publicación: 01/02/2024, La Nación. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.lanacion.com.ar/politica/el-tenso-momento-en-el-que-la-policia-federal-detuvo-a-cinco-mujeres-y-un-diputado-quiso-intervenir-nid31012024/?gad_source=1&gclid=CjwKCAiArfauBhApEiwAeoB7qAPW0nzM9vt6gzzhRLVcKosePLf-sUEGwHh4ie4hbCLxwuDP0wPjXhoCSsYQAvD_BwE.

[45] Víd. Diario El Litoral: *Seis personas fueron detenidas tras los incidentes en inmediaciones del Congreso*, fecha de publicación: 01/02/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.ellitoral.com/politica/personas-siguen-detenidas-incidentes-inmediaciones-congreso-ley-omnibus-bases-diputados-ahora-hoy-miercoles-jueves_0_LpdpNKAvlz.html.

[46] Vid. Lousteua, M., Red Social X, fecha de publicación: 01/02/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://twitter.com/GugaLusto/status/1752902991336624154.

[47] Vid. Clarín: *Patricia Bullrich recalienta la pelea con los gobernadores: "Usaremos todos los recursos del Estado contra los que quieran rebelarse,* fecha de publicación: 27/02/2024. Recuperado 14/02/2024 en: https://www.clarin.com/politica/patricia-bullrich-recalienta-pelea-gobernadores-usaremos-recursos-quieran-rebelarse_0_hH5KZSubuq.html.

las mujeres a una vida libre de violencia". En este sentido, señalaron que la decisión de degradar el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad al rango de subsecretaría reduce la capacidad estatal para prevenir, atender y proteger a las mujeres frente a la violencia de género[48].

El Comité de Expertas es el órgano técnico del MESECVI, responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención de Belém do Pará. Está integrado por Expertas independientes, designadas por cada uno de los Estados Partes entre sus nacionales, quienes ejercen sus funciones a título personal.

La Convención de Belém do Pará o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por Argentina mediante la Ley N° 24.632 el 13 de marzo de 1996, es el instrumento internacional que reglamenta el sistema tutelar de las mujeres contra las distintas violencias padecidas por su condición de género. Tanto la CEDAW como la Convención de Belém do Pará son reglamentadas internamente por la Ley Nº 24.485 de protección integral de las mujeres. La Convención de Belém do Pará mantiene jerarquía supralegal y constituye uno de los pilares fundamentales para combatir la desigualdad estructural padecida por el género femenino.

> *"El gobierno nacional actual insiste en ejecutar una política regresiva en materia de género: La primera de estas nuevas batallas fue la pelea ridícula y antinatural entre el hombre y la mujer. El libertarismo ya establece la igualdad entre los sexos. La piedra fundacional de nuestro credo dice que todos los hombres somos creados iguales, que todos tenemos los mismos derechos inalienables otorgados por el creador, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la propiedad. En lo único que devino esta agenda del feminismo radical es en mayor intervención del estado para entorpecer el proceso económico, darle trabajo a burócratas que no le aportan nada a la sociedad, sea en formato de ministerios de la mujer u organismos internacionales dedicados a promover esta agenda"*[49].

El Foro Económico Mundial de Davos mantiene una intensa agenda corporativa con la paridad de género[50]. Del mismo modo, lo hace la OCDE y su compromiso con el cumplimiento de la Agenda 2030[51]. La Cancillería Argentina ha manifestado en ocasiones su intención de aplicar a OCDE[52].

Al momento del envío del presente artículo el vocero presidencial anunció en conferencia de prensa que: "Por decisión del presidente Javier Milei se va a proceder a iniciar las actuaciones para prohibir el lenguaje inclusivo y todo lo referente a la perspectiva de género en toda la administración

[48] Cfr. Organización de Estados Americanos: *Comité de Expertas expresa preocupación por retroceso en la institucionalidad de las mujeres en Argentina*, fecha de publicación: 22/02/2024. Recuperado el 24/02/2024 en https://belemdopara.org/wp-content/uploads/2024/02/Comunicado-Argentina-Institucionalidad.pdf.

[49] Casa Rosada Presidencia: Palabras del Presidente de la Nación, Javier Milei, en la 54° Reunión Anual del Foro Económico Mundial, en Davos, fecha de publicación: 17/01/2024. Recuperado el 11/02/2024 en: https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/50299-palabras-del-presidente-de-la-nacion-javier-milei-en-el-54-reunion-anual-del-foro-economico-mundial-de-davos.

[50] Víd. World Economic Forum: *Paridad de género.* Recuperado el 11/02/2024 en: https://es.weforum.org/focus/paridad-de-genero/.

[51] Víd. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: *Gender Equality*, fecha de publicación: 23/06/2023. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.oecd.org/gender/.

[52] Víd. La Nación, "Le llevará a la Argentina por lo menos seis años ingresar a la OCDE", fecha de publicación: 08/02/2024. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.lanacion.com.ar/economia/comercio-exterior/le-llevara-a-la-argentina-por-lo-menos-seis-anos-ingresar-a-la-ocde-nid08022024/#:~:text=Seg%C3%BAn%20inform%C3%B3%20la%20Canciller%C3%ADa%2C%20%E2%80%9Cel,para%20ingresar%20a%20la%20OCDE%E2%80%9D.

pública nacional"[53]. En otros términos, el Ejecutivo nacional excluirá y censurará la utilización del lenguaje inclusivo en los documentos de la administración pública profundizando las alertas señaladas por el Comité de Expertas de la OEA en materia de la Convención de Belém do Pará.

Claro está que, tanto en la retórica como en la acción de gobierno, la perspectiva sugiere que la participación activa de la República Argentina en los ámbitos de comercio internacional enunciados se torna difícil. Esto es especialmente evidente dado el quiebre del diálogo social (*break social dialogue*) y la creciente brecha entre el gobierno y los diversos sectores sociales.

7. CONCLUSIÓN

La denuncia realizada en el Comité de DDHH de Naciones Unidas respecto de las medidas legales adoptadas por el actual Gobierno argentino dejó al descubierto los efectos nocivos al derecho fundamental a la reunión pacífica tanto del Protocolo del Ministerio de Seguridad de la Nación como del Proyecto de ley denominado "Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos".

La comunicación de los Relatores Especiales del Comité de DDHH instó al Gobierno argentino a revisar ambos documentos en coordinación con organizaciones de derechos humanos y mecanismos internacionales, para garantizar que sean compatibles con las normas internacionales de derechos humanos y no impongan restricciones indebidas al ejercicio del derecho a la reunión pacífica. Se insistió en la importancia de tener en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por Argentina al ratificar los distintos tratados de derechos humanos. Más aún, cuando se encuentra en juego un tratado internacional de derechos humanos que mantiene la jerarquía constitucional como el PIDCP.

Aún resta la resolución de la denuncia interpuesta por Confederación General del Trabajo de la República Argentina, conjuntamente con la Central Autónoma de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina y la Central de Trabajadores de la Argentina Autónoma ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo[54], que hasta la fecha del presente documento no se ha expedido. Dicho requerimiento de intervención se relaciona a la afectación de las normas contenidas en el Convenio Nº 87 de la OIT y las decisiones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical.

Finalmente, lejos del objetivo descriptivo de las normas en juego, el diálogo social es la mejor forma de calmar las tensiones en la sociedad argentina, que se ha vuelto más dividida y violenta en los últimos meses. La grieta argentina se ha profundizado en términos éticos y estéticos. Los textos analizados presentan una estructura teórica y una retórica sin precedentes en los años de democracia. Es importante volver a respetar las instituciones políticas y jurídicas, cumpliendo con las reglas básicas del pacto social democrático. Para lograrlo, se necesita que tanto las decisiones gubernamentales como las judiciales se ajusten a la calidad democrática que otorgan las leyes, a la Constitución nacional y a los tratados internacionales ratificados. Así, se podrá asegurar que la Argentina, que asume la forma de gobierno representativa, republicana y federal siga siendo un Estado Social de Derecho.

8. BIBLIOGRAFÍA

Achenbach, J.: "Terraplanistas, antivacunas, conspiranoicos, negacionistas... Crece el escepticismo hacia la ciencia", en *National Geographic*, fecha de publicación: 08/07/2019. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/grandes-reportajes/crece-el-escepticismo-hacia-la-ciencia-2_8953.

[53] Télam: *El Gobierno prohibirá el lenguaje inclusivo y la perspectiva de género en el Estado, anunció Adorni,* fecha de publicación: 27/02/2024, Recuperado 28/02/2024 en: https://youtu.be/AZqzznl-7ck?si=lmMwHpUynsoBk8fv.

[54] Víd. Confederación de Trabajadores y Trabajadoras Argentinas*: Intervención Urgente del Director General de la OIT y remisión de información ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendacione,* s.f.

Casa Rosada Presidencia: *Palabras del Presidente de la Nación, Javier Milei, en la 54° Reunión Anual del Foro Económico Mundial*, en Davos, fecha de publicación: 17/01/2024. Recuperado el 11/02/2024 en: https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/50299-palabras-del-presidente-de-la-nacion-javier-milei-en-el-54-reunion-anual-del-foro-economico-mundial-de-davos.

Comité de Derechos Humanos: *Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21)*. Recuperado el 27/02/2024 en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrdB0H1l59790VGGB%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYW2%2FRWvqeXcmwcJPCLnvmaZpSJEbfB4f1bH1%2FZJNeiAUlys1WX8gRUG7qPXbYwn%2B1weWE.

Fasce, A.: "Los parásitos de la ciencia. Una caracterización psicocognitiva del engaño pseudocientífico", en *Theoria: Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 32(3), pp. 347-365, 2017, https://doi.org/10.1387/theoria.17775.

Fernández-Niño, J. y Baquero, H.: "El movimiento anti-vacunas y la anticiencia como amenaza para la Salud Pública", en *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud*, 51(2), pp. 103-106, 2019. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.redalyc.org/jatsRepo/3438/343860382002/343860382002.pdf.

Friedman, D.: *The Machinery of Freedom*, 2º ed., Harper & Row, Nueva York, 1973, p. 60. Recuperado el 27/02/2024 en: http://daviddfriedman.com/The_Machinery_of_Freedom_.pdf.

Giménez, J.: *Cristina Fernández de Kirchner: "En 2015 teníamos el salario más alto en dólares en América Latina"*, fecha de publicación: 11/03/2023. Recuperado el 27/02/2024 en: https://chequeado.com/ultimas-noticias/cristina-fernandez-de-kirchner-en-el-ano-2015-teniamos-el-salario-mas-alto-en-dolares-en-america-latina/.

González, M. y Montecinigher, N.: "Periodistas y asesores legislativos heridos", fecha de publicación: 02/02/2024, en *Agencia de Noticias Ciencias de la Comunicación (UBA)*. Recuperado el 27/02/2024 en: https://anccom.sociales.uba.ar/2024/02/02/periodistas-y-asesores-legislativos-heridos/.

Heras, F.: "Respuestas ante el negacionismo climático", en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* (140), pp. 119-130, 2018. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/respuestas-ante-el-negacionismo-climatico/.

Johnson, M.C., Saletti Cuesta, L. y Tumas, N.: "Emociones, preocupaciones y reflexiones frente a la pandemia del COVID 19 en Argentina", en *Ciéncia & Saúde Colectiva*, 25 (Supl. 1), (2020). Recuperado el 27/02/2024 en: https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10472020.

Lousteua, M., Red Social X, fecha de publicación: 01/02/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://twitter.com/GugaLusto/status/1752902991336624154.

Lucero, M.C., Baldi López, G., Lucero Morales, E. y Tifner, S.: *Estrategias de afrontamiento familiar y Salud Mental en el marco del aislamiento social preventivo por COVID 19*, Ponencia en XII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XXVII Jornadas de Investigación, XVI Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, II Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional, II Encuentro de Musicoterapia, Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020, pp. 188-189.

Massano, J.P.: "La normalización sindical de Mucci a Casella. Aportes para la comprensión de la "democratización" en la posdictadura argentina", en *Revista Trabajo y Comunicación*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Historia, Trabajos y Comunicaciones, 55, 2-2022, pp. 1-21. Recuperado el 24/02/2024 en: https://doi.org/10.24215/23468971e159.

Melo, M.F.: *Los salarios mínimos en América Latina para 2024*, fecha de publicación: 15/03/2023. Recuperado el 24/02/2024 en: https://es.statista.com/grafico/16576/ajuste-de-los-salarios-minimos-en-latinoamerica/#:~:text=Otros%20de%20los%20pa%C3%ADses%20latinoamericanos,alrededor%20de%20521%20d%C3%B3lares%20mensuales.

Montecinigher, N.: "*Denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*, en Agencia de Noticias Ciencias de la Comunicación (UBA). Recuperado el 24/02/2024 en: https://anccom.sociales.uba.ar/2024/02/02/periodistas-y-asesores-legislativos-heridos/.

Nozick, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, 1º ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.

Pérez Laudizio, J.: *El tenso momento en el que la Policía Federal detuvo a cuatro mujeres y un diputado quiso intervenir: "Esto es culpa de Milei",* fecha de publicación: 01/02/2024, La Nación. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.lanacion.com.ar/politica/el-tenso-momento-en-el-que-la-policia-federal-detuvo-a-cinco-mujeres-y-un-diputado-quiso-intervenir-nid31012024/?gad_source=1&gclid=CjwKCAiArfauBhApEiwAeoB7qAPW0nzM9vt6gzzhRLVcKosePLf-sUEGwHh4ie4hbCLxwuDP0wPjXhoCSsYQAvD_BwE.

Quiroz, N. T.: "TikTok: La aplicación favorita durante el aislamiento", en *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, dossier temático, e044, 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://doi.org/10.24215/18524907e044.

Rosas Fonseca, D.: "Desde y para otras ontologías: experiencias durante el confinamiento en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas", en *Revista pueblos y fronteras digital*, 18, e643, Epub 24 de marzo de 2023. Recuperado el 15/02/2024 en: https://doi.org/10.22201/cims.

Sánchez, J., "La pandemia: del negacionismo a la ciencia", en *EuropaSur*, fecha de publicación: 11 de enero del 2021. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.europasur.es/opinion/articulos/pandemia-negacionismo-ciencia_0_1537046654.html.

Seco, J., Glombovsky, A. y Tróccoli, J.: "La anti política, desde la política: construcciones discursivas, trazado de fronteras y construcción del pueblo de las "nuevas derechas", en Argentina", en *Actas publicadas, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación*, Universidad Nacional de La Plata, 2022, Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.16464/ev.16464.pdf.

Svampa, M.: "Argentina, una década después: Del 'que se vayan todos» a la exacerbación de lo nacional-popular'", en *Nueva sociedad*, Nº 235, 2011, pp. 17-34.

Svampa, M. y Pereyra, S.: *Entre la ruta y el barrio. La experiencia de las organizaciones piqueteras*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2003.

Télam: *El Gobierno prohibirá el lenguaje inclusivo y la perspectiva de género en el Estado, anunció Adorni,* fecha de publicación: 27/02/2024. Recuperado 28/02/2024 en: https://youtu.be/AZqzznl-7ck?si=lmMwHpUynsoBk8fv.

VV.AA.: *Estado actual del sistema de Relaciones Laborales en Argentina: Grupo de Expertos en Relaciones Laborales*, Valdovinos, O., 1º ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2008.

Zaragosa, R.: "Los programas de transferencias monetarias condicionadas en Argentina", en *Desarrollo económico*, Vol. 54, Nº. 214, 2015, pp. 333-356.

9. OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS

Diccionario panhispánico del español jurídico: Recuperado el 27/02/2024 en: https://dpej.rae.es/.

Diario El Litoral: *Comenzó con escándalo: insultaron a Bregman en la sesión por la ley ómnibus*, fecha de publicación: 31/01/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.ellitoral.com/politica/video-viral-bregman-insultos-cano-izquierda-camara-recinto-diputados-ley-bases-omnibus_0_I5YXQ4aRlA.html.

Diario El Litoral: *Seis personas fueron detenidas tras los incidentes en inmediaciones del Congreso*, fecha de publicación: 01/02/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.ellitoral.com/politica/personas-siguen-detenidas-incidentes-inmediaciones-congreso-ley-omnibus-bases-diputados-ahora-hoy-miercoles-jueves_0_LpdpNKAvlz.html.

Infobae: *Del detalle de un diputado contra el calor a la protesta de Greenpeace, las perlas del debate de la Ley Ómnibus*, fecha de publicación: 31/01/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.infobae.com/politica/2024/01/31/insulto-un-expulsado-pedido-de-var-y-el-diputado-que-no-entra-en-la-banca-las-perlas-del-debate-de-la-ley-omnibus-en-el-congreso/.

International Federation Journalist: *Argentina: al menos 27 trabajadores y trabajadoras de prensa fueron heridos en la cobertura de las movilizaciones*, fecha de publicación: 02/02/2024. Recuperado el 27/02/2024 en: https://www.ifj.org/media-centre/news/detail/category/press-releases/article/argentina-al-menos-27-trabajadores-y-trabajadoras-de-prensa-fueron-heridos-en-la-cobertura-de-las-movilizaciones.

La Nación, *"Le llevará a la Argentina por lo menos seis años ingresar a la OCDE",* fecha de publicación: 08/02/2024. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.lanacion.com.ar/economia/comercio-exterior/le-llevara-a-la-argentina-por-lo-menos-seis-anos-ingresar-a-la-ocde-nid08022024/#:~:text=Seg%C3%BAn%20inform%C3%B3%20la%20Canciller%C3%ADa%2C%20%E2%80%9Cel,para%20ingresar%20a%20la%20OCDE%E2%80%9D.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación, *INLEG-2023-153324710- APN-PTE*, Recuperado el 24/02/2024 en: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0025-PE-2023.pdf.

Office of the High Commissioner for Human Rights (ONU): *Clément Nyaletsossi Voule, Relator Especial sobre la libertad de reunión pacífica y de asociación*, fecha de publicación: 2018. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-freedom-of-assembly-and-association/clement-nyaletsossi-voule.

Office of the High Commissioner for Human Rights (ONU): *Irene Khan*, fecha de publicación: 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-freedom-of-opinion-and-expression/ms-irene-khan-special-rapporteur-promotion-and-protection-freedom-opinion-and-expression, [Fecha de consulta: 15/02/2024].

Office of the High Commissioner for Human Rights (ONU): *María Lawlor*, fecha de publicación: 2020. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-human-rights-defenders/ms-mary-lawlor.

Office of the High Commissioner for Human Rights (ONU): *Mandatos del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos*. Recuperado el 24/02/2024 en:https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=28732.

Organización de Estados Americanos: *Comité de Expertas expresa preocupación por retroceso en la institucionalidad de las mujeres en Argentina*, fecha de publicación: 22/02/2024. Recuperado el 24/02/2024 en https://belemdopara.org/wp-content/uploads/2024/02/Comunicado-Argentina-Institucionalidad.pdf.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: *Gender Equality*, fecha de publicación: 23/06/2023. Recuperado el 24/02/2024 en: https://www.oecd.org/gender/.

Redacción Bloomberg Línea: *Salario mínimo febrero 2024: de cuánto es y qué se sabe de un aumento*, fecha de publicación: 06/02/2024. Recuperado el 15/02/2024 en: https://www.bloomberglinea.com/latinoamerica/argentina/salario-minimo-febrero-2024-de-cuanto-es-y-que-se-sabe-de-un-aumento/#:~:text=Ese%20monto%20equivale%20este%20martes,un%20acercamiento%20entre%20las%20partes.

World Economic Forum: *Paridad de género.* Recuperado el 11/02/2024 en: https://es.weforum.org/focus/paridad-de-genero/.

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La formación permanente de los trabajadores y las competencias digitales en un mercado laboral signado por la utilización de algoritmos

Lifelong learning and digital skills in a labour market marked by the use of algorithms

Ana Castro Franco *Personal Docente e Investigador FPU, Ministerio de Universidades*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-6834-3064

Cita Sugerida: CASTRO FRANCO, A. «La formación permanente de los trabajadores y las competencias digitales en un mercado laboral signado por la utilización de algoritmos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 59-81.

Resumen

La Industria 4.0 constituye un nuevo hito caracterizado por un alto grado de automatización y digitalización en muchos procesos y tareas. El plano laboral no es ajeno al cambio, pues la incorporación de tecnología exige mayores niveles de capacitación en los empleados/as, de forma que los perfiles de trabajo actuales no desaparecerán, sino que necesitarán actualizarse. Para ser parte de esta gran revolución los trabajadores/as han de estar muy bien formados en competencias digitales nuevas que permitan afrontar estos cambios y, además, fortalecer y llevar al siguiente nivel las habilidades que ya poseen. La transformación digital comporta también la aparición de nuevos trabajos, nuevos perfiles profesionales tecnológicos —analistas de datos, programadores/as, expertos/as en robótica, ciberseguridad—, de los que actualmente existe una alta carencia en el mercado laboral. Pero, simultáneamente aparecen demandas de nuevos perfiles con competencias transversales centradas en ámbitos inalcanzables para las máquinas, como es el pensamiento crítico, análisis y resolución de problemas complejos, creatividad, influencia social, inteligencia emocional, liderazgo y conciencia social, entre otros.

Palabras clave

Industria 4.0, formación, competencias digitales.

Abstract

Industry 4.0 is a new milestone characterised by a high degree of automation and digitalisation in many processes and tasks. The workplace is no stranger to change, as the incorporation of technology requires higher levels of training for employees, so that current job profiles will not disappear, but will need to be updated. To be part of this great revolution, workers need to be very well trained in new digital competences that allow them to face these changes and also to strengthen and take the skills they already have to the next level. The digital transformation also entails the emergence of new jobs, new technological professional profiles -data analysts, programmers, robotics experts, cybersecurity-, of which there is currently a high shortage in the labour market. But, at the same time, there is a demand for new profiles with transversal competences focused on areas unattainable for machines, such as critical thinking, analysis and resolution of complex problems, creativity, social influence, emotional intelligence, leadership and social awareness, among others.

Keywords

Industry 4.0, training, digital competences.

"Si tuviera ocho horas para cortar un árbol emplearía siete en afilar el hacha".

Abraham Lincoln

1. INTRODUCCIÓN

La Industria 4.0 es una realidad que ha impactado sobre las nuevas formas de producción, las nuevas formas de organización de las empresas y, como no, sobre la seguridad y la salud de los trabajadores/as. Estamos ante una revolución industrial donde prima la digitalización de los

Fecha Recepción: 06/02/2024- Fecha Revisión: 29/04/2024 - Fecha Aceptación: 29/04/2024
Págs. 59-81

procesos productivos, la conectividad, la automatización de las máquinas y las nuevas tecnologías emergentes como son la robótica, la Inteligencia Artificial, la fabricación aditiva o la realidad virtual y aumentada. Por tanto, son muchas las ventajas competitivas que trae consigo esta economía 4.0, como son la eficiencia productiva y el aumento de los beneficios económicos, sociales y medioambientales. Asimismo, en el ámbito de la prevención, las nuevas tecnologías tienen un gran potencial en cuanto a la eliminación y reducción de los riesgos laborales. Entre otros muchos, la disminución de las tareas repetitivas, peligrosas y de menor valor añadido al ser realizadas por robots o cobots; la menor exposición a ambientes contaminantes; la mayor disponibilidad de datos para objetivar y tomar decisiones; la reducción de incidentes consecuencia de los mantenimientos predictivos de los equipos de trabajo, y la mayor protección personal gracias a los dispositivos de protección inteligentes que advierten de situaciones de riesgo y emiten alertas, llamados "smart EPI".

Pero, más allá de las ventajas, es en la esfera organizativa y psicosocial donde la Industria 4.0 va a tener un mayor impacto. Los cambios en las condiciones de trabajo provocados por exigentes ritmos de trabajo, extensión de jornadas, horarios, el trabajo nómada, las alteraciones en las relaciones personales y jerarquías profesionales o las nuevas formas de contratación, provocan una realidad en la cual aparecen nuevos riesgos psicosociales, organizacionales, de seguridad, higiene, y ciberseguridad. Así, emergen como nuevos riesgos laborales el rechazo a lo desconocido ante las nuevas tecnologías y sus cambios, la aparición del tecnoestrés, la tecnofobia o la tecnoadicción, la vulnerabilidad, el aislamiento social por la virtualización de las comunicaciones, la invasión del ámbito personal o el sentimiento de inseguridad por la posible precarización del empleo. Una tecnología desarrollada a un ritmo vertiginoso que, sin lugar a duda, ya supone un reto para la sociedad actual y que, en los próximos años, va a cambiar el dónde, el cómo y quién trabajará. Un escenario en el cual es preciso contar con respuestas y estrategias para que las empresas puedan, de la mejor manera posible, gestionar los cambios de esta cuarta revolución.

La formación se está configurando como uno de los factores más importantes de desarrollo y mejora de los trabajadores/as. La formación genera crecimiento, oportunidades y ocupación. La expansión que la formación está teniendo, tanto la formación continua como la formación ocupacional, se ve aumentada por las posibilidades que las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación ofrecen. Hasta ahora la formación había sido sinónimo de curso de formación. Además, las restricciones presupuestarias para estas formaciones contribuían también a que estos métodos no fueran todo lo efectivos que podían ser. Una de las respuestas que los sistemas de formación están comenzando a perfeccionar es la denominada Teleformación. La Teleformación es un sistema de impartición de formación a distancia, apoyado en las TIC, que combina distintos elementos pedagógicos. Con las nuevas tecnologías se puede continuar con la formación desde cualquier lugar y en cualquier momento, ampliando los canales a través de los cuales el empleado/a puede acceder a la información que necesita en cada momento de manera proactiva. De esta forma, tanto el aprendizaje de nuevas habilidades como el "mantenimiento" o actualización de los conocimientos que ya se poseen y son necesarios en el día a día es más accesible a todos los trabajadores/as.

2. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJAR

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han pasado a formar parte de la vida personal y profesional de las personas. Una realidad objetiva, fomentada por este continuo intercambio de datos entre trabajadores/as, empresas e instituciones, es la polarización en el empleo en convergencia con la dispersión salarial. Una de las principales teorías capaces de explicar este fenómeno es que las nuevas tecnologías han disminuido la demanda de profesionales con tareas rutinarias y fácilmente automatizables; a su vez, ha incrementado la demanda de los puestos de trabajo que mantienen una cierta ventaja sobre la tecnología, ya sea porque precisan de mayor creatividad

o porque requieren habilidades manuales o interpersonales. Uno de los principales riesgos de la polarización del empleo es el aumento de la desigualdad, por lo tanto, es crucial potenciar una oferta educativa que permita aprovechar las ventajas de la tecnología.

2.1. Los nuevos modelos de negocio

En la actualidad, predominan las empresas con un modo de producir basado en las TIC. La era digital ha supuesto la transformación de los modelos productivos. En efecto, hay modelos de negocio que prestan sus servicios a través de internet, tales como los micropagos, el pago por consumo, el Streaming/Pay per view, la suscripción, la membresía, el Freemium-Premium, la publicidad insertada, el acceso abierto (Open Access) y el P2P – MOOC's. Por otra parte, hay nuevos modelos que han venido a revolucionar el comercio electrónico, con la introducción de nuevas formas de pago, fundamentalmente el pago a través del móvil, otros que tienen que ver con el consumo, así como otros, tales como el crowdfunding, la gamificación o la autoedición[1].

En esta misma línea, el lugar físico donde se lleva a cabo la actividad laboral ha sufrido una notable transformación en los últimos años como consecuencia de la digitalización del trabajo, hasta el punto de que en numerosas ocasiones las empresas únicamente existen en la red. Uno de los resultados más visibles de la flexibilidad en el trabajo es precisamente el relativo al lugar donde el trabajo es realizado; en otras palabras, los lugares donde las tareas son realizadas han ido variando al alza[2]. Esto va a provocar un cambio en el planteamiento de la relación laboral y de las condiciones de trabajo, aparte de otras consideraciones, relativas, por ejemplo, a la forma de contratación. Si bien es cierto que con carácter general la prestación de servicios en el ámbito laboral ha sido pensada teniendo como protagonista a un trabajador/a presente en el centro de trabajo, se han ido incorporando formas de trabajo fuera de las fronteras de la empresa, como son el contrato a distancia o el teletrabajo. Esto ha hecho surgir un nuevo tipo de trabajador/a, definido como "knowmad" o nómada del conocimiento, caracterizado por ser más flexible y adaptarse a las necesidades del mercado de trabajo actual.

En relación con la creación o destrucción de empleos, para los tecno-optimistas las máquinas han sido y son aliadas a la hora de conseguir procesos productivos más eficaces, certeros y ágiles. A fin de cuentas, las revoluciones generan disrupciones y esta no es diferente en este sentido. Según esta corriente, la automatización del trabajo conlleva beneficios a largo plazo, pues los nuevos empleos tendrán mejores salarios, menores riesgos y mejoras en la productividad y tiempo libre. Por el contrario, los tecno-pesimistas señalan diversos informes en los cuales se señala que más del 45% de los empleos se automatizaran en el futuro[3]. Los trabajos mecánicos y repetitivos, sin duda, presentan un gran riesgo de automatización.

Los cambios en los hábitos de consumo juegan su papel en este proceso ya que se ha evolucionado hacía el autoconsumo y donde antes era necesario acudir a una ventanilla o caja para adquirir unas entradas o pagar un producto, ahora se hace a través de internet. Sin embargo, aun cuando se pensaba que la automatización afecta principalmente a puestos de baja cualificación y bajos salarios,

[1] Moreno Díaz, J.M.: "La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la Industria 4.0", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.6, núm.1, 2018, p. 222.

[2] Comité Económico y Social Europeo: "Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations", *CEPS*, 2017, Disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/EESC_Digitalisation.pdf

[3] Mckinsey Company: "Four fundamentals of workplace automation", *McKinsey Quarterly*, 2015, Disponible en: https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/four-fundamentals-of-workplace-automation

la realidad muestra que incluso las ocupaciones mejor pagadas como gerentes financieros, médicos/as y altos ejecutivos/as realizan una cantidad significativa de actividad altamente automatizable.

Los expertos/as han pasado a hablar de automatización de tareas, en vez de automatización de profesiones, pues una profesión corre mayor o menor riesgo de desaparecer como actividad humana en función de en qué medida las tareas que la componen pueden ser automatizadas. Si bien la tecnología permite ya la automatización de prácticamente cualquier tarea basada en la explotación de datos. Un caso paradigmático es el del especialista en big data. Estos cotizados profesionales podrían acabar siendo remplazados por las sofisticadas máquinas que diseñan. Un técnico/a de big data vuelca en un programa las fuentes de datos para construir un algoritmo de Inteligencia Artificial, pero gracias al machine learning, ese algoritmo aprende por el camino y, de este modo, no necesitará al programador/a en el futuro. En el otro extremo, a salvo de la amenaza robótica, se mantienen determinadas profesiones donde la intervención humana conserva intacto su valor. Capacidades como la creatividad y la detección de emociones son difíciles de automatizar.

Las implicaciones organizacionales son enormes, pues será necesario redefinir los trabajos y procesos para aprovechar el potencial de la automatización más allá del ahorro de mano de obra. La magnitud de los beneficios de transformar los procesos industriales sugiere la capacidad de dotar de personal, administrar y liderar empresas y organizaciones cada vez más automatizadas con un diferenciador competitivo importante. Particularmente en las ocupaciones mejor pagadas, las máquinas pueden optimizar las capacidades humanas en gran medida al aumentar la capacidad de trabajo del trabajador/a y liberar al empleado/a para que centre su atención en el trabajo de mayor valor. A modo de ejemplo, las organizaciones dedicadas a la venta podrían usar la automatización para generar clientes potenciales e identificar las oportunidades de ventas cruzadas y adicionales, aumentando el tiempo que los vendedores/as tienen para interactuar con los clientes y mejorar la calidad de las ofertas.

Estos datos sugieren el potencial para generar una mayor cantidad de trabajo significativo. Es más, el 75% de las profesiones futuras aún no existen y estarán relacionas con los sistemas informáticos, la gestión de datos, la seguridad informática y los sistemas robóticos[4]. Así, será necesario contar con pilotos de drones, coordinadores/as de la relación persona-máquina en el ámbito laboral, científicos/as de datos, diseñadores/as con impresión 3D, arquitectos/as de realidad aumentada, diseñadores/as de gamificación o telecirujanos/as. Los perfiles laborales tendrán como principal necesidad la de profesionales de titulaciones de informática y telecomunicaciones. También serán necesarios los ingenieros/as industriales, diseñadores/as gráficos y perfiles de negocio de nivel universitario. El perfil técnico, también procede de profesiones vinculadas a la formación profesional.

La Industria 4.0 requiere de profesionales altamente cualificados, con capacidad de adaptación, flexibilidad y aprendizaje continuo, con perfiles más multidisciplinares, con un currículo en competencias en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas, ya sea de educación universitaria o un perfil más técnico procedente de FP superior. Además, el profesional del futuro deberá tener competencias en el trabajo colaborativo y en equipo, la gestión del tiempo, resolución de problemas, razonamiento analítico, capacidad de buscar, filtrar y priorizar información y, especialmente, compartir decisiones.

[4] CCOO Industria: "Industria 4.0. Una apuesta colectiva y propuestas de actuación sindical", *CCOO-Madrid*, 2015, Disponible en: https://industria.ccoo.es/3726499875c9feb2f83c5e2d866a4a0d000060.pdf

2.2. Nuevos requerimientos en la formación

Los empleos del futuro requieren de una formación que hoy en día no se da y para ello los jóvenes necesitarán una sólida base teórica, una buena formación práctica y estar en contacto con el mundo del hardware y del software, debiendo impulsar la robótica en las aulas. Asimismo, ha de expandirse la educación para el emprendimiento y, lo más importante, la formación no debe terminar en las aulas, ha de seguir a lo largo de toda la vida.

Estas transformaciones requieren formación, pues la cualificación tecnológica de gerentes y empresarios/as es pieza clave en la tracción de la mejora de la competitividad empresarial. Tecnología, cualificación y aprendizaje a lo largo de la vida son variables de competitividad empresarial a tener en cuenta para desempeñar las profesiones actuales y futuras. Estas afirmaciones refuerzan la necesidad de profundos cambios en la cultura empresarial, en los sistemas de organización del trabajo, en los procesos y en la incorporación de innovaciones en los productos.

No resulta realista pretender que personas cualificadas tecnológicamente para el proceso productivo ejerzan como perfiles polivalentes para funciones comerciales o de gestión. Son cualificaciones muy diferentes y se requieren capacidades diversas. Las personas cualificadas en las tecnologías de diseño, elaboración y mejora de productos deben asumir y adaptarse a las tecnologías que garantizan eficiencia, optimización de recursos, reducción de costes, flexibilidad, personalización de productos o reducción de plazos, pero no tienen por qué saber vender o gestionar el negocio[5]. Es preciso desarrollar una descripción de los perfiles profesionales de forma integral, que no haga referencia únicamente a las titulaciones, sino que tenga en cuenta el tipo de tareas, problemas a resolver, entorno de trabajo, relaciones laborales y estructura organizativa, responsabilidades, autonomía, jerarquías o trabajo en equipo. De esta forma, surgirán las capacidades profesionales más allá de los conocimientos científicos y tecnológicos, que podrán orientar objetivos formativos y hasta las metodologías de formación inicial y continua que muchas veces son la base de la adquisición de determinadas competencias o habilidades. Por otro lado, la recualificación y la mejora de las habilidades de los trabajadores/as adquieren suma importancia para hacer frente al desajuste de competencias generado por la transformación del tejido productivo y, para ello, las empresas deben tener un papel activo en la formación de sus empleados/as.

Los trabajadores/as deben tener derechos de formación suficientes para preservar y mejorar sus posibilidades en el mercado laboral moderno. Hoy en día es necesario profundizar la formación, instruirse y recualificarse para seguir el ritmo de los tiempos. El objetivo último debe ser proporcionar a los trabajadores/as una formación constante.

3. FORMACIÓN CONTINUA Y COMPETENCIAS DIGITALES

En el ámbito europeo cabe destacar la creación de un programa de la Comisión Europea, denominado Europa Digital, aplicable de 2021 a 2027 y que se centra en reforzar las capacidades de Europa en Inteligencia Artificial, informática de alto rendimiento, ciberseguridad y competencias digitales especializadas, garantizando la seguridad e interoperabilidad requeridas para fomentar su uso en la economía y la sociedad. Su desarrollo simultáneo explotará las sinergias necesarias para crear una economía y sociedad digital, próspera, inclusiva y respetuosa con el medioambiente. A nivel interno, la Agenda Digital 2025 establece la capacitación digital entre sus 10 ejes prioritarios, con el objetivo de reforzar las competencias digitales de las personas trabajadoras y del conjunto de la

[5] Corrales Bonilla, J., Ribeiro, N. y Roque Gomes, D.: "Las competencias exigidas a los trabajadores de la Industria 4.0.: Cambios en la gestión de personas", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 40, núm.1, 2022, p. 164.

ciudadanía y persiguiendo la meta de lograr que el 80% de la población española tenga competencias digitales básicas a la finalización de su periodo de programación.

La Industria 4.0 ha provocado una profunda transformación de las relaciones laborales, de ahí la obligación empresarial de formar a los trabajadores/as no solo en conocimientos técnicos y en las capacidades profesionales que la actividad productiva exija, también ha de ampliarse con la incorporación de las TIC, aun cuando estas resulten ajenas al específico desempeño laboral del trabajador/a, dado que la transversalidad y utilización generalizada de estas nuevas tecnologías las convierte en imprescindibles. En la actualidad, no se concibe ninguna profesión en donde no resulte necesario un mínimo conocimiento de procesadores de textos, programas de comunicación, mensajería electrónica y buscadores de internet. De ahí que las exigencias de capacitación y destreza en la utilización de las nuevas tecnologías puedan exceder de las inherentes al desempeño de las principales funciones del puesto de trabajo y convertirse en indispensables para la prestación de servicios[6].

En este marco, la formación del capital humano deviene en un factor estratégico para las empresas y en una necesidad permanente por su importancia en las estrategias de competitividad y de promoción. Ahora bien, eta formación debe ser acorde a los requerimientos, dinámica y evolución del contexto en donde se inscribe, dando respuesta a situaciones nuevas en donde sirven de poco las viejas fórmulas. La demanda de formación continua va a seguir aumentando hasta que la formación se convierta en una actividad generalizada y permanente. A la vez, esa formación abarcará periodos más prolongados debido tanto a los cambios demográficos, extensión de la vida activa, aumento de las exigencias sobre la formación de base y la movilidad, como al propio aumento de la esperanza de vida. Por otra parte, el creciente proceso de especialización supone el incremento de acciones formativas como vía para mantener la competitividad y el empleo. Las nuevas características del desarrollo tecnológico inciden, en definitiva, en la descentralización de las estructuras empresariales y en el incremento de la especialización y cualificación.

La formación resulta ser parte de la estrategia de las empresas y pone de manifiesto la necesidad de adoptar actitudes proclives al cambio e innovación. Esto supone conocer la situación general de la empresa, identificar estrategias y objetivos para posteriormente diseñar y planificar las acciones formativas. En cada acción formativa se han de especificar los objetivos formativos, sobre qué grupo se va a actuar, la fijación de los criterios de ejecución (lugar, características del formador, métodos, técnicas, medios y recursos), la temporalización (duración, momento, horarios, frecuencias), la definición de los procedimientos de evaluación completos y el presupuesto. Una vez que el proceso de diseño y planificación ha finalizado, llega el momento de implementar todos aquellos recursos considerados como imprescindibles para convertir la formación en una realidad. Finalmente se evaluarán los diferentes aspectos del plan de formación y cada una de sus acciones formativas a través de un proceso sistemático de recogida de información.

Este cambio cualitativo del panorama social, económico y laboral afecta indudablemente a la enseñanza, lo cual exigirá la modificación de las estructuras curriculares, organizativas, actitudinales, etc. Esto, válido en general, es especialmente importante en las acciones de formación en o para el puesto de trabajo en particular.

[6] Martínez Barroso, Mª.R. y Megino Fernández, D.: *La formación en un mercado laboral tecnificado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 44.

3.1. La configuración legal del derecho a la formación

La legislación laboral, principalmente en el art. 23 del ET, contiene una serie de derechos que permiten al trabajador/a mantener su puesto de trabajo mientras realiza diferentes cursos formativos. En este sentido, los derechos de los trabajadores/as varían en función del curso realizado y su relación con el puesto de trabajo, pudiendo clasificarlo en dos supuestos: de un lado, aquellos cursos que realiza el trabajador/a de forma voluntaria para mejorar su cualificación profesional; de otro, cursos que obligatoriamente tiene que realizar la empresa debido a modificaciones operadas en el puesto de trabajo, o con ocasión de impartir la prevención de riesgos laborales.

El trabajador/a tendrá derecho a ausentarse del trabajo para acudir a un examen el tiempo necesario para la obtención de un título académico o profesional. Ante la falta de concreción del art. 23.1 a) del ET, ha sido la jurisprudencia la que ha interpretado de forma amplia la posibilidad de que un trabajador/a acuda a un examen, aunque coincida con el horario de la jornada laboral. En consecuencia, no debe limitarse su interpretación a la mera formación profesional directamente relacionada con la actividad del trabajador/a, sino que debe comprender cuanto suponga una mayor promoción y posibilidades de obtener otro trabajo en el futuro, como puede ser el carnet de conducir. Este permiso, salvo que el convenio colectivo indique otra cosa, no será retribuido. En cuanto a la duración del mismo, vendrá determinada por la tipología del examen, incluyendo, si fueran necesarios, los desplazamientos.

Cuando el trabajador/a curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, tendrá preferencia de elección de turno, siempre que existan dichos regímenes en la empresa. Para que este derecho sea efectivo, el trabajador/a tiene que cursar estudios de manera regular y que dichos estudios lleven aparejada la obtención de un determinado título acreditativo, bien de carácter académico o bien de naturaleza profesional. La preferencia de turno ha de ser interpretada en el sentido más amplio, permitiendo al trabajador/a con carácter preferente escoger turno sin entrar dentro de las rotaciones. Este derecho no es absoluto, y estará condicionado por otros factores como el derecho de otros trabajadores/as con reducción de jornada por cuidado de un menor o de un familiar a la concreción horaria de la reducción.

A diferencia de los anteriores derechos, para tener derecho a la adaptación de la jornada el trabajador/a tiene que cursar estudios que deben estar conectados con la actividad profesional desarrollada en su puesto de trabajo. Específicamente, el art. 23.1 c) de ET indica que los trabajadores/as tendrán derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional. La adaptación de la jornada no implica la reducción de la misma, sino que el trabajador/a mantiene su puesto de trabajo y remuneración integra. Este derecho no es absoluto, y habrá que tener en cuenta las posibilidades organizativas de la empresa para ofrecer una adaptación de la jornada al trabajador/a que le permita continuar con el desarrollo profesional.

Ante cualquier modificación realizada por la empresa en el puesto de trabajo, el trabajador/a tendrá el derecho a recibir un curso para su adaptación. Este derecho, está íntimamente ligado con el despido objetivo por ineptitud o falta de adaptación del art. 52 b) del ET. Por lo tanto, se reconoce el derecho a recibir la formación necesaria para su permanente adaptación a las modificaciones que se produzcan en su puesto de trabajo y así evitar un despido objetivo. Todo el tiempo dedicado a la formación será en todo caso retribuido, y deberá ofrecerse, en la medida de lo posible, dentro del horario de la jornada laboral ordinaria. Además, el coste de la formación correrá a cargo de la empresa.

La última reforma laboral reconoce al trabajador/a un permiso retribuido de 20 horas semanales anuales de formación profesional para el empleo, vinculado a la actividad del puesto de

trabajo acumulables por un periodo de hasta cinco años, un máximo de 100 horas. El único requisito que se exige al trabajador/a es que tenga al menos un año de antigüedad. Este permiso es retribuido y, por lo tanto, no se le podrá descontar del salario al trabajador/a las horas utilizadas para la formación. En cualquier caso, el trabajador/a puede entender que se ha cumplido este derecho si recibe un plan de formación por iniciativa empresarial, que este dirigido a la obtención de una formación empresarial relacionada con su puesto de trabajo. Sin embargo, no podrá entenderse cumplido este derecho, si las actividades formativas realizadas por la empresa entran dentro de la formación que de forma obligada tiene que impartir al trabajador/a.

Queda en manos de la negociación colectiva pactar los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo.

3.2. Educación 4.0: el aprendizaje permanente. Incorporación de las TIC en la educación superior

El cambio tecnológico y la globalización requieren de la adquisición de nuevas destrezas, es por ello que, en los últimos años, la política de formación profesional fomenta la innovación a todos los niveles, pasando por nuevos métodos de aprendizaje y empleo de la tecnología. Además, promueve la cooperación entre las instituciones de formación profesional, la educación superior, las organizaciones de investigación y las empresas. Las nuevas tecnologías apuntan a un aprendizaje estructurado de un modo muy diferente al actual, de manera que se fomente la creación de entornos de aprendizaje virtual con rutas de cualificación híbridas en colaboración con la educación superior.

En este contexto y dado que los cambios de empleo y los modelos de empleo flexibles son cada vez más frecuentes, es necesario aprender y seguir aprendiendo de manera constante para prosperar. Por tanto, el fomento de las competencias clave y su mantenimiento a lo largo de la vida constituye uno de los objetivos educativos a desarrollar en los próximos años.

Para ello, es obligado el manejo de las competencias digitales que son definidas como aquellas que implican el uso creativo, crítico y seguro de las Tecnologías de la Información y la Comunicación para alcanzar los objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el uso del tiempo libre, la inclusión y participación en la sociedad[7]. Requiere de conocimientos relacionados con el lenguaje específico básico: textual, numérico, icónico, visual, gráfico y sonoro, así como sus pautas de decodificación y transferencia. Esto conlleva el conocimiento de las principales aplicaciones informáticas. Supone también el acceso a las fuentes y el procesamiento de la información; y el conocimiento de los derechos y las libertades que asisten a las personas en el mundo digital. Igualmente, precisa del desarrollo de diversas destrezas relacionadas con el acceso a la información, el procesamiento y uso para la comunicación, la creación de contenidos, la seguridad y la resolución de problemas, tanto en contextos formales como no formales e informales. El profesional ha de ser capaz de hacer un uso habitual de los recursos tecnológicos disponibles con el fin de resolver los problemas reales de un modo eficiente, así como evaluar y seleccionar nuevas fuentes de información e innovaciones tecnológicas, a medida que van apareciendo, en función de su utilidad para acometer tareas u objetivos específicos.

La adquisición de estas competencias requiere además actitudes y valores que permitan al usuario/a adaptarse a las nuevas necesidades establecidas por las tecnologías, su apropiación y acomodo a los propios fines y la capacidad de interaccionar socialmente en torno a ellas. Se trata

[7] Rodríguez Fernández, M.L.: "Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital", contribución a la Conferencia Nacional OIT *El futuro del trabajo que queremos*, 2017, p. 5.

de desarrollar una actitud activa, crítica y realista hacia las tecnologías y los medios tecnológicos, valorando sus fortalezas y debilidades y respetando principios éticos en su uso. Por otra parte, la competencia digital implica la participación y el trabajo colaborativo, así como la motivación y la curiosidad por el aprendizaje y la mejora en el uso de las tecnologías.

Es posible distinguir cuatro categorías de competencias digitales: básicas, avanzadas, especializadas en TIC y para la educación. Precisamente, cada una de ellas corresponde a un grupo poblacional diferente: ciudadanía en general y personas trabajadoras nada o poco cualificadas, personas trabajadoras cualificadas, profesionales TIC y todas las personas que tratan de adquirir competencias digitales para el aprendizaje o para su trabajo. En razón a lo expuesto, la formación, en general, y profesional, en particular, constituye hoy día y más aún, en los periodos de crisis financiera o desaceleración económica, un instrumento esencial para mejorar y ampliar las competencias profesionales que favorezcan la adaptación a los actuales entornos sociales, económicos y productivos, así como para anticiparse a los futuros[8]. De manera que es necesario planificar y financiar una estrategia de formación para el empleo que permita iniciarse en la formación digital a millones de trabajadores/as y mejorar y actualizar continuamente la que ya poseen todos los demás[9].

El desarrollo de la formación 4.0 debe comenzar con la dotación de medios digitales para los centros educativos y el alumnado, el desarrollo de la competencia digital con programas de formación específicos, recursos educativos digitales y el desarrollo de metodologías y competencias digitales avanzadas. Asimismo, procede la incorporación en los currículos de las etapas obligatorias de competencias digitales y de programación; la creación de recursos educativos abiertos para la enseñanza con medios digitales; la elaboración de un plan de Formación Profesional digital para la digitalización de las enseñanzas de Formación Profesional y la introducción de competencias digitales en el currículum de los diferentes títulos y un plan de modernización del sistema universitario, que impulsará el aprendizaje de competencias digitales tanto promoviendo un mayor número de titulaciones como renovando los programas existentes. En este sentido, se debe introducir el pensamiento computacional y la programación a lo largo del currículum educativo para la formación digital del alumnado.

De igual forma, el déficit de especialistas TIC podría explicarse debido a la oferta formativa escasa, una participación femenina débil, y la prevalencia de salarios más elevados en otras capitales europeas, que dificulta la retención del talento digital español. El fomento de especialistas TIC (tanto titulados de Formación Profesional como universitarios) pasa por la adaptación de la oferta formativa de formación profesional y universitaria existente, diseñando nuevas especialidades que permitan adquirir competencias digitales avanzadas y por el diseño de programas de atracción y retención de talento en el ámbito digital. Por tanto, las medidas propuestas buscan incrementar la oferta de perfiles digitales dentro de la población activa y toman como punto de partida la identificación de las competencias digitales concretas de las que existe tanto un déficit como un superávit en el mundo laboral. A partir de ese punto, debe realizarse un diagnóstico que será diferente para cada sector. No obstante, aunque las competencias digitales clave sean diferentes en función del sector de la economía, si se promueve la capacitación modular, siempre será posible identificar determinados "bloques de conocimiento" que sean comunes a todos los sectores[10].

[8] García Muñoz, M.: "Iniciativas de formación para incrementar el valor del trabajo y las oportunidades profesionales de los desempleados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020, p. 119.

[9] Rodríguez Fernández, M.L.: "Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital", *Conferencia Nacional OIT*, 2017, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548596.pdf

[10] OECD: "Getting Skills Right: Spain, Getting Skills Right", *OECD Publishing*, 2018, Disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264282346-en.

Hasta hace no tanto, lo que se estudiaba en la universidad, o en cualquier otro tipo de institución, era el conocimiento que sustentaba toda la vida laboral. Entre otras cosas, porque ni había tanta información ni corría tan rápido como ahora y, por lo tanto, la necesidad de actualizarse era relativa. Pero los tiempos cambian y la información se multiplica exponencialmente cada día. Actualmente, se impone un modelo que empuja a continuar aprendiendo para no perder atractivo en el mundo laboral. El lifelong learning es un nuevo paradigma educativo que, como su propio nombre indica, consiste en aprender durante toda la vida ajustando los conocimientos y habilidades a las necesidades coyunturales del mercado. Para numerosas empresas la formación permanente es una apuesta segura para no perder competitividad a través de una oferta formativa inagotable tan genérica o especializada como se quiera, es decir, personalizable.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que con carácter general la población activa de más edad pueda poseer una menor formación en nuevas tecnologías, hábito para el aprendizaje o disposición para adaptarse a los nuevos requerimientos de los puestos de trabajo. Estos estereotipos si bien se venían compensando con determinadas fortalezas en el trabajo, se convierten, con frecuencia, en obstáculos para mantener o acceder al empleo[11]. En todo caso, sean reales o presuntos, compensables o deficitarios por el efecto de las ventajas asociadas a la edad, la formación se concibe como un elemento imprescindible para aumentar las posibilidades de ocupación, ya sea para conservarla, recuperarla o adquirirla. En consecuencia, las universidades deben atender a las personas maduras que busquen promocionar, actualizar o adaptar sus conocimientos a la era digital, complementar su formación una vez se han consolidado profesionalmente o que simplemente deseen formarse, para evitar que queden expuestos/as a una salida del mercado de trabajo[12].

En este contexto, donde en muchas profesiones, las competencias de los trabajadores/as quedan obsoletas, pero a menudo no es evidente cómo pueden adquirir otras nuevas, resulta imprescindible el aprendizaje permanente el cual hace hincapié en la formación desde la enseñanza preescolar hasta después de la jubilación y, al mismo tiempo, comprende todas las formas de educación (formal, informal o no formal). Por ende, la formación en competencias digitales a lo largo de la vida laboral debe implementarse a través de medidas como son la elaboración de programas de Formación Profesional de capacitación digital modular y flexible orientados a la recualificación y refuerzo de competencias de las personas trabajadoras (*reskilling* y *upskilling*), o la integración en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales de la acreditación de competencias digitales a diferentes niveles, con especial énfasis en las competencias digitales básicas.

Desde esta perspectiva, la educación debe ser un factor relevante y estar abierta en todas las edades. El papel central del alumno/a, la importancia de la igualdad de oportunidades y la calidad y pertinencia de las posibilidades de aprendizaje deben ser el centro de las estrategias encaminadas a la realización de un espacio del aprendizaje permanente. En efecto, estas nociones fundamentales se complementan con la necesidad transversal de que, en cada uno de ellos, se promueva el cierre de la brecha digital de género, fomentando la presencia de mujeres tanto en estudios universitarios tecnológicos como en el mundo laboral digital y trabajando en la abolición de los estereotipos de género desde la escuela.

El aprendizaje permanente en educación es hoy en día, un factor crucial para mantener actualizado el nivel de competencia en el puesto de trabajo, aunque su importancia va más allá

[11] Olmos Rueda, P., Sanahuja Gavalda, J.M. y Pérez Amorós, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada y su contribución a las políticas de envejecimiento activo", *Documentación Laboral*, Vol. 4, núm. 12, 2017, p. 126.

[12] Roldán Conesa, J.M.: "Trabajadores maduros: la era digital y la edad como motivos de discriminación social y laboral", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022, p. 300.

del ámbito puramente laboral. Aunque la educación permanente tiene un importante peso en el desarrollo personal, tiene una orientación muy significativa hacia el mundo laboral como forma de reinserción al mismo por parte de personas que o bien se encuentran en situación de desempleo o bien quieren actualizar sus competencias profesionales, complementando su perfil. Vivimos en un entorno cambiante y competitivo especialmente en lo que se refiere al campo tecnológico que ha provocado que la formación permanente adquiera más importancia que nunca. En este sentido, la formación permanente permite una capacitación constante, ofreciendo ventajas competitivas para triunfar profesionalmente. El objetivo principal es afrontar los nuevos retos tanto personales como profesionales, en mejores condiciones gracias a las competencias adquiridas a través de la formación. Es por este motivo que, en muchas compañías a través de las políticas de formación, organizan programas formativos para sus trabajadores/as, con los que garantizar una preparación actualizada y competente como medida de inversión en las condiciones de trabajo y desempeño laboral. En definitiva, la formación profesional cumple un importante papel tanto para empresas como para los propios trabajadores/as puesto que mejora los procesos productivos.

Pues bien, sin perjuicio de la variedad en la oferta formativa la empleabilidad se erige como un factor clave a priorizar por los sistemas educativos. La formación continua parte de la premisa de que la competitividad de las empresas depende de la existencia de trabajadores/as debidamente instruidos y cualificados. Así pues, se debe comenzar por mejorar los sistemas de educación y formación, con el fin de contar con un número suficiente de jóvenes titulados que posean las cualificaciones adecuadas para obtener empleo en sectores dinámicos, en sectores de elevado valor y en nichos sectoriales[13].

A pesar de la habitual tónica seguida hasta ahora en el sistema universitario español, la apuesta por la competitividad es la derivada de la estrategia de aprendizaje permanente hacia los postulados de la empleabilidad. Sin duda, la mejora de la competitividad de las universidades sirve para favorecer la de las empresas, pues un distintivo de la solvencia universitaria es su vinculación con el tejido económico y empresarial. Por consiguiente, ha de lograrse atraer al mayor número de personas al empleo y retenerlas en él; aumentar la oferta de la mano de obra y modernizar los sistemas de protección social; mejorar la capacidad de adaptación de los trabajadores/as y de las empresas e invertir más en capital humano mejorando la educación y las capacidades y conseguir una mejor organización del trabajo, la calidad de la vida laboral y la actualización continua de las cualificaciones de los trabajadores/as como factores con potencial suficiente para impulsar la productividad de la mano de obra[14].

Ahora bien, en este ámbito es necesario la vinculación de la mejora en la empleabilidad a través de la optimización de la educación y formación con la cohesión e inclusión social. En este sentido, cabe apuntar que uno de los mayores problemas de empleabilidad en España viene dado por el desempleo entre los jóvenes debido a una oferta educativa tradicionalmente desvinculada del mercado laboral. Para recuperar la creación de empleo juvenil es fundamental conocer las necesidades del mercado y orientar la cualificación de los estudiantes hacia las ocupaciones más demandadas. Por esta razón, es clave adquirir formación y/o práctica profesional y que se establezcan políticas activas siguiendo el modelo europeo. Concretamente, se debe asegurar el adecuado asesoramiento, la gestión de las transiciones, la orientación hacia sectores más competitivos, así como otras medidas que faciliten un mercado más inclusivo y competitivo, donde se favorezca la movilidad deseada entre

[13] Sánchez-Castañeda, A.: "La cuarta revolución industrial (industria 4.0). Entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: La protección del trabajador asalariado y no asalariado", en VV.AA.: *Industria 4.0. Trabajo y Seguridad Social*, Mendizábal Bermúdez, G., Sánchez-Castañeda, A. y Kurczyn Villalobos, P. (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 59

[14] Martínez Barroso, Mª.R. y Megino Fernández, D.: *La formación en un mercado laboral tecnificado*, cit., p. 53.

sectores y profesiones, a través de la recualificación de las personas, lo que generará alzas salariales y carreras más resilientes ante los continuos cambios y demandas del mercado.

Del mismo modo, se deben atajar aspectos como el abandono escolar y de conclusión de ciclo superior de estudios secundarios para evitar un mayor porcentaje de personas en exclusión social. En efecto, los ámbitos prioritarios de actuación deben ser la inversión en enseñanza primaria para prevenir el fracaso escolar y sentar las bases del aprendizaje complementario y la mejora de los sistemas de formación profesional, si bien no solo debe favorecerse su cobertura con respecto a los jóvenes, sino también a favor de los trabajadores/as maduros, quienes, en el actual panorama digitalizado, se volverán más vulnerables[15]. Igualmente, la Agenda Europea 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), pretenden articular mecanismos capaces de atenuar el alto desempleo de carácter estructural, con especial incidencia sobre los jóvenes y una marcada precariedad laboral, que ahonda en las fuertes y crecientes desigualdades sociales, un nivel alto de deuda unido a un problema estructural de déficit público, bajo nivel de inversión en innovación y formación continua, baja productividad de los factores productivos, un sector industrial y de servicios maduro poco adaptado a las nuevas tecnologías, un ecosistema de empresas de muy pequeño tamaño con dificultad para crear y aprovechar todas las ventajas de la integración europea y grandes brechas de desigualdad territoriales.

Así pues, los esfuerzos han de enfocarse en conseguir un empleo estable y de calidad, de cara a favorecer la creación y la competitividad de las empresas, con especial atención a la transformación tecnológica y digital. De ahí la importancia de reforzar las competencias de los trabajadores/as en tales facetas. En este sentido, la política europea de formación profesional fomenta la innovación a todos los niveles, indicando la conveniencia de usar nuevos métodos de aprendizaje y el empleo de la tecnología. Aun cuando a día de hoy, es posible afirmar la superación del desinterés generalizado anterior por la formación continua en las empresas, puesta de manifiesto a través de los convenios colectivos, los procesos de digitalización requieren una formación profesional inicial completada con la formación permanente hasta la vejez, con el objetivo de que los empleados/as puedan adaptarse no solo a las nuevas técnicas productivas, sino también a la evolución de sus propias capacidades personales. Es más, en cualquier empresa las ventajas de aquellos trabajadores/as con mayor trayectoria profesional consisten en la experiencia, madurez emocional, confianza y compromiso que aportan. Luego la superación de sus posibles pérdidas de aptitud pasa por la elaboración y ejecución de un plan integrado de formación y asignación de funciones adaptado a las características personales y profesionales y a las necesidades de la empresa[16].

Por otra parte, la inversión en nuevas tecnologías se hace a un ritmo vertiginoso, lo cual dificulta su asimilación por parte de los trabajadores/as de mayor edad. Este desfase profesional provocado por las nuevas tecnologías resta valor a la experiencia del trabajador/a como mérito profesional. Del mismo modo, la división técnica de las tareas y la flexibilización conlleva que la experiencia esté siendo solapada por la polivalencia y la capacidad de adaptación del empleado/a. En efecto, los programas de formación profesional y de educación para adultos pasa: de un lado, por promover el diálogo social o la colaboración entre empresas, sector público, agentes sociales y organizaciones locales del tercer sector; de otro, por buscar la adaptación de la formación al mercado laboral[17].

[15] CESE: "La evolución del mundo del trabajo y la longevidad y el envejecimiento de la población. Condiciones previas para que los trabajadores de más edad permanezcan activos en el nuevo mundo del trabajo (2020/C 14/089)", DOUE de 15 de enero de 2020, p. 3

[16] Fernandez Caveda, A.: "El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 298, 2008, p. 246.

[17] Martínez Barroso, Mª.R. y Megino Fernández, D.: *La formación en un mercado laboral tecnificado*, cit., p. 63.

3.3. Tipos de formación en nuevas tecnologías

Tradicionalmente, la formación de los empleados/as en muchas empresas se había limitado a formatos clásicos como el simple manual, el curso a completar o el taller de enfoque más práctico. Además, las restricciones presupuestarias para estas formaciones contribuían también a que estos métodos no fueran todo lo efectivos que podían ser. Actualmente, existen diferentes tipos de formaciones a distancia, a través de aparatos electrónicos que cada vez van sumando más puntos en el escenario de la educación tecnológica.

Algunos autores/as abogan por implementar la metodología de la educación disruptiva[18]. Esta propuesta debe pasar por adoptar un modelo de aprendizaje inclusivo y personalizado. La necesidad de un modelo de aprendizaje auto dirigido derivada de estudios que concluyen que en el proceso de aprendizaje se cumple la fórmula 70/20/10. El 70% del aprendizaje viene a través de la experiencia, el 20% del aprendizaje social en el lugar de trabajo y el 10% de las clases formales y cursos. Su postulado principal es integrar en un nuevo concepto de educación la educación formal y la educación informal.

El desarrollo de la tecnología ha cambiado el panorama, eliminando barreras y facilitando la aparición de nuevas herramientas que están modificando la forma en que los trabajadores/as aprenden y se desarrollan en sus empresas. Esta evolución ha conseguido mejorar todo el proceso formativo. Especialmente desde 4 enfoques diferenciados: la formación tipo *blended*, la formación bajo demanda, el *micro-learning* y el *social learning*.

Hasta hace no demasiado la integración de tecnología en la formación en la empresa consistía en la participación de los trabajadores en cursos online o el acceso a recursos digitales. En estos procesos no era necesaria la implicación de otros empleados/as, y por lo general adolecían de interacción siendo menos efectivos de lo que realmente podían ser. Sin embargo, la formación tipo *blended* implementando sistemas de formación colaborativa, con varios empleados/as implicados, en combinación con las nuevas tecnologías (como la realidad aumentada, por citar alguna) potencia el aprendizaje y mejora los resultados de la experiencia, haciéndola más interactiva e independiente. Y para la organización supone reducción de costes y tiempo respecto al sistema tradicional de formación en clases.

En segundo lugar, la formación bajo demanda que gracias al desarrollo de la tecnología mobile y los dispositivos la formación del trabajador ya puede extenderse más allá del horario laboral. Con esta tecnología se puede continuar con la formación desde cualquier lugar y en cualquier momento, ampliando los canales a través de los cuales el empleado/a puede acceder a la información que necesita en cada momento de manera proactiva. De esta forma tanto el aprendizaje de nuevas habilidades como el "mantenimiento" o actualización de los conocimientos que ya se poseen y son necesarios en el día a día es más accesible a todos los trabajadores/as.

Tercero, el *Micro Learning* es una categoría de formación que sirve para que los trabajadores/as aprendan nuevas habilidades o procesos relacionados con sus empresas en el momento que lo necesiten. Un ejemplo de esto es la incorporación a un nuevo puesto de trabajo, donde normalmente el empleado/a ha de asumir una gran cantidad de información nueva en un periodo de tiempo reducido. Gracias al desarrollo de nuevos formatos como las píldoras de vídeo o los webinars la empresa puede facilitar este proceso al trabajador con contenidos de mayor impacto que le sirven para comprender con

[18] Jalil Naji, M.: "Industria 4.0, competencia digital y el nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm.1, 2018, p. 179.

mayor facilidad su nuevo entorno de trabajo. La creación de un portal donde alojar estos contenidos y al cual pueden acceder los usuarios/as sería una práctica muy recomendable en este contexto.

Cuarto, el *Social Learning* es una tendencia hacia culturas organizacionales cada vez más colaborativas que favorece que los propios procesos de formación en la empresa tengan progresivamente un mayor componente de actividad social. En este contexto, las redes sociales internas se convierten en una accesible plataforma que utilizar para, además de otras finalidades, apoyar los procesos formativos de los empleados/as de la organización. Utilizando formatos novedosos y las funcionalidades propias de una red social, como el chat o los grupos de debate, el trabajador/a dispone de multitud de herramientas para aumentar sus capacidades.

El desarrollo de la tecnología multiplica las posibilidades al hablar de formación en las organizaciones. Pero ¿cómo formarse en nuevas tecnologías? Una de las ventajas es que se trata de un aprendizaje dinámico e interactivo, que no requiere de estar en un lugar físicamente, ya se puede hacer desde cualquier dispositivo y desde cualquier lugar. Por lo que cada vez el e-learning está más extendido y la educación online tiene más relevancia tanto en las universidades, como en las escuelas que imparten másters educativos. En este tipo de formaciones, el aprendizaje es más autónomo y el profesor/a actúa más bien dando pautas que ayuden a dirigir el proceso de aprendizaje.

Por último, cabe apuntar otras opciones como son los entornos personales de aprendizaje, el aprendizaje por proyectos y mediante artefactos digitales, los NOOC y otras píldoras formativas, las redes sociales al servicio del aprendizaje, las comunidades de aprendizaje y práctica profesional, el networking corporativo, el coaching aplicado a la formación, los itinerarios y las rutas de aprendizaje personalizados o la gamificación y el m-learning[19].

3.4. La formación a través del contrato formativo

La formación 4.0 supone la colaboración del centro educativo y de la empresa para incorporar nuevas metodologías de aprendizaje y competenciales. Algunos autores/as defienden la implementación de la formación profesional que combina la formación teórica en los centros de enseñanza con la formación práctica en la empresa con la finalidad de adecuar la formación a la realidad actual del mercado laboral. Pues bien, entra en juego 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, donde se regula una modificación del art. 11 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que supone en sí un cambio de modelo. La norma de 2021 ha tratado de esmerarse, intentando revertir la escasa utilización porcentual de los contratos formativos, corrigiendo algunos defectos técnicos de su diseño y encauzando directamente el fin formativo al efectivo y real aprendizaje de un oficio o profesión. Bajo tales premisas, la nueva regulación establece dos categorías distintas de contratos formativos, suprimiendo las tres anteriores (el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria): una, el contrato de formación en alternancia y, otra, el contrato formativo para la obtención de práctica profesional[20]. Ambas figuras presentan unas pautas comunes tendentes a conseguir el tránsito a un empleo estable y de calidad, a saber art. 11.4 ET.

[19] Martínez Marín, J. y Muñoz Moreno, J.L.: *Aprender en las organizaciones de la era digital*, Barcelona: UOC, 2018, p. 38.

[20] Mercader Uguina, J. y Moreno Solana, A.: "La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm.1, 2022, p. 68.

Respecto al contrato formativo para la obtención de práctica profesional al igual que sucedía con anterioridad en relación con el contrato de prácticas, la celebración de este vínculo va unida a la disposición de un título, que ahora se concreta en uno universitario, de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional o equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. En todo caso, el puesto de trabajo ha de permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, de manera que la empresa ha de elaborar un plan formativo individualizado en el que conste el contenido de la actividad y la asignación de un tutor o tutora que cuente con formación o experiencias adecuadas para el desarrollo de un seguimiento óptimo (art. 10.3 ET).

Se reduce el plazo máximo de disposición del título a tres años o a cinco si se trata de una persona con discapacidad (antes cinco y siete años, respectivamente) para la celebración del contrato. No se podrá suscribir con quien ya haya obtenido experiencia en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los períodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido durante el tiempo de estudios.

La duración no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año (antes dos años). Ninguna persona podrá ser contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo previsto en virtud de la misma titulación o certificado. Tampoco cabe contratación por tiempo superior al máximo, aunque se trate de distinta titulación o certificado, si bien esta limitación queda referida a la misma empresa y para el mismo puesto. Igual que sucedía con anterioridad, los títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado/a por primera vez la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título.

La duración del periodo de prueba se reduce a un mes (ya no se remite a la titulación habilitante), salvo que el convenio colectivo disponga otra extensión temporal. No se permite la realización de horas extraordinarias salvo para la reparación de daños extraordinarios o urgentes o por razones de fuerza mayor.

La retribución del tiempo de trabajo efectivo será la fijada en convenio colectivo aplicable para estos contratos o en su defecto para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que pueda ser inferior a la mínima establecida para el contrato de formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Desaparece así el sistema de fijación de porcentajes mínimos en función de los periodos de prácticas cuya distribución no encontraría correspondencia con el nuevo máximo autorizado de un año.

La persona trabajadora tiene derecho a la certificación de la práctica realizada, una vez finalizado el contrato.

Por su parte, el contrato para la formación en alternancia tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo[21]. Acoge, por tanto, la modalidad dual también para los estudios universitarios (art. 11. 2 ET).

[21] López Jiménez, J.M.: "De la formación y el aprendizaje a la formación en alternancia, un análisis de la incidencia del Real Decreto 32/2021 en el contrato formativo", *Revista jurídica valenciana*, núm. 39, 2022, p. 35.

Los sujetos que pueden celebrar este contrato son, al igual que sucedía con anterioridad, aquellos que carecen de titulación para realizar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional, de manera que si tuvieran titulación previa solo podrán acogerse a esta vía si no hubieran tenido otro contrato formativo precedente asignado a una formación del mismo nivel y del mismo sector productivo. Solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada programa de estudios conducente a la obtención de la titulación.

Desaparece el límite general de 25 años como máximo para celebrar este contrato. De esta forma, la edad máxima se establece ahora en hasta 30 años, pero solo cuando el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. No se establece límite ni para la formación profesional de grado superior ni para la universitaria.

La persona contratada contará con dos personas tutoras: una, designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa suficientemente cualificada para el seguimiento del plan formativo individualizado. Este último instrumento adquiere importancia capital, pues marcará no solo el contenido de la formación, calendario y actividades sino también la duración del contrato, que se extenderá, sin posibilidad de celebrar periodo de prueba, entre un mínimo de tres meses (antes seis) y un máximo de dos años (antes tres), sin que nada impida, dentro de este espacio temporal, de un lado, la suscripción del vínculo con varias empresas y, de otro, el desarrollo de forma discontinua. No obstante, no se podrá celebrar cuando la actividad o puesto se haya desempeñado con anterioridad en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses (antes doce). La reducción de los lapsos temporales es, pues, manifiesta.

El tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65 por 100 durante el primer año y al 85 por 100 durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada máxima legal (antes, 75 por 100 y 85 por 100, respectivamente). En otros términos, la formación teórica no podrá ser inferior al 35 por 100 el primer año y al 15 por 100 el segundo. Está prohibida la realización de horas extraordinarias, trabajo nocturno y trabajo a turnos, si bien excepcionalmente se admiten las dos últimas vías cuando el aprendizaje no pueda realizarse en otros periodos atendiendo a la naturaleza de la actividad.

La retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, si bien en su defecto no podrá ser inferior al 60 por 100 el primer año ni al 75 por ciento en el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas en proporción al tiempo de trabajo efectivo, con el límite mínimo del salario mínimo interprofesional aplicado también bajo la regla de la proporcionalidad. El contenido de la formación teórica queda remitido al posterior desarrollo reglamentario.

4. CAMBIOS EN LA GESTIÓN DE LAS PERSONAS

El papel que juegan las nuevas tecnologías en la Industria 4.0 hace necesaria una formación intensiva en estos aspectos; sin embargo, las competencias en tecnología constituían contenidos colaterales de la formación de los trabajadores/as en muchos sectores[22]. Esta cuestión debe paliarse estableciendo un sistema de aprendizaje permanente y para lograr dicho objetivo es necesario que los planes de formación incluyan la posibilidad de obtener ayudas personales, formación básica adaptada, acciones diferenciadas y territorializadas en función de las necesidades e intereses de los trabajadores/

[22] Marcos Martínez, E. y Martín Peña, M.L.: "Formación de profesionales para la empresa del siglo XXI", *Ekonomiaz*, núm. 89, 2016, p. 180.

as, orientación, asesoramiento, información, formación orientada al trabajo y apoyos no formales que propicien la concienciación, participación y acceso a estructuras de apoyo.

Por un lado, la colaboración público-privada será clave para la identificación de las necesidades y el desarrollo de las diferentes medidas y proyectos de los programas de formación. Además de los recursos online y presenciales, se utilizarán técnicas de big data para el análisis de contenidos y clasificación de las acciones formativas llevada a cabo en el ámbito laboral. Las competencias digitales destacan por su carácter transversal, que afecta a políticas sectoriales de diferente naturaleza, y, por tanto, a distintos ámbitos de las Administraciones Públicas. Con el fin de coordinar las acciones por parte del sector público y de impulsar también la colaboración público-privada, se debe crear un "hub de competencias digitales", como espacio de trabajo, foro de diálogo, red de conocimiento, laboratorio de ideas y canal de difusión de las medidas y resultados. Es fundamental el desarrollo de las competencias digitales de los empleados y empleadas públicos, tanto las de carácter general como las del personal especializado en TIC, para que la Administración lleve a cabo una transformación interna (en procedimientos, relación con los administrados/as y cultura organizativa) que le permita desarrollar adecuadamente su papel como reguladora, impulsora y facilitadora de la transformación digital de España.

Por otro, la formación en el marco de la empresa intenta dar respuesta a las demandas y complejas necesidades del mercado caracterizadas por la fuerte relación y complementación con la tecnología. Por esta razón no resulta extraño buscar modelos que planteen la formación bajo esta nueva perspectiva. Estos nuevos planteamientos en el acceso y tratamiento de la información sin barreras han favorecido la creación de un nuevo concepto de formación, pues las nuevas tecnologías se plantean como un hecho transcendente y apremiante derivadas de la aceleración en los avances científico-técnicos. De esta manera, las nuevas tecnologías están condicionando y obligando al trabajador/a a conquistar conocimientos y acciones que parecían inaccesibles. Dichos avances exigen la movilización de recursos dirigidos al desarrollo de programas de formación inicial, reciclaje, adecuación o perfeccionamiento, sin los que las empresas perderían operatividad[23].

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo, sirva como botón de muestra de las posibilidades formativas generadas por las nuevas tecnologías los medios que permiten: la autoformación, la formación en el puesto de trabajo, la disponibilidad de información de diferente tipología en todo tiempo y lugar, la interactividad bajo el control del usuario/a, la flexibilidad/adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras, la facilidad de acceso, el apoyo a usuarios, la organización de complejas actividades, la rentabilidad de tiempo, esfuerzo y costes, y la incorporación de sistemas multimedia.

4.1. Formación programada por las empresas

La formación programada por las empresas tiene como destinatarios/as principales a quienes presten servicios en las mismas. El contenido de las acciones formativas va dirigido a la adquisición y mejora de las competencias y cualificaciones profesionales de los empleados/as y suele guardar relación con la actividad empresarial, considerándose cada especialidad formativa como la agrupación de competencias profesionales, contenidos y especificaciones técnicas que responde a un conjunto de actividades de trabajo enmarcadas en una fase del proceso de producción y con funciones afines, o a la adquisición de competencias transversales necesarias para el desempeño adecuado en el entorno y contexto profesional.

[23] González Soto, A.P.: "Perspectivas de futuro en la utilización de las nuevas tecnologías en la formación ocupacional y de empresa", *Revista de Medios y Educación*, núm. 10, 1998, p. 8.

En cualquier caso, las acciones formativas pueden desarrollarse con la flexibilidad necesaria en relación a las materias, momento, duración, y requisitos de impartición que determine la empresa, con observancia del derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, para que de manera ágil se ajusten las competencias de los empleados/as a los cambios de los procesos productivos. Por tanto, la empresa puede organizar las acciones formativas por sí misma e impartirlas con sus propios medios o encomendar su gestión a una entidad externa, como es el caso de organizaciones empresariales y sindicales. De cualquier modo, la empresa o entidad externa debe asegurar el desarrollo satisfactorio de la formación, ejerciendo las funciones de seguimiento, control, evaluación y asegurando la adecuación a las necesidades formativas de la empresa y sus trabajadores/as. Como ya se ha adelanto *ad supra*, la formación puede impartirse de forma presencial, mediante teleformación o de manera mixta. Estas dos últimas, otorgan mayor importancia a la incorporación de las nuevas tecnologías no solo en los procesos productivos, sino también en los medios y métodos para adquirir las competencias. Igualmente, el factor generacional puede determinar el modo de impartir la formación, pues las generaciones más jóvenes prefieren la teleformación al estar más habituados a su uso, con un contenido menos extenso e intenso[24]. En cambio, usualmente, los trabajadores/as más maduros requieren, en un primer momento, un proceso más detallado para aprender a usar las nuevas tecnologías.

Ahora bien, la concurrencia de estas circunstancias no supone un mayor coste para la empresa, pues la prestación de servicios de los empleados/as de más edad, tras adquirir los conocimientos necesarios, podrá ser más eficiente, por su experiencia y su capacidad de contextualizar las funciones del puesto de trabajo en la actividad productiva con la cual se sienten muy comprometidos.

4.2. Funciones y formación que debe tener la persona responsable dentro de la empresa y la adaptación de esos requisitos a las PYMEs

La transformación digital de las empresas es un proceso transversal que afecta a todas las actividades que se desarrollan ligadas tanto a los procesos productivos, como a la venta, difusión, marketing, gestión de personas o económica, por citar algunos. Las PYMEs deben incorporar iniciativas como la realización de planes de digitalización para la incorporación de las TIC en sus procesos (gestión del negocio, relación con terceros, comercio electrónico y digitalización de servicios o soluciones). Con este enfoque, se ha de formar a los empresarios/as y directivos/as sobre comercio electrónico, sistemas de planificación de recursos (ERP) y de gestión de clientes (CRM), automatización de procesos, marketing o posicionamiento digital; potenciar la formación en el puesto de trabajo dentro de la iniciativa de formación programada para las empresas para mejorar el modelo de gestión e impulsar su transformación digital; llevar a cabo programas específicos para PYMEs y formar a expertos/as en digitalización de las PYMEs.

Por su parte, los representantes de los trabajadores deben participar en la toma de decisiones relativa a la definición y aplicación de algoritmos, habida cuenta de que un enfoque preventivo es indudablemente más eficaz que un enfoque de control de daños, dado el potencial transformador de la tecnología en el mercado laboral, con lo cual es obligado reforzar el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, así como aumentar su formación y competencias en materia digital, para que puedan comprender las nuevas tecnologías. Dicha formación ha de abarcar el funcionamiento de un sistema de Inteligencia Artificial y sus limitaciones para detectar cuando un sistema puede ser engañoso o erróneo; tener un nivel prudente de escepticismo en los resultados ofrecidos por un sistema de Inteligencia Artificial, así como tener una idea de la frecuencia con la que el sistema puede

[24] García Muñoz, M.: "Nuevas tecnologías e iniciáticas de formación para incrementar las competencias de los trabajadores ocupados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm.1, 2019, p. 71.

equivocarse; o comprender como su propia experiencia puede ayudar a evaluar el sistema y que se les proporciones una lista de factores a tener en cuenta[25].

Ahora bien, esta formación debería extenderse a toda la plantilla de empleados/as, a fin de que puedan tener conocimiento suficiente para ejercitar sus derechos en caso de desacuerdo con alguna de las decisiones adoptadas. Un eje básico será la mejora de las cualificaciones complementando la formación *hard* que ya poseen con competencias soft para enfrentarse a los constantes avances digitales. En esta misma línea, junto con las destrezas relativas a conocimientos técnicos, también serán valiosas aquellas transferibles, como son el razonamiento deductivo e inductivo, la sensibilidad al problema, la gestión de equipos, la negociación, agilidad, capacidad de adaptación, trabajo por proyectos, la argumentación o la innovación[26]. Sin lugar a duda, la irrupción de las nuevas tecnologías ha propiciado que todas las empresas necesiten que sus empleados/as estén formados en ellas lo que las sitúa al mismo nivel que el saber leer, escribir o las competencias matemáticas, pues en un futuro próximo, prácticamente todos los trabajos requerirán algún nivel de competencias digitales para su desempeño[27]. Tanto la promoción profesional como la capacitación y mejora de la empleabilidad de los trabajadores/as deben ir de la mano de la formación en nuevas tecnologías.

Además de los requerimientos de competencias complementarias, de tipo más horizontal como las competencias digitales a un nivel usuario avanzado para aplicar el software específico de uso ya generalizado en las profesiones, buen conocimiento de uso de las propias herramientas TIC (ordenadores, tablets, smartphones…) y, con ello, de software no específico adquiere importancia el aumento de polivalencia de los trabajadores/as mediante la diversificación de sus competencias para favorecer su movilidad y adaptabilidad al mercado laboral[28]. Es precisamente la actualización permanente de las competencias el mecanismo idóneo para mantener el empleo deseado.

Aunque la seguridad informática puede ser un campo complejo, los empleados/as de las empresas deberían contar con, al menos, nociones básicas para proteger la actividad del negocio. Es fundamental que todos los empleados/as cuenten con habilidades que contribuyan a prevenir posibles ciberataques. Aún más, la formación de especialistas en TIC incluye la alfabetización en información y datos, la comunicación y la colaboración, la alfabetización mediática, la creación de contenidos digitales (incluida la programación), la seguridad (incluido el bienestar digital y las competencias relacionadas con la ciberseguridad), asuntos relacionados con la propiedad intelectual, la resolución de problemas y el pensamiento crítico. Igualmente, controlar programas de creación y edición de contenidos, análisis de datos o gestión empresarial es imprescindible para trabajar en una empresa que se encuentra en pleno proceso de transformación digital. De hecho, cuando está competencia no está integrada dentro de las habilidades de los empleados/as, puede suceder que se pierda tiempo en tareas sencillas como crear, editar o gestionar documentos. Dentro de estas competencias destacan las actividades consistentes en usar procesadores de textos; hacer un uso óptimo de hojas de cálculos y usar aplicaciones y soluciones en nube de gestión de proyectos.

En esta misma línea, que los integrantes de una PYME tengan la capacidad para obtener información relevante para la marca y procesar gran cantidad de datos, aporta un especial valor al negocio a la hora de tomar futuras decisiones. Además, las empresas que integran el big data en sus procesos son capaces de identificar problemas de una forma más eficiente. También resulta en todo

[25] Fernández Fernández, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra, Aranzadi, 2022, p. 94.

[26] Hidalgo Pérez, M.: *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Barcelona, Deusto, 2018, p. 159.

[27] Arroyo Prieto, L.: "Las competencias digitales para el crecimiento económico en igualdad de oportunidades en España y la Unión Europea", *Estudios de Progreso-Fundación Alternativas*, núm. 94, 2018, p. 32.

[28] CES: "Informe. La digitalización de la economía", CES, 2017, p. 106.

punto deseable capacitar a los trabajadores/as para realizar la gestión de la información, consistente en identificar, localizar, recuperar, almacenar, organizar y analizar información digital de manera práctica y efectiva. Esto ayuda a generar conocimiento, desarrollar inteligencia de negocio, posibilitar la innovación y mejorar la eficiencia de los procesos de las empresas.

De igual forma, la comunicación en entornos digitales es fundamental para relacionarse con compañeros/as, participar en eventos y conversaciones, estar presente en espacios colaborativos de interés y en redes sociales, así como mantener contacto con profesionales y clientes. Dentro de estas competencias destacan las actividades tendentes a enviar y recibir emails; crear, gestionar y difundir contenidos para blogs; contar con una planificación y medición eficaz de publicaciones en redes sociales o definir una estrategia de comunicación digital.

Posteriormente, a modo de obligación permanente, es altamente recomendable auditar y modificar los algoritmos utilizados. Para ello, resulta necesario asegurar unos mínimos en la documentación facilitada por quienes utilizan las herramientas de Inteligencia Artificial, debiendo tender a que esta resulte "significativa". De otra parte, para garantizar procedimientos basados en Inteligencia Artificial seguros podría preverse una aconsejable interacción entre la máquina y la persona, de manera que el sistema de Inteligencia Artificial podría tener en cuenta propiedades medibles, mientras un revisor/a humano evalúa las habilidades que no pueden capturarse en formularios[29]. Asimismo, debe ser el trabajador/a quien tenga la última palabra en relación con todas las decisiones automatizadas.

Las personas trabajadoras mejor formadas en competencias digitales pueden favorecer el emprendimiento empresarial y la creación de PYMEs tecnológicas, así como el intraemprendimiento tecnológico en el seno de las empresas que requerirán profesionales bien preparados en competencias digitales avanzadas, lo que redundará en más y mejores empleos. Por último, cabe mencionar un programa orientado a la transformación digital de las empresas, en general, y PYMEs en particular, cuyo lanzamiento se recogió en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. "Acelera PYME" está orientado a la transformación digital de las PYMEs, espina dorsal de la economía española, dado que representan más del 99% de nuestro tejido productivo.

Dicho programa puesto en marcha por Red.es, contempla medidas por valor de 250 millones de euros en el ámbito tecnológico. De este presupuesto: 36 millones se destinan a programas de talento o competencias digitales, 14 a transformación digital de la PYME, 140 al desarrollo tecnológico en Inteligencia Artificial y otras tecnologías habilitadoras, 55 al impulso de la economía del dato y contenidos digitales y 15 de apoyo al emprendimiento. Todas las líneas están financiadas con cargo a los fondos FEDER y al Fondo Social Europeo. Además, se cuenta con una Red de Oficinas Acelera PYME físicas y con una plataforma de transformación digital donde se ofrece apoyo y asesoramiento para su digitalización.

5. LA FORMACIÓN EN LA INDUSTRIA 4.0 Y EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las nuevas formas de organización del trabajo (trabajo descentralizado, teletrabajo, la fábrica mínima y flexible, etc.) han supuesto una ruptura de la uniformidad de las condiciones de trabajo (pérdida de la uniformidad en materia de jornada y horario de trabajo, tiempo de prestación, condiciones salariales diversas e individualizadas, etc.). Las definiciones generales tradicionales del trabajo ya no

[29] Fernández Fernández, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, cit., p. 95.

se ajustan sin fisuras a las nuevas formas de trabajo profesional, que llevan a la diversificación y hacen difícil su reconducción hacia la unidad[30]. En tales circunstancias, se entiende que la negociación colectiva tiende a ser un instrumento fundamental de la gestión de la empresa flexible y participada, sirviendo a una pluralidad de fines económico-sociales y de intereses concurrentes[31].

En un escenario como el actual, marcado por el predominio absoluto de las nuevas tecnologías a la hora de producir, y con un cambio sustancial en los modos en los que se lleva a cabo la producción, resulta necesario proteger los derechos de los trabajadores/as que, o bien han sufrido una reformulación en el nuevo escenario productivo, o que han aparecido como derechos nuevos sobre la base de la digitalización productiva.

La negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios/as, constituye la expresión del acuerdo libremente adoptado en virtud de su autonomía colectiva. En este contexto, los agentes sociales pueden negociar cláusulas que articulen la formación 4.0, donde la finalidad es conseguir una plantilla altamente cualificada y especializada en las futuras tecnologías para avanzar hacia una industria digitalizada e interconectada[32]. Los acuerdos entre las partes a través de los convenios colectivos y de otros pactos colectivos hacen de la negociación colectiva el medio idóneo de protección de estas nuevas realidades, donde uno de los elementos más necesitados de protección es, precisamente, la formación del trabajador/a. Sin duda, el derecho a la formación del trabajador/a necesita una reformulación y mayor insistencia en el ámbito empresarial, así como una reformulación de las políticas públicas en materia de empleo y formación.

La legislación ha depositado mucha fe en el buen hacer de los agentes sociales, trasladando hacia ellos la carga de concretar y detallar una ordenación novedosa y con tantas aristas en juego que acaba por convertirse en poliédrica y necesitada de unos conocimientos técnicos y jurídicos amplios, capaces de permitir marcar unos objetivos claros que puedan ser alcanzados en la práctica previa adaptación a las necesidades de cada sector o empresa[33].

Ahora bien, el instrumento regulador de la materia no ha de ser necesariamente el convenio colectivo, sino que puede adoptar otras fórmulas de generación de normas dentro de la empresa. De este modo, ante la falta de unas previsiones legales más precisas, la elaboración de códigos de conduta acompañados de la formación específica para conocer cuál es la política empresarial en la materia, contribuirían al establecimiento de cauces adecuados en torno al desarrollo de la formación 4.0[34].

6. CONCLUSIONES

La formación continua resulta ser la pieza clave para gestionar eficazmente el conocimiento, de forma tal que las competencias digitales han de ser articuladas en todos los niveles (legal, convencional, empresarial, individual, institucional…) a través de cuantas medidas sean precisas. Sin perder de vista al trabajador/a como destinatario principal de todo el proceso de formación, llamado a reinventarse y reciclarse para poder alcanzar un grado óptimo de adaptación a los nuevos perfiles profesionales, la creación de un ecosistema eficaz de aprendizaje permanente es una responsabilidad conjunta de los gobiernos, empleadores, trabajadores/as, así como de las instituciones educativas.

[30] Monereo Pérez, J.L.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 451.

[31] Moreno Díaz, J.M.: "La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0", cit., pp. 229 y 230.

[32] Kahale Carrillo, D.T.: "La formación (española e italiana) en la Industria 4.0", *Labour&Law Issues*, 2-2, 2016, p. 162.

[33] Fernández Fernández, R.: *Redes sociales y Derecho del Trabajo*, Navarra, Cizur Menor, 2020, p.188.

[34] Ídem.

Por tanto, en el marco de las políticas activas y de la regulación del mercado de trabajo, una de las cuestiones más importantes es cómo reorientar la educación, la formación y el aprendizaje permanente, por una parte, en consonancia con las necesidades de los empresarios/as y del mercado de trabajo, y, por otra parte, hacia una mayor y mejor empleabilidad en un entorno laboral que cambia rápidamente, cómo adaptar el contenido de los itinerarios de formación y educación para la mejora de las competencias y el reciclaje profesional, incluido el de los trabajadores/as adultos.

Ofrecer oportunidades para adquirir competencias digitales es esencial para preservar la competitividad económica en todos los sectores y para garantizar que la sociedad española siga siendo integradora e inclusiva en la era digital. Las competencias digitales incluyen destrezas de utilidad para la ciudadanía en general, que debe buscar información y comunicarse en línea, y habilidades para los profesionales en especial, que necesitan construir una identidad digital para posicionarse y llegar a sus consumidores, creando y publicando contenidos digitales, e incluso, empleando aplicaciones específicas que necesitan programación.

En fin, en esta formación continua han de tener cabida las fórmulas alternativas y complementarias a la capacitación en sentido clásico, desde la orientación y consejo profesional a los sistemas de apoyo y entrenamiento personalizados. La formación 4.0 ha de estructurarse de un modo diferente al actual, de forma que, en estrecha colaboración con los centros de educación superior, se implementen entornos de aprendizaje virtual y rutas de cualificación híbridas, pues las competencias digitales se desarrollan a través de la combinación entre la formación formal, no formal, informal, la práctica profesional y el tiempo libre.

7. BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Prieto, L.: "Las competencias digitales para el crecimiento económico en igualdad de oportunidades en España y la Unión Europea", *Estudios de Progreso-Fundación Alternativas*, núm. 94, 2018.

CES: "Informe. La digitalización de la economía", CES, 2017.

CCOO Industria: "Industria 4.0. Una apuesta colectiva y propuestas de actuación sindical", *CCOO-Madrid*, 2015, Disponible en: https://industria.ccoo.es/3726499875c9feb2f83c5e2d866a4a0d000060.pdf

CESE: "La evolución del mundo del trabajo y la longevidad y el envejecimiento de la población. Condiciones previas para que los trabajadores de más edad permanezcan activos en el nuevo mundo del trabajo (2020/C 14/089)", DOUE de 15 de enero de 2020.

Comité Económico y Social Europeo: "Impact of digitalisation and the on-demand economy on labour markets and the consequences for employment and industrial relations", *CEPS*, 2017, Disponible en: https://www.ceps.eu/system/files/EESC_Digitalisation.pd

Corrales Bonilla, J.; Ribeiro, N. y Roque Gomes, D.: "Las competencias exigidas a los trabajadores de la Industria 4.0.: Cambios en la gestión de personas", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 40, núm. 1, 2022.

Férnandez Caveda, A.: "El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 298, 2008.

Fernández Fernández, R.: *Redes sociales y Derecho del Trabajo*, Navarra, Cizur Menor, 2020.

Fernández Fernández, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra, Aranzadi, 2022.

García Muñoz, M.: "Nuevas tecnologías e iniciáticas de formación para incrementar las competencias de los trabajadores ocupados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. 1, 2019.

García Muñoz, M.: "Iniciativas de formación para incrementar el valor del trabajo y las oportunidades profesionales de los desempleados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 8, núm. 1, 2020.

González Soto, A.P.: "Perspectivas de futuro en la utilización de las nuevas tecnologías en la formación ocupacional y de empresa", *Revista de Medios y Educación*, núm. 10, 1998.

Hidalgo Pérez, M.: *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Barcelona, Deusto, 2018.

Jalil Naji, M.: "Industria 4.0, competencia digital y el nuevo Sistema de Formación Profesional para el empleo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 1, 2018.

Kahale Carrillo, D.T.: "La formación (española e italiana) en la Industria 4.0", *Labour&Law Issues*, Vol. 2, núm. 2, 2016.

López Jiménez, J.M. "De la formación y el aprendizaje a la formación en alternancia, un análisis de la incidencia del Real Decreto 32/2021 en el contrato formativo", *Revista jurídica valenciana*, núm. 39, 2022.

Marcos Martínez, E. y Martín Peña, M.L.: "Formación de profesionales para la empresa del siglo XXI", *Ekonomiaz*, núm. 89, 2016.

Martínez Barroso, Mª.R. y Megino Fernández, D.: *La formación en un mercado laboral tecnificado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Martínez Marín, J. y Muñoz Moreno, J.L.: *Aprender en las organizaciones de la era digital*, Barcelona, UOC, 2018.

Mckinsey Company: "Four fundamentals of workplace automation", *McKinsey Quarterly*, 2015, Disponible en: https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/four-fundamentals-of-workplace-automation

Mercader Uguina, J. y Moreno Solana, A.: "La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba", *Temas Laborales*, núm. 120, 2013.

Moreno Díaz, J.M.: "La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la Industria 4.0", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm.1, 2018.

OECD: "Getting Skills Right: Spain, Getting Skills Right", *OECD Publishing*, 2018, Disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264282346-en.

Olmos Rueda, P., Sanahuja Gavalda, J.M. y Pérez Amorós, F.: "La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada y su contribución a las políticas de envejecimiento activo", *Documentación Laboral*, Vol. 4, núm. 12, 2017.

Rodríguez Fernández, M.L.:"Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital", contribución a la Conferencia Nacional OIT *El futuro del trabajo que queremos,* 2017.

Roldán Conesa, J.M.: "Trabajadores maduros: la era digital y la edad como motivos de discriminación social y laboral", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022.

Sánchez-Castañeda, A.: "La cuarta revolución industrial (industria 4.0). Entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: La protección del trabajador asalariado y no asalariado", en VV.AA.: *Industria 4.0. Trabajo y Seguridad Social*, Mendizábal Bermúdez, G., Sánchez-Castañeda, A. y Kurczyn Villalobos, P. (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Desafíos y oportunidades para los trabajadores migrantes y los objetivos de desarrollo sostenible

Collective bargaining in the face of the digitisation of working conditions

Salvador Guarecuco Cordero *Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0009-0007-6661-9470

Cita Sugerida: GUARECUCO CORDERO, S. «Desafíos y oportunidades para los trabajadores migrantes y los objetivos de desarrollo sostenible». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 83-102.

Resumen

El artículo tiene por objetivo analizar la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes en España, en especial los provenientes de países con altos niveles de pobreza y desigualdad y su contribución a la consecución de los objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU, enfocándose en los que guardan relación con estos colectivos. En este sentido, el artículo analiza temas como la vulnerabilidad de la migración, migración y género, edadismo y migración y la aporofobia y migración, para luego proponer la inclusión de un ODS sobre migración que garantice que nadie se quede atrás en el proceso de desarrollo sostenible, pero sobre todo afianzar el numero 08 sobre empleo y crecimiento económico.

Palabras clave

Migración; políticas migratorias; objetivos de desarrollo sostenible ODS; empleo; vulnerabilidad de la migración

Abstract

The article aims to analyze the vulnerability of migrant workers in Spain, especially those from countries with high levels of poverty and inequality, and their contribution to the achievement of the Sustainable Development Goals (SDG) of the UN Agenda 2030, focusing on those related to these groups. In this sense, the article analyzes topics such as the vulnerability of migration, migration and gender, ageism and migration and aporophobia and migration and then proposes the inclusion of an SDG on migration that guarantees that no one is left behind in the process of sustainable development, but above all, strengthen number 08 on employment and economic growth.

Keywords

Migration; migration policies; SDG sustainable development goals; employment migration vulnerability

1. INTRODUCCIÓN

La Agenda 2030 de la ONU considera determinante la contribución de los trabajadores migrantes al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible[1]. En consecuencia, algunos de tales objetivos contienen metas e indicadores directamente pertinentes a la migración, haciendo honor al principio rector de la Agenda 2030, "no dejar a nadie atrás". Sin embargo, es necesario que esta agenda aborde la migración internacional de manera más contundente a lo cual podría aportar la inclusión de un nuevo ODS relacionado con la migración.

[1] "El 25 de septiembre de 2015, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible. Cada objetivo tiene metas específicas que deben alcanzarse en los próximos 15 años". (Naciones Unidas, s/f). Naciones Unidas. (s/f). Naciones Unidas. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de Objetivos de Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

Fecha Recepción: 22/04/2024- Fecha Revisión: 08/05/2024 - Fecha Aceptación:22/05/2024
Pags. 83-102

En ese sentido, el artículo, producto de una revisión documental de artículos científicos y libros de autores investigadores reconocidos por sus aportes al campo de la migración. El mismo se desarrolla en el marco de la investigación doctoral sobre la política migratoria española en el contexto de la migración internacional del autor en la Universidad de Málaga. El artículo tiene por objetivo proponer los elementos que sustentan la inclusión de un Objetivo de Desarrollo Sostenible en la Agenda de la ONU centrado en la migración in stricto sensu y en el reconocimiento de la necesidad de una gobernanza global del movimiento de personas donde no se considere a este colectivo como un problema a limitar, sino como un motor complejo de desarrollo que requiere ser gestionado de manera integral para garantizar la no exclusión de los individuos migrantes por razones de xenofobia, aporofobia, edadismo o género como puentes para una empleabilidad acorde a sus preparaciones de origen.

En este sentido, el artículo analiza la vulnerabilidad de los colectivos migrantes y sus causas como el género, el edadismo y la aporofobia. Para ello, está conformado por ocho secciones donde la introducción es la primera. La segunda sección reflexiona sobre los ODS de la Agenda 2030 y su relación con la migración internacional. La tercera sección trata sobre la vulnerabilidad y la migración considerando la vulnerabilidad social y los derechos humanos; la vulnerabilidad social de la migración en España y los colectivos migrantes vulnerables versus empleo digno. Luego, la cuarta sección trata sobre la migración y género, donde se reflexiona sobre cómo las mujeres migrantes son más vulnerables a procesos de marginación por razones culturales, económicas, raciales, entre otras. La quinta sección, edadismo y migración, reflexiona sobre la vulnerabilidad que experimentan las personas mayores migrantes de no conseguir empleo y condiciones de vida dignos. El sexto apartado desarrolla la aporofobia de la migración, esto es la fobia a las personas migrantes pobres más por pobres que por migrantes. El séptimo apartado reflexiona sobre el sistema jurídico español de inmigración.

Finalmente, en la sección octava, se argumenta la importancia de incorporar la temática migratoria en la agenda de las Naciones Unidas. Se propone establecer indicadores y objetivos más rigurosos y comprometidos, especialmente en lo que respecta al empleo de los migrantes. Esto tiene como finalidad potenciar la integración efectiva de este colectivo en la sociedad de acogida en reconocimiento del aporte que el mismo brinda al desarrollo económico de las naciones de acogida. Se sugiere la creación de un Objetivo de Desarrollo Sostenible específico que enlace la migración con el empleo y el desarrollo económico, garantizando así un enfoque más beneficioso para este colectivo

2. ODS DE LA AGENDA 2030 Y MIGRACIÓN

Son tres los ODS que contienen metas e indicadores con incidencia directa en la migración internacional, estos son el ODS 8, el 10 y el 17. El ODS 8, trabajo decente y crecimiento económico[2], en su meta número 8 contempla proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios. En esta meta, dos de sus indicadores, 8.8.1 y 8.8.2, incluyen explícitamente a los migrantes, el primero relacionado con la frecuencia de las lesiones ocupacionales y el segundo con los derechos de asociación y negociación colectiva.

Este objetivo 8 busca promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Se enfoca en impulsar empleos decentes que ayuden a las personas a salir de la pobreza y disminuir las desigualdades. La migración puede

[2] "El objetivo 8 pretende promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos". Naciones Unidas. (s/f). Naciones Unidas. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de Objetivos de Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/

jugar un papel importante en este objetivo, ya que los migrantes contribuyen, muchas veces de manera determinante, a la fuerza laboral y al crecimiento económico de los países de acogida.

El segundo ODS relacionado con la migración es el número 10, reducción de las desigualdades[3]. La meta 10.7 se plantea facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable de las personas, entre otras cosas mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas, la cual sería medida por el indicador 10.7.2, relativo al número de países que implementan políticas migratorias bien gestionadas. Por su parte, la meta 10.7.C establece que para 2030 se reducirá a menos del 3% de los costos de transacción de las remesas de los migrantes para, así eliminar los canales de envío de remesas con un costo superior al 5%. Para ello, el indicador 10.1, costo de las remesas como porcentaje del monto remitido, permitirá vigilar el logro de tal meta. Este ODS 10 busca reducir la desigualdad dentro y entre los países. Esto implica promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, especialmente las más desfavorecidas, y garantizar la igualdad de oportunidades para todos. Los migrantes son uno de los grupos que sufren mayor desigualdad, por lo que este objetivo también se enfoca en contribuir a mejorar sus condiciones de vida.

Finalmente, el tercer ODS que contempla la migración es el número 17, alianzas[4]. Este objetivo se planteó en la meta 17.18 tratar de mejorar la prestación de apoyo para el fomento de la capacidad a los países en desarrollo (…), con miras a aumentar de forma significativa la disponibilidad de datos oportunos, fiables y de alta calidad desglosados por grupos de ingresos, género, edad, raza, origen étnico, condición migratoria, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes en los contextos nacionales. Los indicadores que permitirán vigilar el cumplimiento de esta meta están referidos a la fortaleza de las estadísticas oficiales de cada país, pero luego de la pandemia la situación se torna replanteable, ya que, en la actualidad el escenario globalizado es cambiante, más con los conflictos bélicos que se desarrollan entre Ucrania y Rusia. De allí que, este objetivo 17 busca fortalecer la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible, movilizando e intercambiando conocimientos, capacidad técnica, tecnología y recursos financieros para alcanzar la Agenda en todos los países, en particular en los países en desarrollo. La migración es un fenómeno global que impacta en todos los países y es afectada por todas las decisiones de gobernanza, por lo que es relevante para este objetivo.

3. VULNERABILIDAD Y MIGRACIÓN

La vulnerabilidad es la posibilidad de ser afectado por una amenaza; es la debilidad que limita o impide la propia defensa ante una acción destructiva de distintos tipos que pueden derivar en desastres. Las vulnerabilidades que puede enfrentar la sociedad son de diversa índole: naturales, físicas, económicas, sociales, políticas, técnicas, ideológicas, educativas, culturales, ecológicas e institucionales, pudiendo estar asociadas con inestabilidad política, pobreza, fragmentación social e indefensión, pues, estos, contribuyen a la limitación de respuestas ante riesgos y amenazas. Acá, aunque se usan especialmente para referirse a vulnerabilidades ante riesgos y desastres naturales, eventualmente se pueden configurar para convertirse en vulnerabilidades y riesgos sociales.

[3] "La desigualdad amenaza el desarrollo social y económico a largo plazo, frena la reducción de la pobreza y destruye el sentido de realización y autoestima de las personas". Naciones Unidas. (s/f). Naciones Unidas. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de Objetivos de Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/inequality/

[4] "El Objetivo 17 pretende revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible. La Agenda 2030 es universal y exige la implicación de todos los países, tanto desarrollados como en desarrollo, para garantizar que nadie se quede atrás. También requiere la colaboración entre los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil". Naciones Unidas. (s/f). Naciones Unidas. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de Objetivos de Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/globalpartnerships/

Indudablemente, existe una relación estrecha entre la vulnerabilidad física y la condición de pobreza(empleabilidad) que presente una persona por las limitaciones que implica para ubicar residencias en zonas seguras. Por su parte, la vulnerabilidad económica está vinculada con el acceso que tiene la población de un determinado centro poblado a los activos económicos (tierra, infraestructura, servicios y empleo asalariado, entre otros), que se refleja en la capacidad para hacer frente a un desastre. Está determinada, fundamentalmente, por el nivel de ingreso o la capacidad para satisfacer las necesidades básicas por parte de la población, la misma puede observarse en un determinado centro poblado mediante la información estadística disponible en los mapas de pobreza.

Ahora bien, las poblaciones pobres por sus bajos niveles de ingresos, a las que no les es posible satisfacer sus necesidades básicas, constituyen el sector más vulnerable de la sociedad. Estas, por falta de acceso a viviendas, invaden áreas ubicadas en las riberas de los ríos, laderas o rellenos sanitarios, lugares no aptos para residencias donde carecen de los servicios básicos elementales y presentan escasas condiciones sanitarias, aunado a la falta de empleo digno. Asimismo, carecen de alimentación, servicios de salud, educación entre otros. Su análisis está vinculado a variables como la actividad económica propiamente dicha, el acceso al mercado laboral, el nivel de ingresos, situación de pobreza o desarrollo humano.

La vulnerabilidad social se analiza a partir del nivel de organización y participación que tiene una colectividad para prevenir y responder ante situaciones de emergencia. La población organizada puede superar más fácilmente las consecuencias de un desastre, que las sociedades que no están organizadas. Por lo tanto, su capacidad para prevenir y dar respuesta ante una situación de emergencia es mucho más efectiva y rápida. No obstante, mayor será la vulnerabilidad de una comunidad si su cohesión interna es pobre. Es decir, la ausencia de liderazgo a nivel comunitario suele ser un síntoma de vulnerabilidad. Cuando más integrada esté una comunidad superando los inconvenientes que suelen presentarse les resultará más fácil absorber las consecuencias de un desastre y podrá reaccionar con mayor rapidez que una comunidad que no lo esté.

El análisis de la vulnerabilidad social implica estudiar el nivel de organización y participación de la población en los trabajos comunales, grado de relación entre las instituciones y organizaciones locales, tipo de integración entre las organizaciones e instituciones locales, relaciones y contratos laborales entre otras. Por su parte los desastres pueden ser de dos tipos: naturales y socio-naturales y antrópicos o sociales.

La doctrina ha entendido vulnerabilidad social "como un proceso encarado por una persona, grupo o comunidad en desventaja social y ambiental en el que cabe identificar los siguientes elementos: 1) existencia de riesgos externos a la persona, grupo o comunidad; 2) proximidad a los mismos; 3) posibilidad de evitarlos; 4) capacidad y mecanismos para superar los efectos de esos riesgos; 5) situación final resultante, una vez enfrentadas las consecuencias de la actuación de dichos riesgos"[5].

De lo anterior expuesto, se tiene que la vulnerabilidad social hace referencia a un fenómeno de la sociedad que ha sido abordado desde distintos puntos de vista: teóricos, epistemológicos y disciplinares, lo cual da cuenta de su alta complejidad [6]. El mismo, alude a la posibilidad de los

[5] Sánchez González, D. y Egea Jiménez, C.: "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales: Su aplicación en el estudio de los adultos mayores", *Papeles de población,* Vol. 17, núm. 69, 2011, p. 69.

[6] Feito, L.: "Vulnerabilidad", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra, Vol. 30*, Supl. 3, 2007, pp. 7-22.; Ruiz Rivera, N.: "La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo", *Investigaciones geográficas*, núm. 77, 2012, pp. 63-74; Foschiatti, A. M.: "Vulnerabilidad global y pobreza. Consideraciones conceptuales", *Revista Geográfica Digital,* Vol. 1, núm. 2, 2004, pp. 1-20.

humanos de ser dañados y a su condición de finitud y mortalidad[7]. La complejidad del término vulnerabilidad plantea, al menos, dos dimensiones. Una antropológica y una sociopolítica[8].

La dimensión antropológica del término vulnerabilidad hace alusión a la condición de fragilidad de la naturaleza del ser humano en cuanto a su ser dual biológico y psíquico. Por su parte, la dimensión sociopolítica de la vulnerabilidad se refiere a las condiciones ambientales o de situaciones socio-económicas (empleo digno) en las que una persona o grupo de ellas es especialmente frágil y sobre las que dichas personas han perdido el control enfrentándose a la imposibilidad de cambiarlas.

En este sentido, la mayoría de las definiciones de vulnerabilidad[9], la misma se presenta ante un tipo de amenaza; la vulnerabilidad recae sobre una persona o grupo de personas quienes sufren alguna pérdida; las condiciones de las personas antes de una situación de estrés que las hacen más propensas a experimentar la situación adversa, y; las estrategias desarrolladas por estos sujetos para enfrentar y ajustarse a dicha situación adversa.

En la discusión sobre la vulnerabilidad, resalta además la necesidad de diferenciar entre susceptibilidad y vulnerabilidad[10]. Así, susceptibilidad de ser afectado por una amenaza específica; se refiere a que existe la posibilidad de ser afectado. Por su parte, con susceptibilidad se hace referencia a las limitaciones y necesidades que predisponen al sufrimiento[11]. Vulnerabilidad, en cambio, hace referencia a que la posibilidad de ser afectado por alguna situación es aún mayor, debido a estar en una situación específica de pérdida. Aunque ambos términos están íntimamente relacionados, y ambos son necesarios para evaluar las condiciones de vulnerabilidad de una persona o grupo de personas, estos tienen umbrales distintos.

En consecuencia, la vulnerabilidad social es un concepto que caracteriza la condición de los grupos de personas que, por carencias de tipo económicas, laboral, de hábitat, cultural, psicológica, personal, social y de género, se encuentran en un riesgo de exclusión social. Las personas vulnerables son aquellas que están perdiendo sus derechos y hasta las posibilidades de cumplir con sus deberes.

La vulnerabilidad social implica el riesgo de ocurrencia de desastres antrópicos o sociales de diversos tipos[12]:

— Desastres producto de exclusión humana - ocasionados por las condiciones básicas de subsistencia que enfrentan las personas vulnerables: Violación de derechos humanos, pobreza y discriminación.

— Desastres producto de guerras y delincuencia, originados en destrucción y abuso: asesinatos y crímenes; desplazamiento; y transgresión del derecho inter humanitario.

— Desastres producto de errores y abuso de la gestión pública y privada que derivan en el abuso destructivo de la vida humana y de los medios: crisis social que ocasiona pérdida de cohesión social.

[7] Feito, L.: "Vulnerabilidad", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra,* Vol. 30, Supl. 3, 2007, p. 7.

[8] Feito, L. (2007), Op. cit.

[9] Ruiz Rivera, N.: "La definición y medición de la vulnerabilidad social", en Un enfoque normativo. Investigaciones geográficas, Vol. 77, 2012, pp. 63-74. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de https://www.scielo.org.mx/pdf/igeo/n77/n77a6.pdf

[10] Ruiz Rivera, N., (2012), Op. cit.

[11] Feito, L. (2007). op. cit., p. 11.

[12] Foschiatti, A. M.: "Vulnerabilidad global y pobreza. Consideraciones conceptuales", *Revista Geográfica Digital,* Vol. 1, núm. 2, 2004, pp. 4-5.

Es importante destacar que los grupos vulnerables de migrantes son susceptibles de sufrir principalmente exclusión humana, sin embargo, no están exentos de experimentar los efectos de la delincuencia ni de la invisibilización en la gestión pública o privada.

Los procesos de exclusión social colocan a las personas que los sufren en situación de desventaja con relación al resto de la ciudadanía al no poder acceder a los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual aumentan sus posibilidades de pasar a contribuir a elevar los niveles de pobreza y de desigualdad entre los grupos sociales. Los grupos vulnerables, son en ocasiones víctimas de maltrato contra sus derechos, discriminación y estigmatización social.

De lo anterior se tiene que, al referir a colectivos vulnerables se alude a personas con baja capacidad para enfrentar los desafíos que les impone su entorno y más en la búsqueda activa de empleo (BAE). Estas pueden ser: personas desempleadas de larga duración; personas mayores de cincuenta años; afrodescendientes; grupos étnicos; personas con diversidad religiosa; personas con diversidad funcional, con discapacidad; personas con diversidad sexual; trabajadores de baja cualificación (jornaleros, trabajadoras del hogar, entre otros); personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o enfermas del síndrome de inmunodeficiencia (SIDA); niñas y niños; mujeres víctimas de violencia de género; mujeres víctimas de violencia sexual; mujeres víctimas de trata; mujeres cabeza de familia monoparental, e inmigrantes entre otros.

Todos estos grupos de personas presentan una capacidad disminuida para hacer frente a alguna situación adversa, de incorporarse al desarrollo y de acceder a mejores condiciones de bienestar. Por lo cual, se encuentran de alguna manera excluidos de la sociedad ocupando una posición desigual con relación al resto de ella.

3.1. Vulnerabilidad social y derechos humanos

Quizá es más acertado referirse a los grupos vulnerables como personas en situación de vulnerabilidad en lugar de referirse a ellos como personas vulnerables. Esta forma de referirse a ellos pudiera llamar la atención sobre la necesidad del colectivo de recibir la atención adecuada para ayudarlos a superar sus limitaciones y a mejorar su situación, en lugar de pensar en su situación como una sin posibilidades de ser superada.

De lo anterior se desprende que, hablar de grupos en situación de vulnerabilidad expone la transitoriedad de la situación que enfrentan estas personas, lo cual es dependiente de un contexto social e histórico determinado. Por el contrario, referirse a ellos y a ellas como vulnerables contribuye a que dicha situación sea la definitoria de esas personas. Incluso, es posible ajustar un poco más los términos para referirnos a grupos vulnerados, con lo cual se hace referencia a grupos de personas cuyas carencias y limitaciones obedecen a haber sido violentados y oprimidos en sus derechos, con lo cual se visibiliza, no sólo la posición, sino también, los responsables de dicha dirección, bien sea por acción u omisión.

Estas consideraciones de nomenclaturas y expresiones son importantes para el propósito de luchar por los derechos humanos pues, evidencian que, dichas vulnerabilidades resultan de decisiones y procesos sociales que guardan relación con tratamientos históricos y sociales provenientes de las relaciones de poder que se establecen en la sociedad. En ello se resaltan las formas de opresión como la explotación laboral/física, la marginalización, la falta de representatividad, invisibilidad cultural, violencia física, entre otros, que operan en las personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad.

Resalta entonces, la necesidad de idear estrategias que permitan respetar la dignidad y los derechos humanos de los migrantes y de los que, intentando muchas veces salvar sus vidas y la de los suyos, se embarcan en aventuras peligrosas para acceder a otras latitudes donde esperan conseguir una buena vida traducida en un empleo digno. Sin embargo, muchas veces se consiguen con otras limitaciones, otras carencias y otros peligros, si acaso, no mayores que los dejan atrás.

Los derechos humanos de los migrantes se ven vulnerados de distintas maneras, pero especialmente, debido a la desigualdad y la exclusión social con la que frecuentemente deben enfrentarse tanto en sus lugares de origen, razón por la cual se ven obligados a salir de ellos, como en los de destino, por ejemplo la discriminación para ser contratados laboralmente. De sus lugares de origen buscan salir debido a grandes crisis económica, política y/o social, donde no se vislumbra un futuro para ellos y para sus familias. Son lugares donde la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos están en entredicho.

Así, emigrar, para muchos, frecuentemente luce como la única esperanza de superar las carencias, limitaciones y amenazas que viven en sus tierras: hambrunas, desempleo, pobreza extrema, enfermedades, sequías, terremotos, entre otros. Estas condiciones impulsan a locales desesperados a emigrar a un futuro incierto, pero, seguramente mejor que el que viven. Estas personas buscan insertarse en una sociedad que les es ajena y que, aunque en principio esté diseñada para el respeto de la dignidad humana, frecuentemente, en ella encuentran múltiples barreras que le impiden sistemática y estructuralmente acceder al respeto de sus derechos humanos universales. Sin embargo, el dilema es claro, ni España, ni ningún país, tiene la capacidad ilimitada de dar entrada a altos contingentes de migrantes precarios, lo cual, además, se conjugaría con factores de exclusión social, dualización económica y diferenciación cultural derivando en situaciones de xenofobia y racismo, entre otros[13].

Lo anterior hace patente la necesidad urgente de diseñar estrategias y políticas para el fomento y desarrollo de una cooperación internacional eficiente y bien coordinadas que tomen en cuenta y atiendan todos los factores que contribuyen a la complejidad de la migración internacional, entre ellas el conjunto de normas jurídicas referidas a la inmigración, pero sin requisitos incumplibles materialmente para poder insertarse en el mundo laboral y productivo.

3.2. Vulnerabilidad social de la migración en España

Las personas migrantes, especialmente si provienen de países con altos niveles de pobreza y desigualdad y, además, si carecen de la documentación legal, frecuentemente pasan a formar parte de los colectivos vulnerables de los países de acogida con oferta laboral limitada en condiciones de precariedad y vulnerabilidad social.

El informe Esenciales resalta el carácter de inmigración de España[14]. El mismo argumenta que, para 2020 los inmigrantes representaban el 11,5 % de la población española, siendo medio millón de ellos indocumentados, es decir, irregulares. Dicha cantidad aproximada de inmigrantes se ha visto elevada significativamente como efecto de la pandemia. Se prevé que, producto de la reactivación económica, la recuperación de las oportunidades de empleo y la inestabilidad política y económica de algunos países de origen con facilidad para llegar a España como turistas o solicitantes de asilo, continúen llegando al país nuevos inmigrantes atraídos por el dinamismo económico del país.

[13] Vásquez, T. y Tortajada, T.: "La cuestión migratoria en España: tendencias en inmigración y exclusión social", en *Sistema*, 2006, p. 16.

[14] VV.AA.: *Esenciales. Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles,* Madrid, Por Causa. Investigación, periodismo y migraciones, 2022, p. 18.

Los migrantes resultan atractivos para empresarios que requieren de mano de obra a bajo costo para la realización de trabajos de baja cualificación. La principal desventaja de los migrantes vulnerables consiste en el desconocimiento de muchos de sus derechos humanos o en la dificultad para hacerlos respetar.

Es importante destacar que la situación laboral de los migrantes se ve incidida por los vaivenes que experimenta la economía global, en especial, la local. Esto debido a que la necesidad de mano de obra extranjera es mayor en épocas de prosperidad económica de los países de acogida pues, al mejorar sus ingresos y estabilidad económica, los trabajadores locales tienden a rechazar los trabajos en los sectores que requieren mano de obra de baja cualificación. Mientras que, en épocas de contracción económica, ante el aumento del desempleo, los trabajadores locales tienden a regresar a estos trabajos, inclinándose a desarrollar comportamientos xenófobos y racistas hacia los trabajadores extranjeros por considerar que estos les invaden las oportunidades laborales [15].

Adicional a ello, en épocas de crisis se hace común la destrucción de muchos empleos, con lo cual, la pérdida del trabajo acarrea el deterioro de la situación laboral e impacta el estatus legal de los migrantes con el riesgo asociado de pérdida del permiso de trabajo y, con ello, del permiso de residencia. Esta situación contribuye a aumentar la vulnerabilidad social de los migrantes quienes habían conseguido una situación legal en el país, pero no habían logrado ingresar al estado de bienestar español. En el caso de los migrantes que, por no tener estatus legal en el país, se ven obligados a trabajar en la economía sumergida, éstos ven cada vez más lejana la posibilidad de obtener una legalización de su estadía en España.

En las condiciones descritas, siguiendo a Feito (2007), los migrantes, que conforman un grupo social vulnerable en función de sus circunstancias, su reciente llegada al país y lo débiles de sus redes sociales de apoyo, pasan, de ser vulnerables a ser susceptibles por estar en situación de indefensión y predisposición a un daño ulterior [16] [17].

Lo anterior se traduce en desigual posibilidad de acceder a empleo digno y con este a la inserción e integración en la sociedad de acogida. Lograr emplearse dignamente es medular pues, por un lado, le permite lograr libertad y estabilidad económica para adquirir los bienes y servicios que les son necesarios y acceder así a una calidad de vida digna. Por otro lado, un empleo digno permite a los migrantes integrarse a la sociedad de acogida y desarrollar un sentido de pertenencia e identidad que, no sólo le permite sentirse protegido, sino que le permite hacer su mejor aporte a esta con sus conocimientos, cultura, tradiciones, entre otros, amén de su contribución económica mediante el pago de impuestos de ley[18].

Es importante resaltar que, un migrante vulnerable experimenta múltiples efectos negativos de diversos órdenes producto de las limitaciones y carencias que ocasionan su vulnerabilidad. Dichos efectos se evidencian en los órdenes: económico, político y sociocultural. En el aspecto económico: un migrante vulnerable tiene ingresos insuficientes para sufragar sus gastos y los de su familia; frecuentemente, producto del desempleo, se ve en la necesidad de ingresar al mercado de trabajo

[15] Shurmina: *Integración de los inmigrantes en el mercado laboral: el período comprendido entre 2008 hasta actualidad, el cambio de perfil del inmigrante y nuevos retos,* Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2019.

[16] Bruquetas Callejo, M. y Moreno Fuentes, F.J.: "Precarización y vulnerabilidad de la población migrante en la España en crisis. El papel del Estado de bienestar", *Panorama Social,* Vol. 22, 2015.

[17] "La persona vulnerable está intacta, pero en riesgo. La persona susceptible ya está dañada, ya sufre alguna deficiencia o desventaja que la coloca en una situación de indefensión y predisposición a un daño ulterior. El umbral de sufrimiento adicional disminuye en función del daño previo (pudiendo adoptar este daño la forma de una condición social desfavorable)" Feito (2007). ibidem.

[18] Fanjul y otros (2022). op. cit. p. 33.

informal, con lo cual se hace invisible al sistema económico, enfrentando, como consecuencia, dificultad de acceso a recursos básicos. En cuanto a lo político, un migrante vulnerable carece de la oportunidad de expresarse; no puede participar de las decisiones que inciden en la vida cotidiana de la comunidad en la cual hace vida; no tiene acceso a la participación política, por lo cual no tiene representatividad.

Con relación a lo sociocultural, los migrantes vulnerables pueden ser marginados y estigmatizados socialmente, lo cual dificulta su integración a la sociedad de acogida; tienen dificultad para acceder a los sistemas de educación y salud con lo cual sus posibilidades de desarrollo se ven seriamente limitadas; sus tradiciones culturales son invisibilizadas en una sociedad donde prácticamente son fantasmas que no terminan de encajar en la vida sociocultural de la comunidad de acogida[19].

En síntesis, la situación de vulnerabilidad y susceptibilidad social del migrante a nivel de contratos laborales dignos le obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos humanos. De lo anterior, se evidencia la necesidad de los países, en especial de España, de desarrollar propuestas que permitan fomentar la inclusión social, la asistencia y educación a personas socialmente vulnerables que concedan elevar las posibilidades de estos colectivos de ser y sentirse incluidos en la sociedad laboral, esto, aun cuando España es respetuosa de las distintas leyes y tratados internacionales creados para proteger a la población vulnerable, donde la población migrante ocupa un lugar preponderante.

En este sentido, se hacen necesarias propuestas dirigidas a reducir la vulnerabilidad brindando una protección general a todos los migrantes, pero también, generando propuestas orientadas a atender las necesidades específicas de protección de migrantes susceptibles. Es decir, aquellos que, por diversas circunstancias, han perdido la capacidad de protegerse y proveerse a sí mismos y a sus familias[20]. Empresa esta que demanda una visión desde la interseccionalidad de la migración como colectivo vulnerable para generar estrategias que permitan a estos colectivos, en tanto general, pero también en situaciones específicas donde confluyen diversos perfiles de opresión, acceder al sistema de bienestar español sin amenazar a éste.

Permitir a los migrantes acceder al sistema de bienestar con normas jurídicas en funciones sociales como por ejemplo el andamiaje migratorio y el acceso a la seguridad social cotizando, claramente permitirá, no sólo brindar protección a este grupo vulnerable, sino que contribuirá a fortalecer la dinamización económica que ellos representan, con lo cual, incluso se fortalecería el sistema de seguridad social español.

3.3. Colectivos migrantes vulnerables/empleo digno

Los sectores en los que tradicionalmente se ubican los inmigrantes han sido: el servicio doméstico, la agricultura (agricultura intensiva en invernaderos y recogida de frutos), la hostelería, la construcción y el comercio al por menos. Sin embargo, el mismo autor argumenta que esta situación ha venido cambiando con el devenir del tiempo, pues la presencia de inmigrantes en el mercado laboral, en economía sumergida o no, se ha venido diversificando y extendiendo a sectores como: la pesca, las mudanzas, los pequeños transportes, las reparaciones a domicilio, el cuidado de ancianos, o servicios geriátricos a domicilio, el comercio, tanto al por mayor como al por menor, el servicio doméstico residente, manufactura en almacenes o las mudanzas[21].

[19] Fanjul y otros (2022) . *op. cit.*, p. 25.

[20] Feito (2007*). op. cit.,* pp. 11-12.

[21] Arango, J.: "La fisonomía de la inmigración en España", *El campo de las ciencias y las artes*, Vol. 139, 2002, pp. 12-13.

Es oportuno mencionar que es amplia y comúnmente aceptado como cierto que los inmigrantes ocupan los puestos de trabajo que los españoles rechazan. Si bien es cierto que esta situación es frecuentemente cierta, también es cierto que muchos puestos de trabajo son ocupados tanto por inmigrantes como por trabajadores españoles, puestos de trabajo que, o bien los españoles no saben hacer, o para los que no hay suficientes españoles cualificados, o que, aun habiendo españoles para ello, los empresarios prefieren a los inmigrantes pues estos son susceptibles de recibir menor paga y peores condiciones[22].

En otras palabras, aunque en no pocas ocasiones, los inmigrantes ocupan puestos de trabajo que los españoles no desean desempeñar, generalizar incurre en el riesgo de caer en simplismos que invisibilizan otras situaciones. "Aunque cualquier generalización resultaría abusiva, puede decirse que en España los inmigrantes tienden a ocupar puestos de trabajo poco cualificados, muchas veces temporales, estacionales o precarios, y frecuentemente no bien remunerados. Los sectores con mayor presencia inmigrante se caracterizan por bajos niveles de cualificación y productividad, de salarios y de participación sindical, deficientes condiciones de trabajo, y altas cotas de temporalidad y siniestralidad. Se trata, pues, de una inserción laboral desfavorecida. Una elevada proporción de los inmigrantes constituye un cierto proletariado de los servicios, de la agricultura y de la construcción. Con frecuencia se denuncian abusos, desde horas extraordinarias no abonadas hasta el impago de los salarios pactados" [23].

Estos trabajadores resultan atractivos en la economía sumergida, donde se encuentran especialmente limitados en el ejercicio de sus derechos y, a menudo enfrentan dificultades que inciden negativamente en su calidad de vida al ver limitado su acceso a servicios básicos como agua y alimentos, o educación, salud, transporte, empleo adecuado donde impere un cumulo de contrataciones acordes a las labores a realizar entre otros. Las precariedades en las que estos colectivos viven y laboran contribuyen a aumentar el riesgo de padecer lesiones por accidentes de trabajo, incapacidad permanente, así como enfermedades físicas y mentales[24]. A lo anterior se suma en ocasiones la discriminación racial y étnica.

4. MIGRACIÓN Y GÉNERO

El género es un factor determinante en la experiencia de ser migrante. Ser migrante ya somete a las personas a enfrentar situaciones de posible marginación por razones culturales, económicas y raciales, entre otros. Agregar a lo anterior, los elementos de sexo y género contribuye a generar experiencias totalmente distintas y en las que la referida marginación adquiere una mayor fuerza, experiencias de dominación que la interseccionalidad permite visibilizar.

De allí que, analizar la migración desde una perspectiva de género es relativamente nuevo. Ello a pesar de que el fenómeno (Realidad Social) de la migración humana ha sido objeto de estudio desde hace mucho tiempo, en el mismo, tradicionalmente, no se ha tomado en consideración el factor género[25]. Algunos estudios de migraciones otorgan poca relevancia al género en este fenómeno; otros lo referencian superficialmente; y otros, lo plantean sin profundizar en las causas que originan los patrones de migración femenina. Sin embargo, la importancia de la cantidad de remesas recibidas en las economías de origen por parte de mujeres migrantes producto de empleos precarios o no, ha estado llamando la atención sobre los patrones de migración femenina, no tanto por motivos de género, sino

[22] Fanjul y otros (2022). op. cit., p. 21.
[23] Arango, J. (2002). ibidem., p. 13.
[24] Fanjul y otros (2022). *op. cit.,* p. 25.
[25] Jiménez Juliá, E.: "Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género", *Arenal. Revista de historia de las mujeres,* Vol. 6, núm. 2, 1999, pp. 239-263.

económicos. Para ello, es necesario incorporar a los análisis nuevos modelos y variables que permitan visualizar las diferencias entre los patrones de migración masculina y femenina.

En el proceso de decisión de la migración femenina inciden factores macro y micro, entre ellos, el modelo patriarcal, tanto de las sociedades de las cuales las mujeres migrantes son originarias, como el de las sociedades de acogida [26]. Esto es importante por las restricciones morales que estos modelos imponen a las mujeres en cuanto a su visibilización y representatividad en la sociedad; las oportunidades de desarrollo personal y profesional de las que pueden disponer en ellas; la responsabilidad que tienen en el núcleo familiar, tanto en la responsabilidad del cuidado de hermanos, familiares y del hogar, como en relación a la reproducción y cuidado de los hijos; entre otros. Por otro lado, las restricciones morales que sufren las mujeres por el modelo patriarcal hace que su experiencia migratoria sea especialmente difícil y complicada si lo hace sola, pues va expuesta a múltiples peligros, además de al juicio de la sociedad que muchas veces es opresora [27].

Otros factores macro planteados son los económicos y los legales. En cuanto al factor económico, por un lado, las investigaciones dan cuenta de cómo la globalización ha dado origen a la instalación de multinacionales en lugares específicos donde tienen oportunidad de contratar mano de obra femenina por su bajo costo, porque es poco exigente de reivindicaciones salariales y, por la baja autoestima desarrollada por influencia del modelo patriarcal, son sumisas, todo lo cual las hace apetecibles para estas empresas. Por otro lado, en lo relacionado al ámbito legal, la investigación de la migración desde una perspectiva de género ha develado el carácter discriminatorio hacia la mujer de la redacción de las leyes migratorias.

Con relación a los factores micro incidentes en las condiciones que se constituyen en las causas para impulsar la migración femenina destacan: las características personales (grado de instrucción, estado civil, edad, cantidad de hijos); experiencia laboral; clase social; etnia; orden de nacimiento; etapa del ciclo de vida en que se produce la migración; género y orientación sexual; estructura familiar; relación con otras mujeres del entorno; posibilidades de combinar el trabajo productivo con el reproductivo según la etapa del ciclo familiar; grado de vinculación moral con la familia; entre otros.

Todos estos factores macro y micro se imbrican de tal manera que producen las condiciones en las que se producen las decisiones de emigrar de las mujeres. Condiciones estas distintas para cada mujer en la que confluyen diferentes planos de dominación que trascienden en sus posibilidades de integración y desarrollo en la sociedad de acogida. Por caso, las mujeres que deciden emigrar y lo hacen en solitario, sobre todo si proceden y se dirigen hacia sociedades patriarcales, son catalogadas como prostitutas, con lo cual, sus experiencias y sus posibilidades de inserción laboral y social, así como de desarrollo profesional y ascensión en escala social, son muy reducidas. En mujeres como estas, solitarias, migrantes, más aún si son afrodescendientes, las posibilidades de experimentar situaciones de discriminación, explotación, dominación, son realmente altas, sin dejar a un lado los contratos laborales de hecho y no de derecho que se convierten en explotación.

También se da el caso de mujeres pertenecientes a sociedades y familias patriarcales cuya decisión de emigrar es tomada, bien en consenso familiar, o bien, en consenso con el jefe de dicha familia. Dichas mujeres tienden a migrar apoyada en sus redes sociales, por lo cual, aun estando separadas de sus familias, continúan bajo sus controles[28].

[26] Jiménez Juliá, E. op. cit., p. 249.

[27] "Esto es importante porque la migración individual de mujeres es considerada en algunas sociedades de este continente como prostitución". Jiménez Juliá, E. (1999). *Ibidem*.

[28] Jiménez Juliá, E. (1999). op. cit., p. 253.

Con lo anteriormente expuesto, se evidencia la necesidad de profundizar en el estudio de la migración con una visión de género, pues, las mujeres pueden migrar por las mismas razones que por las que lo hacen los hombres, pero también lo pueden hacer por razones muy diferentes, las cuales sólo pueden emerger en la medida en que se analice la migración femenina desde una perspectiva de género que aborde en el caso particular el Objetivo de desarrollo sostenible numero 08 Empleo digno y crecimiento económico [29].

Las motivaciones y las decisiones de migración masculina y femenina pudieran tener orígenes similares (distancia, obstáculos, oportunidades, modernización, factores de atracción y expulsión), situación económica, precariedad y limitaciones de la familia en el lugar de origen. Sin embargo, estas son experimentadas y muchas veces motivadas de forma distintas para ambos. Aunque la migración masculina también puede ser dura y difícil, para las mujeres lo es exponencialmente más duro y complicado, porque está demostrado que la mayoría de las sociedades, tanto de origen como de destino, son tradicionalmente patriarcales en las que domina la figura masculina como cuerpo fuerte, controlador, dominante y decisoria. Mientras que la figura femenina es considerada débil y sumisa, y a la ahora de escenarios laborales son más propensas a sufrir desmanes que a larga agudizan la crisis emocional de género.

Esto coloca a las mujeres en situación de experimentar la toma de decisión, el acto de migrar y el de intentar insertarse en una nueva sociedad donde, desde las condiciones individuales, hasta las esferas legal, laboral, social y cultural son esencialmente masculinas, con lo cual, las dificultades que estas mujeres enfrentan resultan altamente opresoras.

5. EDADISMO Y MIGRACIÓN

Desde hace varios años, demógrafos y sociólogos, entre profesionales de otras disciplinas, vienen advirtiendo una inminente crisis demográfica en Europa. Por un lado, una baja natalidad, y por otro, el envejecimiento acelerado de la población, ocasionando que en la región se amerite del ingreso de migrantes al sistema económico para mitigar sus efectos. Sin embargo, es patente el rechazo que en esta región existe sobre la migración, lo cual permite vislumbrar una caída de la población en los próximos años.

El edadismo es una de las formas más comunes y socialmente aprobadas de prejuicio y discriminación. Este fenómeno parece relativamente lejano para muchas personas, probablemente por la inconsciencia de la repetición de microedadismos que se producen y reproducen en la vida cotidiana. De hecho, este puede ejercerse de manera explícita o implícita, en función de si somos conscientes o existe intencionalidad en los pensamientos, sentimientos o acciones. El riesgo de que se mantenga en el ámbito de lo implícito es su normalización y aceptación social que contribuye a que pase desapercibido y retroalimente el proceso[30].

Este concepto fue acuñado y utilizado por primera vez por el gerontólogo Robert Butler en 1969 que lo definiría como "un proceso de estereotipación y discriminación sistemática de las personas por el hecho de ser mayores, al igual que el racismo y el sexismo lo consiguen con el color de la piel y el género". Si bien en un primer momento en ella apuntaba a una discriminación de la sociedad hacia las personas mayores, este concepto evolucionó hacia una perspectiva más amplia en la que se considera la discriminación basada en la edad, no necesariamente hacia los mayores, sino

[29] Jiménez Juliá (1999). op. cit.

[30] Marsillas Rascado, S., y del Barrio Truchado, E.: "La paradoja del edadismo y su contribución a las desigualdades sociales" en Shershneva Zastavnaia, J. (Ed.), *Zabaldu #1. Dimensiones desde la desigualdad,* Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2023, p. 256.

también a las personas jóvenes, por ejemplo. De hecho, resulta altamente probable que el edadismo hacia las personas mayores sea al menos tan frecuente como hacia los jóvenes, por lo que sus efectos abarcan todo el ciclo vital [31].

No obstante, aunque la población en esta región es predominantemente mayor, en todos los ámbitos se advierte una discriminación hacia los adultos mayores con consecuencias en su salud, bienestar y, hasta en el disfrute de sus derechos humanos. Esto es, edadismo. El edadismo está asociado a una menor esperanza de vida, a deficiencias en la salud, por los que su incidencia en el estado de salud del adulto mayor son muy negativas [32].

Llama la atención que, la Real Academia de la Lengua Española no reconoce el término edadismo. Sin embargo, ésta realmente existe y afecta a gran parte de la población de edad avanzada. Los datos que ha hecho públicos la Organización Mundial de la Salud sobre el maltrato de las personas mayores en las instituciones son espeluznantes: 2 de cada 3 trabajadores de estas instituciones indican haber infligido malos tratos en el último año. La OMS no ha dudado en calificar el maltrato a las personas de edad como «un problema importante ha dudado en calificar el maltrato a las personas de edad como «un problema importante de salud pública». Esta situación, ya existente antes de la pandemia de COVID-19, se ha agudizado en el contexto de la crisis sanitaria. La pandemia se ha cebado especialmente con las personas de edad. En todo el mundo, hemos visto que las respuestas a la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus (SARS-CoV-2) no han sido respetuosas con la dignidad de las personas de edad[33].

El edadismo alude a la forma en como pensamos, nuestros prejuicios y la discriminación que hacemos hacia personas mayores. Esto puede estar presente en las individualidades, personal, interpersonal, pero también en las instituciones "El edadismo institucional se refiere a las leyes, reglas, normas sociales, políticas y prácticas de las instituciones que restringen injustamente las oportunidades y perjudican sistemáticamente a las personas en razón de su edad. El edadismo interpersonal surge en las interacciones entre dos o más personas, mientras que el edadismo autoinfligido se produce cuando se interioriza el edadismo y se vuelve contra uno mismo"[34].

La OMS propone tres estrategias para reducir el edadismo y para fomentar una sociedad sin estereotipos para todas las edades [35]. La primera, orientada a reducir el edadismo institucional, plantea el fortalecimiento de políticas y leyes que combatan la discriminación y desigualdad por motivos de edad. La segunda, la intervención educativa en todos los niveles de educación para la mejorar la empatía, eliminar prejuicios y disminuir la discriminación contra los adultos mayores. Y, la tercera, promover el contacto intergeneracional entre adultos y jóvenes que permita aumentar la empatía, el respeto e, incluso la identificación, de los últimos hacia los primeros. Todo esto produciría un avance en materia de empleabilidad para con el colectivo también migrante.

Un mundo sin estereotipos para todas las edades favorecerá, por un lado, la creación de un entorno social y cultural que promueva el envejecimiento activo de la población, un mundo donde las personas se mantengan activas, saludables y felices durante el mayor tiempo de sus vidas, haciendo lo que les gusta y sintiéndose reconocidos y respetados por todos. Por otro lado, favorecerá la comunicación e interacción intergeneracional con lo cual, los jóvenes ganan con las experiencias de

[31] Marsillas Rascado, S., y del Barrio Truchado, E. (2023). op. cit. p. 248.

[32] OMS: *Informe mundial sobre el edadismo*, 2021.

[33] Cebada Romero, A.: "El derecho internacional y la lucha contra el edadismo y por la protección de las personas de edad: Balance de la situación después de la pandemia de covid-19", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico,* Vol. 33, 2022, p. 92.

[34] OMS: *Informe mundial sobre el edadismo,* 2021, p. XVII.

[35] OMS (2021). op. cit. p. XIX; Cebada Romero, A. (2022). op.cit, p. 95.

los adultos y, estos, se contagian de la alegría y fortaleza de la juventud inclusive con vivencias en materia de relaciones de trabajo.

Lo anterior requiere de la concienciación de todos en la sociedad. De los jóvenes, sobre la naturalidad del proceso de envejecimiento para tener empatía con los mayores. Así como, la adecuación de las institucionalidades para adecuarse a la atención incluyente de adultos mayores, desde las normativas y leyes, hasta el diseño de productos y servicios con facilidad de uso que fomenten la inclusión. Lo anterior, acompañado de una concepción individual del propio envejecimiento en el que es posible vivir más siendo activo y productivo con un empleo digno que lleve al mejor de los crecimientos económicos.

El edadismo se expresa en el tratamiento y forma de dirigirse a las personas mayores. El edadismo es difícil de advertir. Éste es utilizado para clasificar y etiquetar a las personas [36]. Es un fenómeno que afecta a la mayoría de los adultos mayores, pero, si se trata de migrantes, de mujeres migrantes, o peor, de mujeres negras migrantes; el edadismo adquiere mayor fuerza. Nuevamente, se manifiesta la necesidad de estudiar la realidad de la migración desde una mirada interseccional donde se puedan poner en la mesa todas las posibilidades de intersecciones de factores que contribuyen a la discriminación y marginación, ya no sólo de mujeres, sino de migrantes de todas las edades.

En el momento actual, solo la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares se refiere a la edad como motivo de discriminación expresamente prohibido (artículo 7). Adicionalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad menciona la discriminación por edad en su preámbulo (apartado p), refiriéndose a la edad como una de las múltiples formas de discriminación que pueden sufrir las personas discapacitadas. Además, hay otras disposiciones de la Convención en las que se hace referencia a la edad (artículo 8.1.b); artículo 13.1; artículo 16, párrafos 2 y 4; Artículo 25.b); artículo 28.2.e)[37].

El edadismo se manifiesta en el fenómeno de la migración, especialmente sobre adultos mayores que pretendan ingresar al país con la intención de reunirse con sus descendientes que ya han logrado su nacionalidad por algunas de las vías de ley (reagrupación familiar) si estos no han logrado un estatus legal en el país, dicha reagrupación es imposible; sobre adultos mayores que aún están en condiciones de trabajar; y, sobre migrantes que se han hecho adultos mayores en el país de acogida y que sufren sus efectos.

De estos, quizá el más desventajoso para su sufriente es el de adultos que aún se consideran en condiciones de trabajar y aportar, pero que, por su edad reciben la denegación de ingreso. Estos pudieran tener menos elasticidad, potencia, velocidad y resistencia que personas más jóvenes, pero está demostrado que, los añosos de 65 y 75 cumplen tareas igual o mejor que los menores. Si han tenido hábitos de vida saludable, pueden tener un buen desempeño. Sin embargo, lamentablemente, a cierta edad el mercado laboral excluye a las personas sin tomar en consideración sus habilidades, competencias y sabiduría.

Las personas de edad gozan de los mismos derechos que cualquier otra persona, pero lo cierto es que se encuentran con dificultades propias para implementar o beneficiarse de esos derechos, y afrontan problemas específicos que también pueden abordarse desde una perspectiva de derechos humanos, por ejemplo, el acceso a las nuevas tecnologías[38].

[36] Seco-Lozano, L.: "Edadismo: la barrera invisible", *Enfermería Nefrológica,* Vol. 25, núm. 1, 2022, pp. 7-9.
[37] Cebada Romero, A.(2022). ibidem.
[38] Cebada Romero, A. (2022). *op. cit*., p. 106.

Cuando el edadismo también interacciona con el machismo provoca mayor desventaja y discriminación para las mujeres mayores, en comparación con los hombres mayores y jóvenes y con las mujeres jóvenes, fenómeno recogido bajo el término edadismo según el género. Las normas patriarcales y la predilección por la juventud sientan las bases para esta doble amenaza que causa un mayor perjuicio para las mujeres mayores, que comprenden desde su aspecto físico, su estado civil de viudez hasta el acceso a la atención de la salud o sus necesidades de cuidado social o el empleo. En este último ámbito, las desventajas de ser demasiado joven o mayor afectan en mayor medida a ellas, efectos que trascienden la propia carrera profesional, sino que también alcanzan la capacidad de acceder a una pensión por jubilación durante la vejez[39].

6. APOROFOBIA EN LA MIGRACIÓN

Reflexionar sobre la crisis que históricamente el fenómeno de la migración ha producido, necesariamente ha de pasar por reflexionar sobre quiénes son los migrantes que enfrentan mayores desafíos cuando deciden ingresar a un país que, en teoría, puede ofrecerles mejores condiciones de aquellas que tienen en su lugar de origen. Y al hacerlo, es inevitable advertir que, la mayoría de las veces, el rasgo común es su pobreza, indefensión y desamparo. Personas que muchas veces vienen huyendo de graves peligros para sus vidas, precariedad y pobreza.

No todo el mundo tiene problema para emigrar. Si se trata de personas con ciertas características como una educación privilegiada, profesión especializada, un alto nivel socioeconómico, estatus social elevado, entre otros, recibirán un trato distinguido y no tendrá trabas para ingresar al país. Por el contrario, si llegan personas en condiciones de pobreza y de bajo nivel educativo, las políticas migratorias no son receptivas como con personas del primer grupo.

Para definir esta idea, Adela Cortina creó el término aporofobia, con el cual buscó definir el rechazo, aversión, temor o desprecio hacia la persona pobre. Y, más que pobre, es hacia personas desamparadas o que no parecen poder retribuir en algo la atención o apoyo que se le pueda brindar. Este término pudiera estar relacionado con el clasismo o la xenofobia. Al igual que en el edadismo, en la aporofobia y en el clasismo, imperan los estereotipos, y los tres son un atentado contra la dignidad humana. También contra la democracia porque fortalece la desigualdad.

El término aporofobia entonces, alude a la discriminación y rechazo del extranjero pobre, a las personas pobres en situación desesperada de movilidad. No a todos los extranjeros, no por ser extranjero o por hablar otra lengua, ni por tener un color de piel diferente. El término aporofobia alude al rechazo, discriminación, aversión o miedo al pobre porque se le percibe como una amenaza a la economía local, o una amenaza social y una competencia laboral, pues, al proceder de países de economías deprimidas, con escasas oportunidades de desarrollo e incluso, con democracias débiles, generalmente de países del sur, existe el prejuicio o estereotipo de que se trata de personas criminales, de baja moral que viene a perturbar la tranquilidad de la sociedad de acogida y que no puede dar nada a cambio.

Es importante destacar que esta situación es potenciada por la institucionalidad y narrativa gubernamental que contribuye a cerrar los caminos a estas personas de manera constante y sistemática sin el más mínimo sentido de solidaridad ni empatía para acceder a oportunidades de supervivencia que les permitan ejercer sus derechos humanos fundamentales.

La aporofobia es producto de la complejidad de las relaciones sociales, laborales, económicas y culturales en las que se imbrican distintos factores. Miedo a la invasión, ignorancia y narrativas

[39] Marsillas Rascado, y otros, (2023). *op. cit*.. p. 258.

de discriminación y estigmatización provenientes de los medios de comunicación social y de los gobiernos, son elementos determinantes en la aparición y reforzamiento de la Aporofobia de lo cual los migrantes pobres resultan discriminados y estigmatizados.

Por un lado, no está comprobada la correlación entre el aumento de la criminalidad y el aumento de migrantes en los países de acogida de migrantes. En distinto escenario, si está comprobado que la migración es beneficiosa para las economías de acogida, en especial porque son personas que vienen dispuestas a trabajar, con lo cual no sólo contribuyen al beneficio de la economía local, sino a las economías de sus países de procedencia gracias a las remesas enviadas en favor de los familiares que allá quedan.

La plasticidad del cerebro humano permite reeducarlo en empatía y cooperación para promover el respeto a la dignidad humana y, en ello, Gobiernos, medios, e iglesias podrían contribuir a diseminar información veraz en favor de la empatía y preocupación por otros y permitir aflorar la naturaleza altruista que como humanos poseemos para ejercer asistencia en beneficio de estos colectivos y desplazar los sentimientos xenófobos, racistas clasistas y aporófobos.

7. MODELO JURÍDICO ESPAÑOL DE INMIGRACIÓN

El marco jurídico por el cual se rige el Estado de Derecho español en materia de migración es la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (4/2000 del 11 de enero) y el Real Decreto 557/2011 del 20 de abril. La primera establece los principios por los que el Gobierno, según lo previsto en la 149.1.2.a de la Constitución, define, planifica, regula y desarrolla la política inmigratoria del país. De acuerdo con esta Ley, la política migratoria española ha de ser coordinada con las políticas definidas por la Unión Europea; los flujos migratorios laborales han de ordenarse de acuerdo con las necesidades de empleo del país; ha de procurarse la integración total de los migrantes en la sociedad española; ha de promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; no debe haber ningún tipo de discriminación; garantizar el respeto a los derechos humanos que la constitución y todos los tratados internacionales firmados por España establecen; evitar la inmigración irregular y perseguir el tráfico y trata de personas; mantener la igualdad de trato hacia trabajadores locales y extranjeros en cuanto a las condiciones laborales y de seguridad social; y, establecer acuerdos de cooperación con países de origen y tránsito de migración.

Por otra parte, el 27 de julio de 2022 fue publicado el Real Decreto 629/2022 del 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (4/2000 del 11 de enero). Este Real Decreto tiene por objetivo facilitar la incorporación al mercado laboral de las personas extranjeras que se encuentran en España.

Así, el mismo Beneficia a los extranjeros estudiantes que poseen una autorización de estancia por estudios en España. El régimen de estancia por estudios. Esta modificación aumentó el número de horas de trabajo permitidas de 20 horas hasta 30 horas semanales, sin límite geográfico, siempre que dicha relación de trabajo interfiera con sus estudios; sea compatible con la realización de dichos estudios; se trate de estudios superiores, de una formación reglada para el empleo, o destinada a la obtención de un certificado de profesionalidad. El período de la autorización de trabajo estuvo supeditado a la autorización de estudio. Es decir, los extranjeros en España bajo régimen de estancia por estudios, pudieron trabajar sólo mientras dicho régimen estuvo vigente. Destaca que ya no se exige haber residido en España durante tres años para obtener el permiso de trabajo.

La modificación también actualiza los arraigos. En este sentido, se conceden autorizaciones de residencia por razones de arraigo laboral, social, familiar o para la formación. El arraigo laboral es una autorización de residencia que pueden obtener los extranjeros que hayan permanecido en España durante un período mínimo de dos años sin que tengan antecedentes penales tanto en España como en el país de origen, como en los países donde haya residido, dentro de los cinco años antes de su entrada en territorio español y, con una relación laboral no inferior a seis meses en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del permiso. Asimismo, deben acreditar relaciones laborales con jornadas laborales mínima de 30 horas semanales cuya duración no sea inferior a seis meses, o de 15 horas semanales en un período de doce meses, que se encuentren en situación de irregularidad al momento de la solicitud.

En cuanto al arraigo social, este es un permiso de residencia que pueden obtener los extranjeros que hayan permanecido de manera continua en España durante al menos tres años y que no tengan antecedentes, ni en España, ni en el país de origen, ni en los países donde hayan residido dentro de los últimos cinco años anteriores a su ingreso al territorio español. Tras esta reforma, ya no se valorará la duración del contrato, sino la adecuación del salario mínimo interprofesional.

Se creó la figura del arraigo para la formación. Se trata de la novedad de la reforma del reglamento de extranjería. Este establece que los extranjeros que tienen viviendo dos años en España se podrán regularizar inscribiéndose en una formación. Este permiso durará doce meses pudiendo prorrogarse. Además, una vez superada la formación y durante la vigencia de la autorización, se podrá solicitar la autorización de residencia y trabajo. Esto, si se cuenta con un contrato de trabajo que garantice el salario mínimo interprofesional y se acredite haber superado los estudios por los que se consiguió este arraigo de formación, otorgando una autorización de dos años. Para acceder a este arraigo deben acreditar: que llevan, al menos dos años en territorio español; que no tengan antecedentes, ni en España, ni en el país de origen, ni en los países donde hayan residido dentro de los últimos cinco años anteriores a su ingreso al territorio español; y, que se comprometa a realizar una formación reglada para el empleo, o para obtener un certificado de profesionalidad o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los servicios públicos de empleo, y orientadas al desempeño de ocupaciones incluidas en el catálogo de ocupaciones del CERTE.

Con relación al arraigo familiar, este se pudo tramitar para aquellos familiares de comunitarios que no cumplían con los requisitos exigidos por el régimen comunitario. Además, se modificaron artículos relacionados con la reagrupación familiar y las autorizaciones de residencia. Con relación a la reagrupación familiar, este reglamento establece la necesidad de que el solicitante demuestre un salario mínimo interprofesional. Si el solicitante no logra alcanzar dicha cuantía, se permitía tomar en consideración el 10% por encima del salario mínimo vital y, el 10% más del salario mínimo vital por cada persona adicional a reagrupar, hasta el 150% del mismo, sin límite de personas a reagrupar, si hay menores de edad.

Por su parte, las renovaciones de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar se extendieron hasta la misma fecha de la autorización de residencia de la persona que reagrupó y dichas autorizaciones permitían trabajar a las personas reagrupadas, tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia. Las renovaciones de autorizaciones de residencia. Tanto las renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, como las renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia, fueron autorizadas por períodos de cuatro años.

Actualmente está en el tapete una proposición de Ley para una regularización masiva extraordinaria para personas extranjeras en España presentada el 24 de febrero de 2023. Dicha

proposición plantea la aprobación de seis meses para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de noviembre de 2021. Propuesta similar se dio en el año 2000 con el Real Decreto 239/2000.

La mencionada Ley para la regularización extraordinaria para personas extranjeras en España es, por un lado, una magnífica oportunidad para un importante contingente de extranjeros que han quedado irregulares con nulas o escasas oportunidades de resolver su situación. Por otro lado, conlleva múltiples beneficios de pago de impuestos con lo cual representa una oportunidad de beneficiar al sistema de bienestar y de seguridad social mediante el pago de impuestos del contingente de inmigrantes que, gracias a ella, accederán a autorizaciones de larga estadía en el país.

Sin embargo, existen detractores de medidas como la regularización de extranjeros por considerar que es necesario adecuar los flujos migratorios a la capacidad de acogida del país, esto es al derecho internacional, para evitar que esta medida devenga en un efecto llamada, la cual puede hacer colapsar la infraestructura de acogida del país, promueve conflictos sociales y acabar generando más problemas que soluciones. En este sentido, desde esta posición, se impone la necesidad de migrar en condiciones dignas respetando la ley que rige en el país de destino. No ingresar de forma ilegal.

Aunque, sin lugar a dudas, tanto quienes promueven la regularización de extranjeros, como los que abogan por la migración ordenada, tienen sus verdades. También es importante reconocer que en el caso de España el escenario tiende a ser otro con respecto al resto de Europa sobre todo para nacionales de países de Latinoamérica. El tratamiento no ha sido esquivo hacia este colectivo, pero la idea de este trabajo doctoral es proponer otras salidas sociológicas y jurídicas en pro de convertir las políticas migratorias españolas en progresivas y no regresivas. Europa debe ser bastión en eso.

Recientemente Migraciones anuncio otra reforma del reglamento de Extranjería para "simplificar trámites" de los permisos de residencia y trabajo. El ministerio especializado en la materia informo el nacimiento de una reforma del Reglamento de la Ley de Extranjería en el primer semestre de 2024 para reducir las figuras de permisos ahora vigentes, simplificar documentación y trámites y "reforzar la protección de los derechos de las personas migrantes". Esta modificación normativa tiene como objetivo la transposición al ordenamiento jurídico español de las directivas europeas de permiso único y de residencia de larga duración.

La primera de las directivas permitirá obtener un permiso combinado de trabajo y residencia en un plazo máximo de noventa días, garantizará la igualdad de trato de las personas migrantes que lo soliciten con los nacionales y les protegerá contra la explotación laboral, mientras que la otra mejora los derechos de los residentes de larga duración y de sus familiares. Esa es la intención.

8. REFLEXIONES FINALES

La propuesta de un nuevo Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS), que funcione como un tratado internacional y se enfoque en la migración, representa una oportunidad significativa para fortalecer el marco legal migratorio. Este ODS podría facilitar la integración de los migrantes en la sociedad española, abordando de manera comprensiva las situaciones de vulnerabilidad que enfrentan. Al garantizar la protección de sus derechos fundamentales, se promovería su inclusión en los ámbitos social, laboral y económico, contribuyendo así a una sociedad más inclusiva y equitativa que reconoce y potencia el bienestar y los aportes de la comunidad migrante.

El mencionado ODS centrado en la migración favorecerá la implementación de programas y políticas que promuevan la igualdad de género y la protección de los derechos de las personas

mayores (edadismo) y las mujeres migrantes en su empleabilidad, así como la eliminación de barreras basadas en género en el contexto migratorio al abordar de manera más integral la discriminación enfocada en razones de género o edad que afecta a estos colectivos, especialmente las de mayor edad.

La inclusión de un objetivo de desarrollo sostenible centrado en la migración de la próxima Agenda ONU o la España 2050 favorecerá el desarrollo de un enfoque integral de gobernanza global de la migración y la inclusión de los migrantes en los esfuerzos de desarrollo sostenible, lo cual podría ser una estrategia efectiva para abordar la vulnerabilidad en la migración, la discriminación de género y el edadismo, promoviendo la protección de los derechos de todos los migrantes y garantizando su inclusión y bienestar en los países de destino.

Además, un nuevo ODS sobre migración, complementaría y reforzaría los esfuerzos existentes en los ODS 8, 10 y 17 en sus metas e indicadores relacionados con la migración para lograr una sociedad inclusiva y equitativa que valore y potencie la contribución de la comunidad migrante. En este sentido, el nuevo ODS podría ayudar a reconocer y maximizar la contribución de los migrantes al crecimiento económico y al empleo mediante su aporte de habilidades, conocimientos valiosos y su trabajo que pueden ayudar a impulsar el crecimiento económico, de allí que, este nuevo ODS podría promover políticas que faciliten la integración laboral de los migrantes, garantizando que tengan acceso a trabajos decentes y contribuyan plenamente a la economía.

Por otra parte, en cuanto al ODS 10, el nuevo ODS de migración podría ayudar a abordar las desigualdades que enfrentan los migrantes, que a menudo son más vulnerables a la pobreza, la discriminación y la exclusión. Este objetivo podría promover políticas que garanticen la igualdad de derechos y oportunidades para los migrantes, ayudando a reducir las desigualdades dentro y entre los países. Finalmente, en cuanto al ODS 17, el ODS de migración propuesto podría fomentar una mayor cooperación en cuestiones de migración, ayudando a compartir buenas prácticas, coordinar políticas y movilizar recursos para apoyar la integración de los migrantes

El ODS sobre migración planteado, podría proporcionar un marco valioso para mejorar el marco jurídico de migración y la integración de los migrantes en la sociedad española, al abordar de manera integral los desafíos específicos que enfrentan los migrantes y promover sus derechos y bienestar. Sin embargo, todo pasaría por la flexibilización y creación de normas más sociales que jurídicas, buscando reducir la pobreza, erradicando las desigualdades laborales en temas contractuales, que abonen así al aumento del número de cotizantes y la base para sostener el actual sistema de pensiones.

9. BIBLIOGRAFÍA

Arango, J.: "La fisonomía de la inmigración en España", *El campo de las ciencias y las artes*, Vol. 139, 2002.

Bruquetas Callejo, M. y Moreno Fuentes, F.J.: "Precarización y vulnerabilidad de la población migrante en la España en crisis. El papel del Estado de bienestar", *Panorama Social,* Vol. 22, 2015.

Cebada Romero, A.: "El derecho internacional y la lucha contra el edadismo y por la protección de las personas de edad: Balance de la situación después de la pandemia de covid-19", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Vol. 33, 2022.

Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia.* Valencia: Paidós Estado y Sociedad.

Fanjul, G., & Gálvez-Iniesta, I.: *Esenciales. Cinco buenas razones para aprobar una regularización extraordinaria de migrantes sin papeles,* Madrid, Por Causa. Investigación, periodismo y migraciones, 2022.

Feito, L.: "Vulnerabilidad", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra, Vol. 30*, Supl. 3, 2007.

Foschiatti, A. M.: "Vulnerabilidad global y pobreza. Consideraciones conceptuales", *Revista Geográfica Digital,* Vol. 1, núm. 2, 2004.

Jiménez Juliá, E.: "Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género", *Arenal. Revista de historia de las mujeres,* Vol. 6, núm. 2, 1999.

Marsillas Rascado, S., y del Barrio Truchado, E.: "La paradoja del edadismo y su contribución a las desigualdades sociales" en Shershneva Zastavnaia, J. (Ed.), *Zabaldu #1. Dimensiones desde la desigualdad,* Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2023.

Naciones unidas. (s/f). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 16 de mayo de 2024, de Objetivos de Desarrollo Sostenible: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

OMS: *Informe mundial sobre el edadismo,* 2021.

Ruiz Rivera, N.: "La definición y medición de la vulnerabilidad social", en Un enfoque normativo. Investigaciones geográficas, Vol. 77, 2012

Sánchez González, D. y Egea Jiménez, C.: "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales: Su aplicación en el estudio de los adultos mayores", *Papeles de población,* Vol. 17, núm. 69, 2011.

Seco-Lozano, L.: "Edadismo: la barrera invisible", *Enfermería Nefrológica,* Vol. 25.

Shurmina: *Integración de los inmigrantes en el mercado laboral: el período comprendido entre 2008 hasta actualidad, el cambio de perfil del inmigrante y nuevos retos,* Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2019.

Vásquez, T. y Tortajada, T.: "La cuestión migratoria en España: tendencias en inmigración y exclusión social", en *Sistema*, 2006.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería

An approach to the circumstances of tips in the hospitality sector

Víctor Sánchez del Olmo[1] *Contratado posdoctoral FPI-AEI*
Universidad Autónoma de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-6103-1319

Cita Sugerida: SÁNCHEZ DEL OLMO, V. «Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 105-115.

Resumen

En este trabajo se analiza la realidad jurídico-práctica de las propinas. Para ello es necesario abordar la naturaleza jurídica de dicho instituto. Se ha llevado a cabo un análisis multinivel en el que se ha reflexionado sobre la naturaleza de las propinas desde una vertiente tributaria, una vertiente judicial y otra académica. Todo ello, con el objetivo de trazar la realidad de esta retribución que, sin que deba sustituir los salarios pactados, quizá pueda llegar a suponer un complemento de naturaleza salarial. Ello permitiría sacar del limbo jurídico a esta retribución y quedar en la nómina reflejada a los efectos de la cotización a la Seguridad Social (más si comprobamos que el debate sobre su tributación parece estar ya está superado).

Palabras clave

Propina; salario; extrasalarial; donación hostelería

Abstract

This work analyses the legal-practical reality of tips. To do this, it is necessary to address the legal nature of such institute. A multilevel analysis has been carried out in which the nature of tips has been reflected on from a tax perspective, a judicial perspective and an academic perspective. All of this, with the aim of tracing the reality of this remuneration which, without having to replace the agreed salaries, may perhaps represent a salary concept. This would allow this remuneration to be removed from legal limbo and could remain on the payroll for the purposes of Social Security contributions (especially if we verify that the debate on taxation seems to be already resolved).

Keywords

Tip; salary; non-salary retribution donation; hospitality sector

1. INTRODUCCIÓN

Parece pacífico admitir que, con carácter general, la principal contraprestación por la actividad laboral es la retribución económica, el salario[2]. No olvidamos que pueden existir otros incentivos o retribución no económica a tener en cuenta (cada vez más) como pueda ser una jornada atractiva (o las facilidades de poder adaptar la misma a las necesidades cada persona), un horario cómodo, o la posibilidad de trabajar a distancia. En este trabajo, no obstante, nos vamos a centrar exclusivamente en el ámbito de la contraprestación económica como recompensa por la actividad laboral. Concretamente,

[1] Contratado posdoctoral FPI de la Agencia Estatal de Investigación en la Universidad Autónoma de Madrid. Ayuda Referencia PRE2019-08759 financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por FSE invierte en tu futuro. Trabajo elaborado al amparo del Proyecto Nacional de Investigación de I+D+i (RTI2018-094547-B-C22) «Cambio Tecnológico e instituciones colectivas, transformaciones y adaptaciones en las fuentes laborales». Financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Agencia Estatal de Investigación.

[2] En palabras de García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 9, nos encontramos ante *"términos de ajuste del típico intercambio de trabajo por salario (cuánto trabajo y cuánto salario en esencia)"*.

Fecha Recepción: 22/03/2024 - Fecha Revisión:11/04/2024 - Fecha Aceptación: 06/05/2024
Págs. 105-115

en una zona gris de la retribución salarial rodeada de cierta polémica y que se encuentra muy presente en el ideario colectivo de un sector determinado: nos estamos refiriendo a las propinas.

En este sentido, no debemos obviar que muchas ofertas de trabajo en ciertos sectores estipulan como contraprestación económica el salario más las propinas. Es más, es habitual en el mundo de la hostelería, al inicio de la relación laboral o con carácter previo al inicio, interesarse por el monto mensual a que asciende regularmente esta retribución (actualmente considerada, como veremos, de naturaleza extrasalarial). Todo ello, es importante advertir, sin caer en un sistema perverso, como pueda ser el estadounidense, en el que estas cantidades forman parte del salario como complemento necesario a los ínfimos salarios mínimos[3].

Para encontrar los límites del concepto de salario y el alcance que esta institución posee conviene, primeramente, acudir al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Así, este precepto establece que el salario consistirá en la "*totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena"*. Esta fórmula, que apriorísticamente puede parecer sencilla, por amplia, contiene varios recovecos que merecen la pena ser escrutados y que debemos contraponer con la realidad jurídica de las propinas. Antes de ello, no obstante, debemos tener presente aquello que la propia norma estatutaria excluye de tal concepto.

De este modo, el propio artículo 26 recoge una serie de exclusiones a lo que debemos considerar como salario, como son "*las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos"*.

Estos son los términos en los que se mueve actualmente la institución del salario. Ahora bien, como hemos adelantado, existen una serie de recovecos que, en ocasiones, a modo de dilema, tensionan estos límites. En este trabajo, como hemos advertido previamente, nos vamos a centrar en el debate jurídico de uno de ellos: el que gira en torno a la retribución de las propinas[4].

El imaginario colectivo nos permite identificar fácilmente el alcance de lo que socialmente reconocemos como propina[5]. Sin embargo, este reconocimiento tiene un alcance difuso en el prisma socio legal. Es, por tanto, trabajo del jurista delimitar las fronteras legales de este instituto jurídico para descifrar su naturaleza y efectos jurídico-laborales. Siguiendo lo establecido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores fácilmente podemos llegar a la convicción de que la propina no se encuentra entre las causas de exclusión de la naturaleza salarial de la retribución y bien podría encuadrarse dentro de las inclusiones (recordemos, "*la totalidad de las percepciones económicas*…").

Ahora bien, como acertadamente recuerda parte de la doctrina, a pesar del carácter de *numerus clausus* del listado de exclusiones, el Tribunal Supremo ha venido ampliando a lo largo del tiempo este catálogo llegando a incluir en él a las propinas (además de otros ejemplos como el de la cesta de Navidad o las residencias de verano)[6].

[3] En un sentido similar lo recuerda García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 1.

[4] Si bien, podemos encontrar otros ejemplos muy debatidos en sede judicial, como son la cesta de Navidad y sus efectos retributivos o las residencias de verano.

[5] Retribuciones que en algunos ámbitos cuentan con gran respaldo. En este sentido, García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021, p. 1.

[6] Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 514 y 515.

De esta manera, debemos admitir que las propinas han supuesto un debate jurídico ininterrumpido a lo largo del tiempo. Así, podemos encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que se remontan al año 1985[7], 1986[8] y 1989[9], que avalaban la naturaleza de *liberalidad* de la propina (literalmente: *"ingresos procedentes de la liberalidad del público relacionado con el ejercicio de determinadas actividades laborales*").

En un sentido similar se pronunció de nuevo el Alto Tribunal en sentencia del año 1991[10]. Una vez más, el Tribunal Supremo, apreció que *"las propinas en cuanto exceden de la retribución garantizada por la empresa no tienen la consideración de salario al no constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo, sino un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero"*.

No debemos eludir esta realidad descrita por nuestro Tribunal Supremo. Ahora bien, ello no es óbice para que surjan (renovadas) dudas sobre la existencia de un supuesto de contraprestación económica que puede adentrarse dentro del terreno reservado para las retribuciones salariales. Una contraprestación que tampoco debemos olvidar se encaja completamente en el marco de una relación laboral, de servicios, en la que está presente el triángulo que sustenta generalizadamente el marco de las relaciones comerciales y laborales: cliente, empresa y persona trabajadora.

La razón de ser de este trabajo y el motivo por el que nos permitimos abrir de nuevo el debate, aparentemente superado por buena parte de la doctrina[11], es la aparición de una novedosa problemática que impacta directamente a este instituto. Así, en los últimos tiempos, se ha acentuado el debate de las propinas con ocasión del impacto de la COVID 19 y, como consecuencia de ello y, sobre todo, debido al auge de los nuevos métodos de pago.

Esta amarga etapa trajo consigo un aceleramiento en el pago de los servicios de hostelería con tarjeta bancaria en detrimento del clásico pago en metálico. Esta circunstancia tiene, como es obvio, un interesante impacto en el abono, gestión y reparto de las propinas desde el momento en que esas cantidades pasan irremediablemente por la custodia, control y transferencia por parte de la empresa.

Antes de abordar la reflexión sobre la que pivota este trabajo, que no es otra que la naturaleza jurídica de las propinas y vislumbrar eventuales zonas de cambio, se antoja necesario analizar el estado de la materia desde varios planos (prácticos).

En este contexto, en este trabajo, vamos a hacer un análisis de la propina desde distintos prismas para terminar con unas reflexiones finales que sirvan como base para un renovado debate.

2. ESTADO ACTUAL DE LA PROPINA

Debemos comenzar admitiendo que, en consonancia con la doctrina judicial, en el seno doctrinal *iuslaboralista*, hasta el momento, se ha venido insistiendo en la naturaleza extrasalarial de

[7] La STS de 7 de noviembre de 1985 [ECLI:ES:TS:1985:1442].
[8] La STS de 7 de noviembre de 1986 [ECLI:ES:TS:1986:6056].
[9] La STS de 25 de octubre de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:5741].
[10] La STS de 23 de mayo de 1991 [ECLI:ES:TS:1991:2654].
[11] A este respecto véase la opinión del Rojo Torrecilla, E., en su más que recomendable Blog, contenida en la entrada: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/07/las-propinas-pagadas-en-tarjeta-deben.html o el contenido del manual de Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 514.

la propina. Es más, en este sentido, se ha venido enclaustrando, con mayor o menor intensidad, este negocio jurídico dentro del espacio reservado a la donación[12].

Una opción que ha permitido a la dotrina laboralista desplazar el problema sobre la naturaleza jurídica de las propinas hacia lares civilistas. Sin embargo, esta ficción jurídica ofrece varias dudas y deja, por otro lado, unas cantidades percibidas por las personas trabajadoras en una suerte de limbo retributivo.

De cara a analizar estas cuestiones se hace necesario abordar la propina desde varios ángulos. Este ejercicio nos va a permitir observar el estado semideambulatorio en el que se encuentran estas cantidades percibidas por quienes desempeñan una actividad laboral (razón por las que las reciben) en concepto de propina.

2.1. La propina según la Agencia Tributaria (AEAT)

La Agencia Tributaria, por su parte, desde hace décadas, ha tenido clara la relación tributaria de estas cantidades Así se desprende de lo recogido en la consulta vinculante 1763-99, en la cual abordó la problemática de una persona trabajadora, en hostelería, que recibía propias de la clientela "*según costumbre*"[13]. La Agencia Tributaria ya respondió en aquel momento que las *propinas "constituyen rendimientos del trabajo para sus perceptores, sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a su sistema de retenciones a cuenta."*

Otra consulta de interés a estos efectos es la V3095-17[14], más reciente, pero que recuerda lo establecido por la del año 1999. Esta consulta responde ante el interrogante planteado sobre el tratamiento fiscal de las propinas en Casinos de juego, conformando el tratamiento fiscal de dichas retribuciones (en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). De este modo, la Administración tributaria recuerda que *"(l)as cantidades percibidas en concepto de "propinas" constituyen rendimientos del trabajo para sus perceptores, sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a su sistema de retenciones a cuenta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 99 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29), en adelante LIRPF."*[15]

No parece haber dudas respecto del tratamiento tributario de las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras en concepto de propinas. No se tributa por donación, sino por rendimientos del trabajo. Es por ello por lo que la Agencia tributaria concluye reconociendo que las cantidades percibidas por las personas trabajadoras, en concepto de propina, deben calificarse como rendimientos del trabajo a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas.

[12] Se puede encontrar un análisis sobre las diferentes posturas a este respecto en De Val Arnal, J. J.: "Sobre la propina y los casinos de juego. ¿Es un ingreso empresarial?: Una interpretación jurídica difícil de sostener". *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm., 21, 2012, p. 4.

[13] Puede consultarse en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=1763-99

[14] Puede consultarse en https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V3095-17. También resultan interesantes, a estos efectos, lo contenido en las V1763-99, V1866-03, V2309-17 o V1808-22, que resuelven dudas acerca del tratamiento tributario de este tipo de contraprestación.

[15] El artículo 17, apartado 1, de la LIRPF recoge que *"se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas"*.

Adicionalmente, conviene tener presente que, en varias ocasiones, el criterio tributario ha sido clave para comprender o readaptar ciertas cantidades recibidas por las personas trabajadoras y su naturaleza jurídica con conceptos variados (recuérdese el caso de los cheques restaurante, por ejemplo).

2.2. La propina según la doctrina judicial

Ya hemos adelantado que la doctrina judicial no ha sido ajena a la existencia de estas retribuciones. Y ello es relevante a los efectos de calificar estas retribuciones, pues su devengo y reparto es, con cierta asiduidad, motivo de conflictos laborales. Además, debemos recordar que la propina es susceptible de regularse mediante negociación colectiva lo que la convierte, *de facto*, en una condición de trabajo.

Como decíamos, sobre la doctrina judicial ha recaído la tarea de calificar estas retribuciones. Vamos a analizar por tanto una selección de resoluciones, las más importantes, que analizan este dilema categórico retributivo que, ya adelantamos, desplaza del terreno salarial estas percepciones.

2.2.1. Tribunal Supremo

Así, además de la jurisprudencia señala en apartados anteriores (que se remonta a la década de los años 80 y 90) debemos analizar la sentencia de 17 de junio de 2021, la cual se enfrenta ampliamente a esta cuestión.

El conflicto que se afronta en esta sentencia, que cuenta con el voto particular del magistrado Blasco Pellicer, gira en torno al poder de dirección de la empresa en relación con la gestión de las propinas; concretamente, a la decisión de la empresa de terminar con esta práctica (posibilidad de percibir propinas por parte de la clientela) consolidada hasta ese momento. El conflicto (colectivo) afectaba a más 100 personas trabajadoras que se situaban en el ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial de ámbito estatal conocido como de restauración colectiva. La empresa ante diversos problemas de gestión del dinero en efectivo en las cajas (y la existencia del mismo fuera de aquellas) y cierto desorden en la contabilidad decidió, en un momento determinado, erradicar la práctica de percibir propinas.

Es interesante apreciar que esta resolución contempla la naturaleza jurídica de la propina desde el prisma de lo que la propia sentencia considera la *"caracterización de la propina*"[16]. Podemos adelantar que esta sentencia parte de un concepto civilista de la propina categorizando esta retribución como una donación llevada a cabo por parte de la clientela hacia el colectivo de personas trabajadoras.

Para alcanzar esta conclusión, como hemos advertido, la sentencia aborda la problemática derivada de la supresión unilateral de las propinas en un momento determinado por parte de la empresa, lo que califica como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT).

De este modo, esta eliminación sobre la posibilidad de obtener esta retribución, según lo entiende el Alto Tribunal, constituye un cambio relevante en las condiciones de trabajo, no tanto en su dimensión económica (calificada como *"siempre incierta"),* sino en aspectos relativos al *"clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas"*. Según la sentencia, esta supresión de la propina conlleva la terminación de una práctica popular y extendida en el sector de hostelería, *"abortando la posibilidad de disfrutar del reconocimiento moral sobre la calidad o*

[16] ECLI:ES:TS:2021:2679. Se puede encontrar un análisis completo de la misma en Sánchez Trigueros, C.: "Sobre las propinas en el sector de la hostelería", *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021.

esmero en la tarea desempeñada". Supone, al fin y al cabo, alterar lo pactado en el contrato de trabajo. Es importante destacar que, dentro del análisis llevado a cabo en la sentencia, el Tribunal Supremo admite abiertamente que la percepción de propinas por parte de las personas trabajadoras *"constituye una condición relacionada con la actividad laboral"*.

En paralelo, el Tribunal Supremo concluye que la empresa puede acordar válidamente la prohibición de que su plantilla sea recompensada por la clientela a través de las propinas; ello es fruto del poder de organización y dirección del que es titular, pero, al consistir la propina en una posibilidad de ganancia económica y recompensa moral preexistente, ha de seguir el procedimiento fijado al efecto por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, encargado de establecer el procedimiento para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

No obstante, puede resultar curioso cómo simultáneamente la sentencia se refiere sistemáticamente a las propinas como retribuciones con carácter de "*liberalidad"*. El Alto Tribunal se apoya en resoluciones anteriores para reforzar la idea de que *"no han de tener consideración salarial las propinas procedentes de los jugadores que no son contraprestación de trabajo correlativas al beneficio que obtiene el empresario por hacer suyo el resultado, y que no están obligados a pagar, sino que provienen de los clientes que la realizan por liberalidad, en razón de los servicios prestados al donante (art. 619 del Código Civil) o mejor impelidos a ellos por un uso social que les hace regalarlas cuando ganan, sin obligación alguna jurídica de su abono, mas estando su práctica totalmente consolidada*"[17]. Ello, como se puede intuir, supone la caracterización de las propinas como retribuciones de carácter extrasalarial, aunque, eso sí, dentro del catálogo de condiciones de trabajo.

En suma, esta sentencia, en relación a la naturaleza jurídica de la propina, se expresa en unos términos, que sintetizamos seguidamente, ampliamente aceptados por la doctrina judicial, y que debemos tener presentes de cara al análisis de realidad jurídico práctica de las propinas: (i) se trata de una liberalidad que no constituye una contraprestación debida por la empresa por el trabajo realizado; (ii) posee naturaleza extrasalarial; y (iii) puede contenerse en el listado del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores como aspecto incluido en el contrato de trabajo.

Con estos mimbres, dados por el Alto Tribunal, las resoluciones de los Tribuales de Suplicación han respondido a interrogantes variados relacionados con la propina y su naturaleza jurídica. Pasamos a analizarlos.

2.2.2. Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Una sentencia paradigmática en este ámbito que aborda una nueva problemática es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), de 31 de mayo de 2023[18]. El expediente proviene del Juzgado de lo Social número 10 de los de Madrid, cuyo fallo, podemos adelantar, desestimó la demanda interpuesta por la parte social (una parte del banco social) que solicitaba un renovado método de repartir las propinas.

En esta sentencia de instancia se resuelve un conflicto colectivo derivado del reparto de las propinas que fueron abonadas mediante tarjeta bancaria, lo que supone un punto de inflexión en la manera de hacerlo hasta ese momento. Como podemos imaginar, el hecho de alterar la manera de abono de las propinas tiene un impacto directo en la manera de gestionarlas, controlarlas y repartirlas, pues pasa de la autogestión y reparto de las cantidades por parte del colectivo de personas trabajadoras a la gestión y reparto de aquellas por la empresa, a la que le llegan estas propinas.

[17] La ya citada sentencia de 23 de mayo de 1991.
[18] ECLI:ES:TSJM:2023:6343

El conflicto, en este sentido, reside en la falta de acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras a la hora de repartir las propinas recaudadas telemáticamente. Más bien, en la falta de acuerdo dentro de la propia parte social (comité de empresa) que no supo acordar un método de repartición de estas cantidades.

Así, la empresa, afrontando el nuevo hecho de tener que repartir las propinas, solicita al comité de empresa que se pronuncie acerca de cómo debe proceder con el reparto de las mismas (criterios y fórmula de reparto entre las personas trabajadoras).

Ante la falta de consenso en el seno del comité de empresa (UGT y USO abogan por un sistema continuista – consistente en el reparto exclusivo entre cierto colectivo dentro del local– mientras que CCOO pretende un reparto igualitario entre todas las personas trabajadoras que intervienen en el servicio), la propia empresa no ejecuta el reparto de las cantidades en primera instancia pretendiendo custodiarlas hasta el pronunciamiento definitivo por parte del comité de empresa. No obstante, el transcurso del tiempo sin acuerdo sindical empuja a la empresa a repartir las propinas recaudadas y acumuladas siguiendo el método asumido hasta el momento, que conlleva el pago a un colectivo concreto del centro: los camareros.

Ello da lugar a la reclamación colectiva impulsada por CCOO que entiende que el sistema actual adolece de una falta de igualdad en el reparto de las cantidades al excluir a otros colectivos integrantes del local de restauración que intervienen de alguna manera en el (buen) servicio que genera esas retribuciones.

Así, la resolución de instancia desestima esta petición y concluye que el modelo y fórmula de reparto de las propinas actual no produce lesión del artículo 14 de la Constitución Española. Devuelve, además, la responsabilidad y competencia exclusiva para acordar cualquier cambio en el sistema de reparto de propinas al órgano colegiado de la representación legal de las personas trabajadores, es decir, el comité de empresa. Órgano incumplidor, en este sentido, de llegar al acuerdo necesario para proceder con ello.

Por su parte, la sentencia que resuelve el recurso de suplicación aborda la cuestión incorporando interesantes elementos. Por un lado, la sentencia recoge la argumentación de la recurrente (CCOO) cuando recuerda la especial relevancia que tiene el hecho de que la propina se pague mediante tarjeta porque es en este tipo de propinas donde la empresa interviene (interviene activamente), *"tanto en el cobro al cliente como en el abono de las mismas en nómina*". Aspecto este de fundamental relevancia como veremos en las reflexiones finales. Se añade además que "*las propinas en metálico están fuera de cualquier control tanto empresarial como por parte de la representación legal de los trabajadores*." Por último, se alega que el reparto de las propinas, conforme a los criterios preexistentes, que mantiene un sistema contrario a lo establecido en el artículo 637 del Código Civil (para las donaciones, que más adelante analizaremos) supone un trato diferenciado sin justa causa vulnerando, por tanto, el principio de igualdad.

Por su parte, UGT, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, alega que es un hecho – que debe mantenerse - que la propina se distribuye exclusivamente entre los camareros del departamento de restauración por lo que no puede hacerse una distinción cuando las cantidades en concepto de propina se perciben a través de las tarjetas de crédito.

Por otro lado, y entrando ya de lleno en el elemento objeto de reflexión en el presente trabajo, la sentencia de suplicación recuerda los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica de propina, entre los que se encuentran los analizados previamente en este apartado.

A su vez, la sentencia de suplicación, teniendo en cuenta lo anterior, y analizando las nuevas fórmulas de abono de las propinas por parte de la clientela, parte de la base de que (i) nos encontramos ante una auténtica donación según el Código Civil; (ii) que el reparto clásico preexistente limitado a un colectivo no está amparado en la norma contenida en el 3.1 del Estatuto de los Trabajadores (relativo a los usos y costumbres); (iii) que la empresa actúa como mera recaudadora de las cantidades; (iv) y que la empresa debe proceder al reparto de la donación en los términos contemplados en la norma civil (artículo 637 del Código Civil), de manera respetuosa con la normativa vigente, sin que quepan comportamientos discriminatorios hacia la población trabajadora como los que venían produciéndose.

Así, a modo de conclusión, el TSJ madrileño considera la propina como una retribución extrasalarial que debe alojarse en el seno de la donación civil y debe ajustarse a lo allí establecido.

2.2.3. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Otra resolución reciente (aunque previa a la del TSJM) sobre esta problemática es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), de 18 de julio de 2017[19]. En ella, el objeto debatido trata, igualmente, sobre la adecuación del reparto de las propinas entre las personas trabajadoras del local que, en aquel caso, corría a cargo de dos trabajadores del departamento de restauración que pertenecían al colectivo de camareros.

El reparto se llevaba a cabo exclusivamente dentro del este colectivo, dejando fuera otros que componían al antedicho departamento como eran los colectivos de cocina, limpieza y fregadores. Esta circunstancia propició la presentación de la demanda.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la petición de los colectivos que demandaban ser incluidos dentro del reparto de la propina, lo que provoca la interposición del Recurso de Suplicación por parte de la representación de los colectivos demandantes.

El Tribunal vasco, dentro del análisis de la controversia, llegado el momento, se planeta *"cuál es la naturaleza de las propinas que los clientes de los establecimientos de cafetería y restauración abonan junto a las facturas que pagan por los servicios consumidos"*.

El Tribunal parte de que la propina consiste en un *"dinero"* que los clientes del sector de la hostelería entregan de manera gratuita, sin ninguna obligación de hacerlo, a las personas trabajadoras de este sector. Supone, en palabras de la sentencia, una manera de *"agradecer el servicio prestado"*. Aclara, el Tribunal, que el hecho de consistir en una costumbre social no supone que deba traducirse en una costumbre jurídica, pues no existe obligación real por parte de la clientela de abonar estas cantidades.

La conclusión a la que llega el Tribunal vasco es que su naturaleza jurídica, *"por tanto, es la propia de una donación del cliente hacia los empleados por el servicio recibido, conforme a lo dispuesto en los arts. 618 y 619 del Código Civil ¿CC - (618: "la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta" ; 619: "es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado"), que no constituye salario por no provenir del empresario (...)"*

[19] ECLI:ES:TSJPV:2017:2529.

Vemos como el Tribunal Superior de Justicia parte de una naturaleza eminentemente civilista de las propinas (donación en sentido estricto) y resuelve que su reparto, siguiendo además los usos sociales[20], ha de ser igualitario entre todas las personas que componen el centro y no solo hacia un colectivo determinado (camareros), siguiendo, también, el mandato del artículo 637 del Código Civil. Esta sentencia, debemos admitir, fue esencial en la resolución de la anterior (TSJM).

2.3. La donación contemplada en el Código Civil

Por último, debemos analizar la norma civil, sobre la que se ha hecho descansar, como hemos podido comprobar, esta retribución. Esta circunstancia es posible gracias al artículo 4.3 del propio Código Civil, en el cual se establece que la norma civil será de aplicación supletoria en las materias regidas por otras leyes.

Este precepto es el encargado de habilitar a la dotrina judicial y académica a entender que en el seno del negocio jurídico de la donación tiene cabida las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras provenientes de las propinas (entendidas como una donación realizada por la clientela).

No obstante, conviene que nos detengamos brevemente en los requisitos de tal instituto civil aun a riesgo de resultar redundante.

Si atendemos a lo contemplado en el artículo 618 del Código Civil, efectivamente, podemos encontrarnos con el término tan utilizado por la doctrina judicial y académica relativo a la *liberalidad*[21] de las cantidades. No obstante, es el siguiente artículo, el 619, el que proporciona un mejor acomodo a las propinas al disponer que se entenderá *"también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante"*. Hasta aquí nada parece interponerse entre este instituto y la naturaleza jurídica de las propinas.

Sin embargo, el artículo 623 recuerda que es requisito indispensable, para perfeccionar este instrumento, el conocimiento del donante de la aceptación de la propina por parte de los donatarios (en plural por las razones que veremos inmediatamente y que ya hemos podido vislumbrar cuando hemos analizado la doctrina judicial). Esta circunstancia no es una práctica habitual, no existe un conocimiento tal con lo que nos encontremos habitualmente. No obstante, podemos presumir la aceptación de la propina por parte de las personas trabajadoras.

Más dudas, por el contrario, plantea el Capítulo destinado a reunir las cualidades de donante y donatario. El artículo 624, por ejemplo, no permite realizar una donación (y, en consecuencia, y siguiendo este dogma, tampoco la propina) a quienes no pueden contratar. De igual modo, especialmente relevante se presenta el artículo 636, que establece que nadie "*podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento",* lo que exigiría un cálculo

[20] En este sentido, la sentencia reconoce que en *"nuestros usos sociales y salvo casos excepcionales, las propinas no tienen un destinatario individual en la persona que la recibe; es más, resulta habitual que el cliente no la entregue de manera individualizada a un concreto empleado del establecimiento, sino que la deja junto con el importe de la factura o, al devolverle los cambios, en la misma bandeja en que se entregan éstos, revelando así que la gratificación va destinada a un colectivo de personas, siendo de notorio conocimiento que en nuestros usos sociales las propinas las entregan los clientes, como regla general, por el conjunto del servicio recibido ¿la comida, la limpieza de la vajilla y del local, la atención de los camareros, etc- y no por la singular atención de la concreta persona que le ha atendido en mesa o barra (que con gran frecuencia no se contrae a un único camarero) ni por la recibida por el conjunto del personal de sala".*

[21] Artículo 618 CC: *"La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*".

diabólico para conocer, en caso de propinas repetidas en el tiempo a un mismo donatario, la cantidad recibida y su adecuación a estos umbrales.

Por su parte, el artículo 637[22], ampliamente consultado en esta materia, dispone el reparto de las propinas cuando se realizan a un colectivo, entendiendo que las mismas han de ser repartidas por partes iguales (a tener en cuenta, también, el artículo 630 que establece la obligación de aceptar la donación por parte del donatario o por persona que le represente).

Por último, nos encontramos con el artículo 644, que recoge la revocabilidad de la donación realizada, las propinas, en el caso de tener hijos después de realizada la donación.

De esta manera, sistematizada en atención al objeto de estudio, contempla el Código Civil la donación y, en este sentido, la propina, si finalmente aceptamos que la propina es una donación.

Vemos, en todo caso, que esta ficción jurídica tiene un encaje complicado dentro de la donación, por cuanto la misma está diseñada para otros negocios jurídicos.

3. REFLEXIONES FINALES

Tras lo visto en los apartados anteriores podemos convenir que quizá resulte positivo retomar el debate acerca de la naturaleza jurídica de las propinas.

Estas retribuciones que reciben ciertos colectivos de personas trabajadoras con ocasión de su desempeño profesional quizá no deban seguir ocupando el espacio que actualmente ocupan: ajeno al salarial, aunque dentro del laboral; o al menos no completamente.

Ello provoca, como hemos comprobado, desajustes tales como el hecho de que las cantidades tributen (por rendimientos de trabajo, no por donación), pero no coticen (si bien este desajuste se ha producido también en otras cantidades históricamente) siendo este último elemento directamente perjudicial para el colectivo trabajador, desde el momento en que un aumento de la base de cotización procuraría mejores prestaciones, incluida la de jubilación.

Con esto no se pretende garantizar una cantidad periódica a la que el empresario resulte obligado. Nada más lejos de la realidad. La pretensión de esta reflexión debe pasar, en todo caso, por considerar el incorporar esas cantidades a la nómina de la persona trabajadora. Además de ello, el hecho de que con el aumento del pago con medios telemáticos las cantidades sean recaudadas (controladas y gestionadas) y abonadas por la empresa supone una facilitación de la gestión que, por otro lado, supone un beneficio para el colectivo asalariado.

En este punto es preciso tener en cuenta que, siguiendo este modelo, estaríamos dejando en manos de un tercero (clientela) la cuantía de la base de cotización de las personas trabajadoras, lo que podría provocar ciertas anomalías e, incluso, fraudes. Otro aspecto en contra de otorgar la categoría de salarial de estas cantidades e incluirlas en la base de cotización, tendría que ver con el aumento de la base reguladora de cara al cálculo de las indemnizaciones por despido, que quedarían al margen de la voluntad retributiva de la empresa.

Por otro lado, tampoco parece gozar de sentido el hecho de que las retribuciones por propina estén consideradas como condiciones de trabajo, pero excluidas de la categorización de salario. Si

[22] Artículo 637 CC: *"Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa."*.

seguimos parte del argumentario esgrimido por nuestro Tribunal Supremo, podemos afirmar que las propinas como retribución forman parte de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, incluida, para mayor consideración, su modificación dentro de las sustanciales; así se desprende de la STS 17 de junio de 2021.

Sin embargo, estamos dejando esas cantidades en la esfera de la donación, aunque sin asegurar que se cumplen los requisitos establecidos para la misma según el Código Civil. Hemos comprobado cómo no tienen un encaje real en el instituto de la donación y, paralelamente, quizá sea el momento de afrontar el desafío y abordar su naturaleza desde el plano jurídico-laboral.

Otro aspecto de vital relevancia es asegurar que en el caso de otorgar naturaleza salarial a las propinas estas no vengan a desplazar el salario pactado en el convenio colectivo. Es decir, las propinas deberán tener siempre la condición de complemento salarial, sin que quepa su inclusión en el salario base (fijado convencionalmente). Lo que no puede negarse es que estas cantidades tendrían un impacto neutralizador en el incremento del SMI, a tenor de la última jurisprudencia, pues los complementos salariales computan a los efectos de la subida del mismo.

Mi valoración al respecto es que estas retribuciones tienen un alto perfil salarial, y pueden llegar a asemejarse a los complementos retributivos salariales vinculados a la cantidad y calidad del trabajo desempeñado (incentivos).

Por otro lado, me cuesta compartir la opinión de que las propinas deban encajar en el ámbito de la donación. En primer lugar, porque su encaje no es perfecto, como hemos podido advertir. En segundo lugar, porque nunca sabremos con certeza (salvo excepciones) qué parte es la donataria de tal negocio jurídico, la empresa o el colectivo de personas trabajadoras. En ocasiones se deja propina por el mero hecho de no cargar con las monedas devueltas. En otras, con ocasión de la experiencia en conjunto (decorado, ambiente del local, servicio prestado, calidad de la comida, etc.). Y en otras, en atención a la especial dedicación que le prestado una persona en concreto. Lo que sí considero más claro es que esas cantidades que regresan a las personas trabajadoras deben encuadrarse dentro de las retribuciones de carácter salarial como mejora, como complemento.

Por último, tampoco se puede prescindir del criterio de la Agencia Tributaria que entiende que nos encontramos ante un impuesto relacionado con rendimiento del trabajo y no con la donación. Con todo ello quizá resulte positivo repensar la naturaleza jurídica de estas retribuciones.

4. BIBLIOGRAFÍA

De Val Arnal, J. J.: "Sobre la propina y los casinos de juego. ¿Es un ingreso empresarial?: Una interpretación jurídica difícil de sostener". *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 21, 2012.

García Murcia, J.: "Naturaleza y régimen de establecimiento y modificación de las propinas", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2021.

Mercader Uguina, J.R., De la Puebla Pinilla, A., Gómez Abelleira, F.J.: *Lecciones de Derecho del trabajo*, 16 Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Sánchez Trigueros, C.: "Sobre las propinas en el sector de la hostelería", *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021.

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La competencia territorial de los Juzgados de lo Social en supuestos de teletrabajo: ¿prioridad aplicativa de la norma general o de la norma especial?

The territorial jurisdiction of the Labour Courts in cases of teleworking: priority of application of the general rule or of the special rule?

Arturo Montesdeoca Suárez *Profesor Ayudante Doctor*
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
https://orcid.org/0000-0002-1519-4923

Cita Sugerida: MONTESDEOCA SUÁREZ, A. «La competencia territorial de los Juzgados de lo Social en supuestos de teletrabajo: ¿prioridad aplicativa de la norma general o de la norma especial?». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 117-123.

Resumen

La competencia territorial de los Juzgados de lo Social en casos de teletrabajo no ha sido objeto de concreción específica en la LRJS a pesar de diversas oportunidades tras distintas reformas legislativas.
En este contexto, este comentario tiene como objetivo analizar la sentencia 1154/2023 de 15 de diciembre de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en relación con la determinación del fuero territorial en demandas presentadas por teletrabajadores. Este análisis se llevará a cabo junto con otros pronunciamientos judiciales que adoptan un criterio totalmente opuesto.
Por lo tanto, se realizará un estudio exhaustivo del fallo judicial de la STSJ de Madrid que se aparta de la línea mantenida hasta el momento por los precedentes de los que se dispone en la materia. En última instancia, se intentará señalar y especificar cuál es el fuero territorial de las personas teletrabajadoras en base a la interpretación del artículo 5 y 10 de la LRJS, así como la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021 de 9 de julio, sobre trabajo a distancia.

Palabras clave

Teletrabajo; competencia territorial; domicilio; centro de trabajo; Autoridad Laboral

Abstract

The territorial jurisdiction of the Social Courts in cases of telecommuting has not been specifically addressed in the LRJS despite various opportunities following different legislative reforms.
In this context, this commentary aims to analyze judgment 1154/2023 of December 15, 2023, from the Social Chamber of the TSJ of Madrid, regarding the determination of territorial jurisdiction in claims filed by telecommuters. This analysis will be carried out alongside other judicial pronouncements that adopt a completely opposite criterion.
Therefore, an exhaustive study will be carried out of the judicial ruling of the TSJ of Madrid, which deviates from the line maintained until now by precedents available on the matter. Finally, an attempt will be made to indicate and specify what the territorial jurisdiction of telecommuters based on the interpretation of Article 5 and 10 of the LRJS, as well as the Third Additional Provision of Law 10/2021 of July 9, on remote work.

Keywords

Remote work; territorial jurisdiction; home; workplace; Labor Authority

1. INTRODUCCIÓN

La competencia territorial puede ser definida como la "distribución de la competencia por razón del territorio entre órganos jurisdiccionales de la misma clase[1]". Precisamente, en el orden

[1] Sigüenza López, J.: "La existencia de fueros legales no determina por sí sola que las normas que regulan la competencia territorial en el orden social de la jurisdicción tengan carácter imperativo. Comentada en STSJ de

Fecha Recepción: 10/05/2024 - Fecha Revisión: 24/05/2024 - Fecha Aceptación: 02/06/2024
Págs. 117-123

social, esta competencia territorial viene regulada expresamente en el art. 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Entre las reglas que determinan esta competencia, la primera dispone que "con carácter general será juzgado competente el del lugar de la prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante".

En este sentido, el art. 10 LRJS instaura el criterio territorial por el cual se determina la competencia entre los juzgados del orden social, decir, qué juzgado es competente entre los del mismo rango con distintas circunscripciones existentes[2]. Además, el art. 10 introduce unas reglas generales y unas reglas especiales. La doctrina distingue estas reglas de la siguiente forma[3]:

— Las reglas generales se encuentran previstas en el art. 10.1 LRJ. De este modo, se atribuye la competencia territorial al Juzgado de lo Social circunscrito en el lugar de la prestación de servicios (*forum loci laboris*) o, del domicilio del demandado (*forum debitoris*).

— Las reglas especiales se encuentran reseñadas en el art. 10.2 LRJS.

No obstante, téngase en cuenta que con anterioridad a la reforma del año 2009, el art. 5 de la antigua Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, no preveía la apreciación de oficio de la falta de competencia territorial. De este modo, y aun cuando se pretendía arropar a la persona trabajadora, la indisponibilidad de los fueros territoriales, se admitía la sumisión tácita de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (TS)[4]; y que, sin embargo, tras la entrada en vigor de la LRJS se eliminó esta opción de sumisión tácita.

En adición a lo anterior, la STJS de la Comunidad Valenciana 1388/2023, de 10 de mayo, ha puntualizado que las reglas legales para determinar la competencia territorial son imperativas, ya que la jurisdicción es improrrogable y la competencia es de orden público, *ex* art. 9.6 LOPJ. Por lo que, queda al margen de la autonomía de la voluntad de los litigantes (art. 5 LRJS). Y por tanto, no es posible la sumisión expresa o tácita a un fuero distinto al previsto por la normativa para resolver la competencia[5].

La interpretación de este precepto -art. 10 LRJS- debe realizarse juntamente con el art. 5 LRJS puesto que se recoge la posibilidad de declarar de oficio por parte del Juzgado la incompetencia para conocer de la demanda por "razón de la materia, territorio o de la función"; dictando para ello un auto e indicando al demandante ante quién y cómo puede hacer efectivo su derecho.

En el supuesto que aquí se pretende analizar, es decir, la competencia territorial de los Juzgados de lo Social en supuestos de teletrabajo, la LRJS no configura ningún régimen especial y no por falta de oportunidades tras diferentes reformas legislativas. Así, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDL 28/2020), tan solo se incorporó en la Disposición Final segunda un procedimiento judicial especial, mediante la introducción de un nuevo artículo, el 138 bis LRJS, aplicable a las reclamaciones relacionadas con derecho de acceso,

Cataluña de 14 junio 2002", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002, p.1.

[2] VVAA.: *Manual de Derecho Procesal Laboral*, Monereo pérez, J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020, pp. 33y ss.

[3] VVAA.: *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Lousada arochena, J.F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 51y ss.

[4] *Vid*., al respecto en Sempere Navarro, A.V., Buendía Jiménez, J.A.: "Control de la competencia territorial por el Juez Social.Comentario a la STS de 16 de febrero de 2004", *Repertorio de Jurisprudencia núm. 22/2004, Editorial Aranzadi*, pp. 3 y ss.

[5] STSJ de la Comunidad Valenciana 1388/2023, de 10 de mayo.

reversión y modificación del trabajo a distancia[6]. Tampoco tras su convalidación y tramitación como proyecto de ley fructificando en la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia se añadió un fuero territorial distinto. Tan solo, y aquí radica la controversia, se añade la Disposición Adicional tercera que determina el domicilio de referencia a determinados efectos en el trabajo a distancia.

En suma, ni tan siquiera a través del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, el legislador tuvo la intención de introducir algún régimen especial para la presentación de la demanda por personas teletrabajadoras. Tan solo se ha incorporado la imposibilidad de acumular acciones, *ex* art. 26.8 LRJS, en cuestiones referidas al art. 138 LRJS así como la excepción del intento de conciliación previa en esta materia *ex* art. 64.1 LRJS[7].

A este respecto, el objetivo que se pretende abordar en este comentario es analizar el contenido de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 1154/2023 de 15 de diciembre, en relación con la determinación del fuero territorial en demandas presentadas por teletrabajadores. Un análisis que se realizará juntamente con otros pronunciamientos judiciales con un criterio totalmente contrario.

Por lo tanto, se realizará un estudio exhaustivo del fallo judicial de la STSJ de Madrid que se aparta de la línea mantenida hasta el momento por los precedentes de que se dispone en la materia. En definitiva, se señalará y concretará cuál es el fuero territorial de las personas teletrabajadoras en virtud de la interpretación del art. 5 y 10 de la LRJS y la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia (Ley 10/2021).

2. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE ANÁLISIS.

En cuanto a los hechos probados, la persona trabajadora prestaba servicios en modalidad de teletrabajo desde su domicilio de Madrid para una empresa que tiene su domicilio social en Las Palmas de Gran Canaria. Concretamente, en el contrato de trabajo se fija como domicilio del centro de trabajo "Cr El Fondillo 4 de Las Palmas de Gran Canaria".

El día 02/09/2022 se presentó demanda por despido ante el juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid. Posteriormente, el día 23/09/2022 se admitió a trámite por decreto la demanda; y, posteriormente, el día 16/01/2023 se presentó por la empresa demandada una ampliación de demanda.

La fecha señalada para los actos de conciliación y/o juicio, fue el día 01/02/2023, momento en el que se dictó acta de suspensión del procedimiento a fin de que las partes en el plazo de tres días pudieran presentar alegaciones sobre la falta de competencia territorial de dicho Juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid. A este respecto, la empresa demandada presentó el día 08/02/2023 escrito por el que justificó –por presentación del contrato de trabajo- la falta de competencia territorial.

Tras lo anterior, el Juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid dictó Auto (art. 5.1 LRJS) declarando "la falta de competencia territorial de este Juzgado de lo Social de Madrid para conocer de la presente demanda, reservando a la parte las acciones que pudieran corresponderle ante los Juzgados de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria".

[6] VVAA.: *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, López Balaguer, M. (Dir.), Valencia, Tirant, 2021, pp. 353y ss.
[7] VV.AA.: *La Reforma del proceso en el orden social derivada en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre*, Vila Tierno, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 18 y ss.

No obstante, este auto fue recurrido en suplicación por la parte actora (art. 5.4 LRJS), teniendo entrada en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 09/10/2023.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FALLO JUDICIAL

La parte actora presentó recurso de suplicación contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid en el que alegó tres motivos.

El primer motivo del recurso de suplicación pretende probar una infracción de normas o garantías del procedimiento que le ha generado indefensión. Sin embargo, la Sala de lo Social del TSJ rechaza este motivo del recurso por dos motivos. Por un lado, la parte no ha precisado qué precepto se ha incumplido y, por otro, tampoco ha indicado qué indefensión se le ha podido causar consecuentemente[8].

El segundo motivo del recurso de suplicación, en virtud del art. 193 b) LRJS, pretende una revisión de los hechos probados sin proponer siquiera ningún hecho distinto de los que se incorporan en la resolución objeto de recurso. En pocas palabras, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid señala que la parte recurrente se limita a "discrepar del momento en el que se dicta la resolución en la que se declara la incompetencia a la que tilda de poco meditada y con referencias a otros asuntos que al parecer ha llevado el Letrado en el órgano a quo y que ninguna relación tiene con el presente". Por tales razones, se desestima este motivo por contradecir la doctrina del TS al respecto[9].

Por último, el tercero y más relevante a efectos del análisis aquí propuesto, la parte recurrente -en virtud del art. 193 c) LRJS- denunció vulneración del art. 10.1 de la LRJS y la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021.

En cuanto a su estudio, el TJS de Madrid señala que no han sido objeto de discusión las siguientes apreciaciones:

— El domicilio social de la empresa: Las Palmas de Gran Canaria.

— La dirección incluida en el contrato como domicilio del centro de trabajo: Cr El Fondillo 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

— El desarrollo de la prestación laboral de la persona trabajadora en modalidad de teletrabajo desde su domicilio: Madrid[10].

La parte recurrente sostiene que, de conformidad con el art. 10.1 LRJS, el foro territorial de los Juzgados de lo Social a efectos de la presentación de la demanda viene determinado por:

[8] Sobre la falta de prosperidad de este motivo, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se remite a la doctrina del TC. Así, el TC ha distinguido entre el concepto e de indefensión con relevancia constitucional (art. 24.2 CE) de la indefensión de carácter meramente procesal. Esta doctrina se recoge en las STC 70/1984, 48/1986, 89/1986, 98/1987, 289/1993 y 140/1996.

[9] A tal respecto, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se apoya en la doctrina STS 153/2015 de 2 de marzo.

[10] No obstante, la Sala de lo Social TSJ de Madrid señala que en los documentos de autos no figura expresamente la dirección del domicilio de la persona trabajadora sino los de su abogado. Una cuestión que pudo haber sido solucionada en el trámite de audiencia acordado por el Juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid a fin de determinar la competencia o incompetencia territorial. Pese a ello, la empresa no objetó nada al respecto y admitió que el domicilio de la persona trabajadora es Madrid.

— Por un lado, "el lugar de prestación de los servicios o el domicilio del demandado, a elección del demandante".

— En caso de prestar servicios en varias circunscripciones territoriales, "el trabajador podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado.

— Y, por otro, cuando sean varios demandados y se eligiera el fuero del domicilio, la persona trabajadora podrá elegir entre cualquiera de los demandados.

En suma, la norma especial, es decir, la Ley 10/2021, concreta en su Disposición Adicional tercera, rubricada "Domicilio a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento de empleo aplicables" concreta un fuero específico en esta modalidad. A tal fin, se especifica por este precepto que "se considerará como domicilio de referencia a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, aquel que figure como tal en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo".

Sobre lo anterior, el TSJ de Madrid destaca el nivel de importancia del asunto al subrayar que se trata de una "cuestión de orden público" ya que puede y debe apreciarse de oficio. Por tales motivos, intenta despejar las dudas creadas acerca de la prioridad aplicativa de este precepto -la Disposición Adicional tercera- recogido en una norma especial -Ley 10/2021- en cuanto al foro territorial previsto en las previsiones generales de la LRSJ (art. 10).

En definitiva, el TJS de Madrid se muestra rotundo al señalar que la naturaleza jurídica de la denominada "Autoridad Laboral" no permite, dado su carácter eminentemente administrativo, desplazar o equipararse a los órganos jurisdiccionales[11]. Todo ello sin perjuicio de que la norma le atribuya una serie de competencias que pudieran versar con su aplicación pero, en ningún caso, referidas a la "interpretación de la norma".

Por tales motivos, el TSJ de Madrid concluyó que la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021 de 9 de julio no afecta ni desplaza el régimen general de atribución de la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del ámbito social. De tal modo que, acuerda revocar el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 45 de los de Madrid siendo un fuero válido el del domicilio del actor (sito en Madrid) y no cuestionado en el procedimiento examinado.

4. VALORACIÓN FINAL AL DEBATE PLANTEADO

El resultado del fallo dictado por el TSJ de Madrid es muy interesante por cuanto pudiera pensarse que no se habían suscitado debates procesales sobre el fuero territorial que marca la competencia de la jurisdicción social en cuanto al conocimiento de una demanda presentada por personas teletrabajadoras.

No obstante, esta afirmación no es del todo cierta por cuanto sí existen otros pronunciamientos previos sobre la misma materia -determinación de la competencia territorial- en los que se ha dado prioridad aplicativa a la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021.

[11] En cuanto a la legitimación de la Autoridad laboral y sus competencias *vid*., STC 48/1982, de 12 de julio. STS 46/2019, de 23 de enero.

Como prueba de ello, pueden señalarse los pronunciamientos siguientes: STSJ de Cataluña 611/2023 de 2 de febrero, STSJ de la Comunidad Valenciana 1388/2023 de 10 de mayo[12], STSJ de Castilla y León 299/2023 de 21 de abril, STJS de Madrid 748/2023 de 30 de noviembre. Estos pronunciamientos judiciales comparten muchos razonamientos comunes por los que se justifica la prioridad aplicativa del foro recogido en la norma especial, la Ley 10/2021.

La argumentación jurídica que respalda este criterio mayoritario, hasta el momento, se justifica en un "interés notorio" del legislador por esclarecer el lugar de la prestación de servicios en modalidad de teletrabajo. Así, el lugar desde la óptica legal será "el centro físico donde se realice parte de la jornada" o para la Autoridad Laboral "el lugar que conste en el contrato suscrito entre las partes o (…) en el lugar que se preste físicamente el servicio presencial". Por consiguiente, el criterio mayoritario concluye al respecto que "en aquellos supuestos en los que la relación de las partes sea de prestación de teletrabajo, y una parte del mismo se realice de forma presencial, el lugar donde se realice este último determinará la competencia territorial del órgano jurisdiccional competente; y en los casos en que la totalidad de la prestación sea de teletrabajo, habremos de acudir a lo previsto en el contrato suscrito entre las partes".

Desde mi punto de vista, esta valoración es cuanto menos criticable y, en consecuencia, parece más acertado y lógico el criterio seguido por la STJS de Madrid 1154/2023 de 15 de diciembre al descartar la posibilidad de instaurar una regla específica tomando como referencia un órgano administrativo ajeno al sistema jurisdiccional desarrollado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). En suma, por cuanto el acuerdo de teletrabajo es una declaración de conformidad y de acuerdo común entre las partes, en el que figura como contenido mínimo obligatorio tanto el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia, *ex* art. 7 f), como el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial, *ex* art. 7 e) de la Ley 10/2021. Por lo que, a partir de estos dos datos mínimos e indispensables del acuerdo sobre trabajo a distancia, quedará determinado en el contrato la competencia territorial de los Juzgados de lo Social de conformidad a las reglas del art. 10 LRJS y 9.1 y 6 LOPJ.

En conclusión, se está de acuerdo con que estamos ante un supuesto no solo especial, sino de creciente interés vista la implantación expansiva del teletrabajo, por lo que los interrogantes interpretativos están justificados como en cualquier otra cuestión novedosa que se suscite. Todo parece augurar a que el Tribunal Supremo se pronunciará pronto para atajar esta controversia y clarificar el criterio sobre el foro o competencia territorial respecto a las reglas de presentación de la demanda presentada por personas teletrabajadoras.

En definitiva, el resultado del esperado recurso de unificación de doctrina es incierto y podría moverse desde el respaldo y consolidación de una regla especial para esta modalidad contractual a partir de la Disposición Adicional tercera de la Ley 10/2021 frente a la regla general prevista en la LRJS hasta, por el contrario, la confirmación de la regla común por los motivos expuestos en la sentencia aquí analizada, existiendo argumentos que avalan ambas posibilidades. Por lo pronto, solo el tiempo dirá qué nos depara esta situación procesal.

[12] La particularidad de este supuesto es que el demandante, de nacionalidad británica, prestaba servicios en modalidad de teletrabajo en el Reino Unido. Sin embargo, la persona Teletrabajadora se desplazó a España por vacaciones y por motivo de la pandemia no pudo regresar a Reino Unido. A partir de este momento, la persona trabajadora vive y presta servicios en modalidad de teletrabajo en su domicilio de Castellón, aunque el contrato se suscribió en Reino Unido, lugar en el que también se encuentra domiciliada su empresa. Se discute si el traslado a conveniencia de la persona trabajadora es relevante a efectos de esclarecer el foro de la competencia territorial de la jurisdicción española.

5. BIBLIOGRAFÍA

Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, Madrid, La Ley, 2012.

Sempere Navarro, A.V., Buendía Jiménez, J.A.: "Control de la competencia territorial por el Juez Social.Comentario a la STS de 16 de febrero de 2004", *Repertorio de Jurisprudencia núm. 22/2004, Editorial Aranzadi*, pp. 3 y ss.

Sigüenza López, J.: "La existencia de fueros legales no determina por sí sola que las normas que regulan la competencia territorial en el orden social de la jurisdicción tengan carácter imperativo. Comentada en STSJ de Cataluña de 14 junio 2002", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2002, p.1.

Tascón López, R.: *La renovación de la justicia social: el éxito del proceso social, su envejecimiento prematuro y la nueva ley de la jurisdicción social*, Navarra, Aranzadi, 2012.

VVAA.: *Manual de Derecho Procesal Laboral*, moreneo pérez, J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020, pp. 33y ss.

VVAA.: *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, López Balaguer, M. (Dir.), Valencia, Tirant, 2021, pp. 353y ss.

VV.AA.: *La Reforma del proceso en el orden social derivada en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre*, Vila Tierno, F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 18 y ss.

VVAA.: *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Lousada arochena, J.F. (Dir.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 51y ss.

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Solidaridad impropia y su controvertida admisión por la jurisprudencia social[1]

Improper joint liability and its controversial admission by social jurisprudence

José María Ruz López
Personal investigador en formación FPU
Universidad de Córdoba
https://orcid.org/0000-0003-0769-3404

Cita Sugerida: RUZ LÓPEZ, J.M.. «Solidaridad impropia y su controvertida admisión por la jurisprudencia social». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 125-148.

Resumen

Las diferentes Salas del Tribunal Supremo, como las diferentes ramas del Derecho, no son compartimentos estancos, sino que se interrelacionan e influyen mutuamente. Entre las muchas interacciones habidas y por haber, el presente trabajo aborda la traslación de la doctrina civil de la solidaridad impropia, incluyendo sus últimas evoluciones, al ámbito jurídico-laboral. Con este propósito, se han sistematizado y analizado las principales resoluciones de la Sala cuarta que, en los últimos años, se han hecho eco de la teoría de la solidaridad impropia; planteando un diálogo entre mismas. Para completar el análisis, se han introducido en el estudio ciertos pronunciamientos, tanto de la Sala primera como cuarta, que abordan -desde una perspectiva más amplia, más allá de la solidaridad impropia- la relación entre la responsabilidad jurídico-laboral y la normativa común de obligaciones y contratos.

Palabras clave

Responsabilidad; solidaridad; solidaridad impropia; subcontratación; jurisprudencia

Abstract

The different Chambers of the Supreme Court, like the various branches of law, are not isolated individual compartments, but rather, they interrelate and mutually influence. Among the many interactions that have taken place, this paper deals with the application of the civil doctrine of improper joint liability, including its latest developments, to the field of labour law. For this purpose, we have systematised and analysed the main decisions of the Fourth Chamber about improper joint liability; fostering a dialogue among them. To complete the analysis, certain rulings have been introduced into the study, both from the First and Fourth Chambers, which address - from a broader perspective, beyond improper joint liability in the strict sense - the relationship between labour liability and the common rules of obligations and contracts.

Keywords

Liability; joint liability; improper joint liability; outsourcing; case law

1. ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN

La pluralidad de sujetos, y más concretamente, la distribución de responsabilidades entre los mismos, sea cual fuere su naturaleza, constituye un aspecto que ha requerido la atención de los juristas desde la experiencia jurídica romana[2]. Tal preocupación se manifiesta en las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Desde la esfera pública, el Derecho penal impone responsabilidades jurídicas, además de a los autores del delito, a determinados sujetos que sin ser autores participan en el mismo;

[1] Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 DER "Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral", financiado/a por MCIN 10.13039/501100011033 y "FEDER Una manera de hacer Europa".

[2] El Derecho romano ya preveía obligaciones con pluralidad de sujetos. Vid. Fernández de Buján, A. *Derecho privado romano,* Iustel, Madrid, 2011, pp. 567 y ss.

Fecha Recepción: 03/05/2024 - Fecha Revisión: 24/05/2024 - Fecha Aceptación: 03/06/2024
Págs. 125-148

admitiéndose así la concurrencia de diversos sujetos activos, con diversos grados de responsabilidad[3]. El Derecho administrativo, en su vertiente sancionadora, analiza con cautela la presencia de pluralidad de sujetos infractores[4]. A su vez, el Derecho tributario reconoce la existencia la pluralidad de responsables, solidarios o subsidiarios, junto a los deudores principales[5]. En el ámbito privado, el Derecho civil configura las bases del régimen obligacional entre particulares. La teoría general de la obligación reconoce la potencial pluralidad sujetos en ambos polos, diseñando al respecto reglas para distribuir la responsabilidad entre los mismos[6]. En el Derecho mercantil, por su parte, la distribución de responsabilidad entre pluralidad de sujetos adquiere suma importancia. La concurrencia de sujetos se encuentra en el origen, por ejemplo, del Derecho de sociedades o del Derecho concursal; ámbitos en los que la norma jurídica proporciona concretas reglas de distribución de la responsabilidad.

A caballo entre ambos escenarios se encuentra el Derecho del Trabajo; disciplina en la que la pluralidad -o colectividad- de sujetos adquiere un papel esencial. Efectivamente, la razón de ser del Derecho colectivo radica en la conjunción de intereses de trabajadores en aras de reequilibrar la asimetría de poder respecto al empleador, quien a su vez puede unirse colectivamente. El Derecho individual, a pesar de su denominación, también tiene en cuenta la pluralidad de sujetos. Respecto a la esfera del trabajador, ciertas tutelas jurídico-laborales se ven notablemente influenciadas ante la concurrencia de pluralidad de trabajadores. El despido colectivo posiblemente podría representar el ejemplo más evidente al respecto[7]. De otro lado, la norma laboral también reconoce la agrupación de trabajadores a través de las modalidades contractuales del art. 11 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET. Desde la perspectiva de los empresarios, el legislador laboral ha reconocido la influencia jurídico-laboral de la concurrencia sincrónica, diacrónica o fraudulenta de varios empresarios, respectivamente, los arts. 42, 44 y 43 ET. Este corpus normativo, deficientemente denominado por el estatuto como "garantías por cambio de empresario", comparte un elemento básico en la materia: la atribución de responsabilidad con carácter solidario a los diversos empresarios que intervienen en la operación.

La presencia de la solidaridad en esta serie de instituciones permite demostrar lo que desde la doctrina se ha denominado la transversalidad jurídica del Derecho del Trabajo[8]. Atendiendo a la parcela de la realidad social que comporta su objeto, las relaciones laborales, "el Derecho del Trabajo comporta una intervención transversal del conjunto del ordenamiento jurídico"[9]. Ello permite explicar la presencia de multiplicidad de instituciones de otras disciplinas jurídicas. La atribución de responsabilidad solidaria de los art. 42, 43 y 44 ET representa un ejemplo evidente de la hipótesis anterior. Ante la presencia de diversos empresarios, que no empleadores, la norma estatutaria acude

[3] Como obra de referencia en la materia, entre otras, López Barja de Quiroga, J. *Autoría y participación,* Akal, Madrid, 1996.

[4] A modo de muestra, véase la reciente aportación, Rebollo Puig, M. *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023. A su vez, conviene destacar un exhaustivo trabajo que, desde una perspectiva ius-publicista, aborda un aspecto que tradicionalmente viene atrayendo la atención del Derecho del Trabajo: Rodríguez Cembellín, D. *Potestad sancionadora y grupos de empresas,* Iustel, 2024.

[5] Vid. Art. 41 y ss. LGT. Recientemente, Romero Plaza, C. Serrantes Peña, F. *Responsables y responsabilidad tributaria,* CISS, Valencia, 2024.

[6] Cualquier tratado de Derecho civil aborda la concurrencia de sujetos. A modo de muestra, Diéz-Picazo, L. Gullón, a. *Sistema de Derecho civil, Volumen II, (Tomo 1) El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016.

[7] Un estudio clásico al respecto, Navarro Nieto, F. *Los despidos colectivos,* Civitas, Madrid, 1996. Con carácter reciente, véase Muros Polo, A. *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente,* Laborum, Murcia, 2024; Ortega Lozano, P. *El despido colectivo,* Aranzadi, Navarra, 2024.

[8] Cruz Villalón, J. "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 137, p. 85.

[9] Ídem, pp. 85-86.

a una institución civil como es la solidaridad de las obligaciones. Sin embargo, la aplicación de una figura civil a la esfera laboral podría producir ciertas tensiones. A modo de ejemplo, la doctrina iuslaboralista se suele resistir a calificar la responsabilidad del art. 42 ET como solidaridad pura, llegando a denominarla como "fianza *sui generi"*[10].

La apreciación flexible de las reglas de solidaridad no es un aspecto singular del Derecho del Trabajo. En el seno del propio Derecho civil se distingue entre solidaridad propia e impropia. Sin pretensión de profundizar en la cuestión, el régimen civil español parte de una presunción de mancomunidad. El art. 1137 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en adelante Código Civil o CC, establece de manera expresa que no es posible presumir la solidaridad, siendo necesaria su determinación expresa[11]. Desde mediados del siglo pasado, la doctrina civil comenzó a valorar críticamente el carácter absoluto de tal presunción[12]. Siguiendo esta tendencia, la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de reconocer la solidaridad en ciertos escenarios, a pesar del silencio legal y contractual[13]. En consecuencia, la Sala primera distingue entre, por un lado, solidaridad propia, expresamente reconocida por la ley o por el contrato y, por otro lado, solidaridad impropia, o *in solidum,* derivada de la sentencia condenatoria ante un supuesto en el que varios sujetos intervienen en un ilícito, siendo imposible individualizar las concretas responsabilidades. Asimismo, la jurisprudencia civil ha concluido que, en el supuesto de solidaridad impropia, el art. 1974 CC no es de aplicación, por lo que la interrupción de la prescripción no beneficia al resto de responsables solidarios "impropios". Aunque resulta indiscutible la admisión y consolidación judicial de la tesis recién descrita, la misma no queda exenta de críticas[14].

En los últimos años, la Sala cuarta parece asumir la doctrina de la solidaridad impropia. Sin embargo, dicha admisión no escapa de controversias. A través del presente trabajo se pretende ofrecer una aproximación al tratamiento judicial de la solidaridad impropia en el ámbito laboral. Como estudio de doctrina judicial, se pretende identificar, sistematizar y examinar las principales resoluciones de la Sala cuarta sobre solidaridad impropia en los últimos años (apartado 2). Asimismo, el estudio se completa con una serie de recientes resoluciones, tanto de la Sala primera como cuarta, sobre la responsabilidad jurídico-laboral ante pluralidad de empresarios (ap. 3). Todo lo anterior permitirá, finalmente, ofrecer ciertas reflexiones sobre el tratamiento judicial de la solidaridad impropia y, en general, sobre la aplicación del Derecho común sobre obligaciones y contratos en el ámbito laboral (ap. 4).

---

[10] Sobre el antecedente inmediato al art. 42 ET, el RD 3677/1972, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social,* núm. 93, 1972. Sobre la norma estatutaria, siguiendo la senda anterior, García Murcia, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores", *Revista de política social,* núm. 130, 1981, p. 44; Martín Valverde, A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios" en Borrajo Dacruz, F. (dir.) *El Estatuto de los trabajadores. Tomo VIII: Artículos 39 a 44,* Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1988, p. 259; Cruz Villalón, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992, p. 137.

[11] Esta opción no es compartida por todos los países de nuestro entorno continental. Mientras que en Francia sí se establece expresamente la mancomunidad como norma general, art. 1202 *Code civil*, por su parte, en Italia se presume la solidaridad, art. 2055 *Codice civile*.

[12] Hernández Gil, A. "El principio de la no presunción de solidaridad (Tendencia hacia su crisis y su limitación", *Revista de Derecho privado*, nº359, 1947, pp. 81 y ss.; Jordano Barea, J. "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho civil,* vol. 45, núm. 3, 1992, pp. 847-874.

[13] Una extensa revisión al respecto en Esteve Pardo, M.A. *Solidaridad impropia de deudores,* Marcial Pons, Madrid, 2014.

[14] Para una visión crítica, véase Yzquierdo Tolsada, M. "Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación *in solidum", Diario La Ley,* núm. 9458, 2019.

2. SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL SOBRE SOLIDARIDAD IMPROPIA

No son demasiados los pronunciamientos de la Sala cuarta sobre la figura de la solidaridad impropia. Sin embargo, en los últimos años se han sucedido una serie de resoluciones al respecto, lo que justificaría, entre otros elementos, el interés del presente estudio de doctrina judicial. Una de las resoluciones más recientes, salvo error por nuestra parte, sería la STS 19-4-2023 (rec. 414/2020)[15] —subap. 2.3—. Sin embargo, en aras de obtener una imagen completa de la cuestión, es necesario acudir a resoluciones anteriores, concretamente la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) —subap. 2.1— y STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) —subap. 2.2—. Si bien estas últimas sentencias, especialmente la dictada en 2017, podrían considerarse desfasadas, la comprensión del debate actual requiere una análisis sistémico y sistemático de las principales resoluciones de los últimos años para, finalmente, llegar a poder realizar un análisis conjunto de las mismas (subap. 2.4).

2.1. Solidaridad impropia en el art. 42 ET

Una de las sentencias más relevantes de los últimos años en materia de responsabilidad solidaria del art. 42 ET es la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015). A pesar de que dicha resolución ha sido dictada hace varios años, con posterioridad la Sala cuarta ha vuelto a pronunciarse en diversas ocasiones sobre aspectos conexos, lo que en definitiva confirma su actualidad.

Desde una perspectiva general, si bien la resolución en cuestión parece centrarse en un elemento meramente procesal, la interrupción de la prescripción de las acciones, tal cuestión se encuentra vinculada a un aspecto eminentemente sustantivo, la naturaleza de la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 42 ET. A efectos de proceder a realizar un examen sistemático de la sentencia, en primer lugar, se exponen sus antecedentes fácticos y procesales, después se analiza su fundamentación jurídica y, finalmente, su voto particular.

2.1.1. Antecedentes fácticos y procesales

El supuesto de hecho sobre el que descansa el litigio no plantea mayor complejidad. En resumidas cuentas, un trabajador presta sus servicios para Incita, S.L. desde el 2 de marzo de 2011 hasta 8 de mayo de 2013, como consecuencia de una baja voluntaria. En este momento, el empleador adeuda un total de 89.2227,26 euros en conceptos varios; todos ellos -añadimos nosotros- aparentemente subsumibles en el concepto de salario del art. 26 ET[16]. Como consecuencia, el 12 de junio de ese mismo año se interpone papeleta de conciliación reclamando la cantidad adeudada a Incita, S.L.

Adicionalmente, de los hechos probados transcritos en la sentencia se deduce que la relación laboral en cuestión daba respuesta una contrata interempresarial, concretamente un contrato para la externalización de la explotación y gestión de sistemas informáticos, celebrada entre la empleadora, sujeto contratista y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, sujeto comitente, que se extiende desde abril de 2011 hasta marzo de 2013. Tras un proceso de absorción bancaria, que no produce aspectos controvertidos en el litigio, la Caja de ahorros mencionada se integra en Banca Cívica, S.A.

[15] Durante el presente trabajo, las alusiones a las resoluciones de la Sala de lo social del TS se referirán genéricamente como STS. Las resoluciones dictadas por las Salas primera y tercera se especificarán como STS-civil y STS-CA, respectivamente.

[16] La doctrina viene entendiendo que la expresión "obligaciones de naturaleza salarial" del art. 42 ET debe ser interpretado en línea con el concepto de salario del art. 26 ET. Un análisis reciente al respecto, Nores Torres, E. "El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET", *Lex social: revista de Derechos sociales,* núm. 10, 2020.

posteriormente absorbida por CaixaBank, S.A. En definitiva, se establece así un supuesto típico de relación triangular entre CaixaBank, S.A., sujeto comitente en el momento de la extinción labora, Incita, S.L. como contratista y el trabajador. No se discute ni que el trabajador prestase servicios en el marco de dicha contrata ni que concurriese el requisito de propia actividad; elementos configuradores para la aplicación del art. 42 ET.

A nivel procesal, con fecha 14 de abril de 2014, el trabajador amplió la demanda de reclamación de cantidad contra CaixaBank, S.A. Si bien la papeleta de conciliación se interpone en apenas un mes de la extinción contractual, la ampliación a la demanda se produce prácticamente un año después. En este punto conviene remarcar que entre la fecha de la baja voluntaria y la fecha de la ampliación de la demanda no trascurre un año natural. Sin embargo, aunque la relación laboral se extingue en mayo de 2013, la contrata finaliza unos meses antes, concretamente en el mes de marzo. De ese modo, sí se produce más de un año natural entre la finalización de la contrata y la ampliación de la demanda.

El juzgado de lo social correspondiente estima íntegramente la reclamación de cantidad contra la contratista, condenando al pago de la cantidad adeudada más el 10% de interés de demora. Este es un aspecto que tanto en suplicación como en casación no resulta controvertido. Por su parte, el nudo gordiano del litigio reside en la eventual prescripción de la acción dirigida contra el empresario comitente. En esta dirección, el juzgador de primera instancia desestima la reclamación de cantidad contra el comitente al considerar que la acción se encontraba prescrita como consecuencia del trascurso de un año entre la finalización de la contrata y la actuación procesal correspondiente. Como consecuencia, el trabajador interpone un recurso de suplicación, desestimado en la STSJ Navarra de 22-5-2015 (rec. 209/2015). Contra tal resolución se interpone recurso de casación que origina la resolución objeto de estudio.

2.1.2. Fundamentación jurídica

Sobre la base de lo anterior, la controversia jurídica reside en dilucidar si la acción dirigida contra el empresario contratista es susceptible de interrumpir la prescripción en relación con la parte comitente. En función de lo anterior, la acción contra el empresario comitente habría prescrito o no en el momento de la aplicación de la demanda.

Con anterioridad al estudio de la fundamentación de la sentencia, conviene detenerse en lo que, a nuestro parecer, constituye el núcleo del debate. El art. 1.974 CC contiene un relevante mandato según el cual, en el marco de obligaciones solidarias, la interrupción de la prescripción beneficia o perjudica a todos los deudores o acreedores. De ese modo, la aplicación de dicho precepto en el concreto litigio permite sostener que efectivamente la actuación procesal del trabajador dirigida al contratista supone asimismo la interrupción de la prescripción en relación con el comitente, responsable solidario según el art. 42 ET.

Mediante la presente sentencia, la Sala cuarta sostiene que el art. 1.974 CC no es aplicable en el marco de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET lo que supone, en otras palabras, que la interrupción de la prescripción respecto a la parte contratista no es predicable respecto a la parte contratante. Para fundamentar esta posición, el TS despliega una considerable batería de argumentos. Tras su estudio, es posible identificar dos pilares sobre los que se sostiene la posición del Tribunal. De un lado, se afirma que el conjunto del Derecho común de obligaciones y contratos no es aplicable a la responsabilidad solidaria derivada del art. 42 ET. De otro lado, mediante la doctrina de la solidaridad impropia, se justifica la inaplicación del art. 1.974 CC.

2.1.2.1. *Inaplicación del cuerpo normativo de las obligaciones solidarias*

Respecto a la primera idea, la Sala cuarta asevera que la responsabilidad derivada del art. 42 ET no está sometida "al cuerpo normativo que regula las obligaciones solidarias". En aras de justificar esta importante afirmación, el TS plantea diversos argumentos. El primero de ellos se vincula al carácter legal de la responsabilidad del art. 42 ET, en contraposición con el origen contractual de la deuda salarial. La propia sentencia reconoce que la responsabilidad del empleador "nace del contrato de trabajo y de las normas que regulan el pago de sus retribuciones".

De ese modo, siguiendo la argumentación de la sentencia, el tratamiento diferenciado parece justificarse en la distinta finalidad de cada precepto. A juicio del Tribunal, el art. 42.2 ET tiene como finalidad "obligar a quien contrata a otro para que haga algo por él, algo que podría hacer, a controlar que el contratista, quien le auxilia en la ejecución de la obra, cumple con las obligaciones que le imponen los contratos laborales que celebre". Como se reconoce expresamente en la sentencia, dicha responsabilidad está vinculada a la "falta de diligencia en vigilar". A través de la presente argumentación, la Sala cuarta identifica expresamente la *culpa in vigilando* como fundamento de la imputación de responsabilidad en materia de contratas y subcontratas[17]. Tradicionalmente, el art. 42 ET se vincula desde una perspectiva teleológica al principio beneficio-responsabilidad, en palabras de la misma Sala cuarta: "quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que pueda derivar del mismo"[18]. A nuestro parecer, la identificación de la finalidad de cualquier norma por parte del TS constituye un importante elemento exegético, que merece ser valorado de forma positiva. En todo caso, como mero apunte, podría considerarse excesivo concluir que la fundamentación del art. 42 ET reside en la culpa *invigilando* cuando las herramientas jurídicas dedicas a tal fin, el deber de comprobación y eventual exoneración del apartado 1 del art. 42 ET, contienen numerosos aspectos necesitados de reforma y desarrollo reglamentario[19].

Durante el análisis teleológico del precepto en cuestión, nuestro Alto Tribunal plantea una afirmación que podría ser fuente de confusión. En palabras del TS, mediante el art. 42 ET se impone "responsabilidad subsidiaria, aunque solidaria". Sin pretensión de exhaustividad, subsidiariedad y solidaridad deben ser entendidos como conceptos diferenciados y, hasta cierto punto, contrapuestos, al menos en el ámbito que nos ocupa. La solidaridad representa la potestad de dirigirse indistintamente a cualquiera de los acreedores o deudores, *ius electionis* e *ius variandi* según la doctrina civilista. Por su parte, en los supuestos de subsidiariedad no existe fungibilidad entre los deudores, siendo necesario la frustración del cobro para acudir al siguiente responsable subsidiario[20]. En nuestra disciplina, y más concretamente en el ámbito de la descentralización productiva, la subsidiariedad se emplea como concepto autónomo y contrapuesto a la solidaridad. Esta parece ser la lógica que sigue la atribución de

[17] Esta reflexión había sido previamente apuntada por la doctrina. Vid. Llano Sánchez, M. *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas,* La ley, Madrid, 1999, p. 222.

[18] STS 9-7-2002 (rec. 2175/2001). Posición que también ha sido sostenida desde la doctrina. Por todos, García Murcia, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores… op. cit.

[19] Sobre esta herramienta, Pérez de los Cobos y Orihuel, F. "Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas" en Pérez de los Cobos y Orihuel, F. (dir.) *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 97-114. También sobre la misma, Ruz López, J.M. "El deber de comprobación y eventual exoneración en materia de contratas y subcontratas", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 167, 2023, pp. 269-288.

[20] Cabría preguntarse, aunque escapa de los márgenes del presente trabajo, si es necesario que se declare la insolvencia del primer deudor y si, en todo caso, tal insolvencia debe ser total o parcial. En el ámbito tributario, se ha ahondado acerca de tal cuestión. Vid. STS-CA 22-12-2022 (rec. 1268/2021). En sede doctrinal, Romero Plaza, C. "Requisitos de la declaración de fallido del deudor principal a la hora de exigir la responsabilidad subsidiaria", *Carta tributaria,* núm. 96, 2023.

responsabilidad subsidiaria en materia de Seguridad Social impuesta por los arts. 142 y 168 LGSS[21]. Misma conclusión podría predicarse respecto a la responsabilidad subsidiaria en el marco de las ETT planteada por el art. 16.3 Ley 14/1994.

Seguidamente, el Tribunal explicita que la "responsabilidad es subsidiaria porque requiere el previo incumplimiento de quien contrató, pero solidaria con él cuando consta el impago". A nuestro juicio, el previo incumplimiento que plantea el Tribunal no deja de ser el incumplimiento de una obligación, en este caso laboral, que otorga al sujeto pasivo la potestad de exigir su cumplimiento. Más que un presupuesto de subsidiariedad, el incumplimiento de una obligación no deja de ser el requisito de cualquier acción procesal[22]. A pesar de tal cuestión teórica, el Tribunal alcanza una conclusión que compartimos: no es necesario que el trabajador se dirija primero al contratista y posteriormente al comitente, sino que bastaría con el incumplimiento de la obligación en cuestión. Este aspecto ha desencadenado una intensa conflictividad en sede doctrinal. Aunque una parte importante de la doctrina sostuvo que era necesario dirigirse previamente al contratista[23], parece imponerse la tesis contraria[24].

Con el propósito de justificar su tesis, esto es, la inaplicación del cuerpo normativo civil en materia de subcontratación, el Tribunal introduce un interesante, pero escasamente desarrollado argumento. A su juicio, los arts. 1137 CC "regulan obligaciones solidarias, pero no la responsabilidad solidaria que nacen por otro hecho o por mandato legal". En línea con el Tribunal, en esta materia resulta especialmente pertinente tener en cuenta que las obligaciones, desde el Derecho romano, están compuestas de dos elementos: la deuda, deber de realizar una prestación concreta y la responsabilidad, perjuicio jurídico que se origina con el incumplimiento[25]. Aunque como norma general ambos elementos se suelen presentar conjuntamente, nuestro ordenamiento contiene excepciones que escapan de tal esquema. Ese es el supuesto de la responsabilidad por deuda ajena, donde se podría encajar la imputación de responsabilidad del art. 42.2 ET. Sin pretensión de exhaustividad, a nuestro parecer, la distinción entre deuda y responsabilidad no implica la exclusión automática de la normativa civil sobre obligaciones solidarias. Habiendo analizado en este subapartado el argumento esgrimido por el tribunal sobre la inaplicación del cuerpo normativo de las obligaciones solidarias, en el siguiente se examina el de la inaplicación del art. 1.974 CC.

2.1.2.2. *Inaplicación del art. 1974 CC*

Hasta el momento, la sentencia en liza plantea argumentos, más o menos conexos, dirigidos a justificar la inaplicación del Derecho común en referencia a la responsabilidad solidaria del art. 42 ET. A partir de este punto, la fundamentación jurídica se centra en la concreta inaplicación del art. 1974 CC. A juicio del Tribunal, las responsabilidades de comitente y contratista son responsabilidades distintas, reguladas por normas distintas, lo que justificaría la inaplicación del art. 1974 CC. A nivel práctico, ello implica que la interrupción de la prescripción no beneficia al resto de responsables

[21] Uno de los primeros análisis que abordan con profundidad las obligaciones referidas a la Seguridad Social en materia de subcontratación, Monereo Pérez, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social", *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 2, 1992.

[22] Si se atiende a una relación bipolar clásica, también es necesario que el empresario incumpla, por ejemplo, su obligación de pago de salario para que cualquier trabajador solicite la reclamación de cantidad.

[23] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. "La regulación protectora… op. cit.

[24] Una de las primeras y contundentes defensas al respecto, Godino Reyes, M. Sagardoy de Simón, I. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal,* CISS, Valencia, 1998, p. 48. Para dichos autores, la reclamación previa al contratista "no parece que tenga amparo en la norma legal".

[25] Al respecto, Rodríguez Ennes, L. "La obligatio y sus fuentes", *Revista internacional de Derecho romano,* núm. 2, 2009, pp. 92 y ss.

solidarios[26]. A nuestro parecer, el hecho de que las responsabilidades se establezcan en normas distintas, e incluso que puedan ser consideradas de naturaleza distinta, no es razón suficiente para inaplicar un precepto del Código civil. Máxime si se pone en relación con el propio art. 1140 CC, según el cual la solidaridad puede existir, aunque los sujetos "no estén ligados del propio modo".

Para justificar este último extremo, la Sala cuarta acude a la teoría de la solidaridad impropia. Como se ha planteado previamente, jurisprudencialmente viene admitido la distinción entre solidaridad propia, derivada de la ley o del contrato, y solidaridad impropia, cuyo origen reside en la sentencia de condena. Por evidente, conviene recordar que la imputación de responsabilidad del art. 42 ET viene impuesta por la Ley, por lo que, a priori, no podría ser calificada como solidaridad impropia.

Uno años antes de la sentencia objeto de comentario se produce una llamativa innovación en la Sala primera respecto a la solidaridad impropia que, como pretende la Sala cuarta mediante la sentencia objeto de análisis, sí podría afectar a la naturaleza de la responsabilidad del art. 42 ET. Sin ánimo de mayor detenimiento, la Sala de lo civil determina la inaplicación del art. 1974 CC en un concreto caso de responsabilidad solidaria impuesta por la Ley, en este caso, la Ley de edificación. A grandes rasgos, aunque la propia norma establece la naturaleza solidaria del vínculo, el TS considera que la interrupción de la prescripción no es oponible a la totalidad de responsables solidarios[27].

Frente este paradigma judicial, la Sentencia objeto de comentario pretende trasladar -y traslada- las conclusiones de la Sala primera a la esfera del art. 42 ET[28]. Sobre la base de lo anterior, la Sala cuarta admite que la responsabilidad impropia puede derivarse, además de la sentencia de condena, de negocios jurídicos o de preceptos legales. Esta singular lectura de la doctrina en cuestión podría ser denominada como "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia. En línea con lo anterior, la responsabilidad derivada del art. 42 ET, a juicio de la Sala cuarta, debe ser calificada como impropia, lo que ocasiona la inaplicación del art. 1974 CC.

Sería ingenuo, e incluso imprudente, posicionarse respecto a este complejo debate civil. Simplemente cabría mencionar que entre la propia doctrina civilista es posible localizar defensores y detractores al respecto[29]. En cualquier caso, sí convendría introducir algunas aclaraciones en torno a la posible traslación de tal doctrina a nuestra disciplina.

En primer lugar, la citada jurisprudencia de la Sala primera parte de un concreto supuesto de hecho vinculado al sector de la construcción. Tales resoluciones pivotan en torno a una norma sectorial, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Cabría preguntarse, consecuentemente, si una conclusión extraída del articulado de una norma sectorial es predicable respecto al conjunto del Derecho civil, e incluso respecto a otra disciplina jurídica, como el Derecho del Trabajo. En resumidas cuentas, el hecho de que una norma sectorial positivice una determinada

[26] "[N]os encontramos ante dos responsabilidades distintas, establecidas y reguladas por diferentes normas razón por la que, como el plazo prescriptivo tiene un cómputo diferente en cada caso, debe estimarse que dicha diferente regulación impide estimar que, ex art. 1974 CC, la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro".

[27] SSTS-civil 16-1-2015 (rec. 1111/2012), SSTS-civil 20-5-2015 (rec. 111/2012) (rec. 2167/2012), STS-civil 17-9-2015 (rec. 345/2013), STS-civil 27-6-2017 (rec. 1044/2015) y STS-civil 3-7-2018 (rec. 3838/2015).

[28] Cfr. García-Perrote Escartín, I. Mercader Uguina, J. "¿La acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empresa empleadora interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal ex art. 42 ET?: las salas de lo social y de lo civil del Tribunal Supremo caminan juntas", *Revista de información laboral,* núm. 1, 2018.

[29] A modo de muestra, a favor, Álvarez Olalla, P. "El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del art. 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2015. En contra, Yzquierdo Tolsada, M. "Por una revisión integral del régimen…. op. cit.

solidaridad impropia no parece implicar que todas las responsabilidades solidarias de carácter legal puedan ser consideradas asimismo como impropias.

En segundo lugar, no toda responsabilidad impuesta por la regulación sobre edificación es susceptible de suponer la inaplicación del art. 1974 CC, sino exclusivamente algunos de los esquemas obligacionales planteados por la norma. A modo de muestra, la Sala primera reconoce que cuando se establece una obligación solidaria inicial, sí se interrumpe la prescripción respecto al resto de obligados solidarios[30].

En tercer lugar, una lectura atenta de esta última jurisprudencia civil permite advertir que la inaplicación del art. 1974 CC cuenta con una excepción. La "conexión o dependencia interpersonal" justificaría la no aplicación de la doctrina de la Sala, es decir, la oponibilidad de la interrupción de la prescripción entre los obligados solidarios[31]. Como mera hipótesis, los intensos vínculos que, con carácter general, se desarrollan en una contrata o subcontrata podrían justificar dicha "conexión o dependencia interpersonal". En cualquier caso, este último matiz permite advertir que el reconocimiento de la solidaridad impropia y la consiguiente inaplicación del art. 1974 CC no se produce de manera automática.

Lejos de valorar críticamente la decisión de la Sala primera, pretensión que escapa de los objetivos y posibilidades del presente trabajo, sí conviene subrayar que la Sala cuarta, al trasladar la doctrina de la Sala primera, debería haber tenido en cuenta las anteriores apreciaciones.

2.1.3. Voto particular

Como consecuencia de la complejidad del debate en cuestión, no es de extrañar que la sentencia objeto de comentario venga acompañada de un voto particular. El mismo introduce interesantes puntos de análisis y reflexión que merecen ser analizados[32]. Siguiendo la literalidad del voto particular, la mayor discrepancia reside en el "no sometimiento de tal responsabilidad al cuerpo normativo que regula las obligaciones solidarias". Consecuentemente, el magistrado discrepante plantea una revisión de los principales argumentos empleados por la Sala para apoyar dicha premisa y, específicamente, la inaplicación del art. 1974 CC.

El voto particular admite, al igual que la Sala, la "diferente génesis" de las responsabilidades imputables a los empresario contratante y contratista. Sin embargo, según se valora, dicha diferente génesis afecta exclusivamente a la relación interna entre los coobligados solidarios, no a su responsabilidad externa. En este punto, el magistrado discrepante reconoce un aspecto que venía siendo planteado por la doctrina: el empresario contratante responde a las deudas "a título de garante o avalista"[33]. Sin embargo, continua el voto particular, este aspecto no desvirtúa la naturaleza solidaria preterida por el legislador, siendo de aplicación los preceptos civiles, incluido el art. 1974 CC. En este punto, añadimos nosotros, resulta conveniente revisar la regulación de la fianza en el Código civil. El art. 1822 CC reconoce la posibilidad de que el fiador responda solidariamente de la deuda ajena, remitiéndose expresamente a las normas sobre obligaciones solidarias. En suma, la regulación civil sobre solidaridad es aplicable a diversidad de situaciones, entre las que se encuentra la fianza solidaria[34]. En adición a lo anterior, el magistrado discrepante reconoce que, en virtud del principio de especialidad, la norma laboral podría haber excluido o matizado la imputación de responsabilidad del

[30] Vid. STS-civil 3-7-2018 (rec. 3838/2015).

[31] Ídem.

[32] Voto particular de D. Sebastián Moralo Gallego.

[33] Aspecto que recuerda a la alusión de la doctrina iuslaboralista clásica a la fianza *sui generi*.

[34] Sobre la estrecha relación entre ambas instituciones, vid. Rubio Garrido, T. *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza,* Comares, Granada, 2002.

art. 42.2. Sin embargo, dicho precepto se limita reconocer la naturaleza solidaria de la responsabilidad por deuda ajena.

A continuación, el voto particular centra su atención en el establecimiento de un plazo propio por parte del art. 42 ET; un aspecto mencionado, pero escasamente desarrollado por la Sala. Según el magistrado discrepante, el hecho de que el art. 42 ET establezca un plazo propio no impide la aplicación de las normas sobre responsabilidad solidaria. Se reconoce que se trata de un plazo de prescripción, coincidente con el plazo general del art. 59 ET. Adicionalmente, se afirma que la finalidad de establecer un plazo propio en el art. 42 ET radica en determinar que las reglas objeto de imputación solidaria son las desarrolladas durante la contrata. Brevemente, aunque compartimos, con la mayor parte de la doctrina, que la responsabilidad art. 42 ET se circunscribe a las deudas nacidas durante la contrata[35], esta conclusión no proviene del establecimiento de un concreto plazo adicional. Si elimina, reduce o amplia -como ha ocurrido en materia de Seguridad Social- el plazo de reclamación frente al empresario comitente, las deudas objeto de responsabilidad del art. 42 ET seguirían siendo las desarrolladas durante la contrata. El establecimiento de un plazo, por su parte, responde a la necesidad de limitar temporalmente una potestad como es la extensión de responsabilidad a un sujeto que no forma parte del contrato de trabajo.

Finalmente, el voto particular aborda la cuestión de la solidaridad impropia. El magistrado discrepante recuerda que la responsabilidad impropia surge de la sentencia condenatoria, no de la ley o del contrato. La responsabilidad del empresario comitente, según el voto particular, no es de naturaleza extracontractual, sino que surge de manera automática por mandato legal. Respecto a la doctrina sobre la responsabilidad del ámbito de la edificación, aunque de manera algo tímida, el voto particular parece indicar que la misma no aplicable respecto al art. 42 ET.

2.2. Solidaridad impropia en el art. 42 LISOS

El debate sobre el que pivota la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015), en definitiva, la relación entre la responsabilidad solidaria en el ámbito laboral y el régimen civil sobre solidaridad vuelve a sede casacional de la mano de la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018). Esta resolución gira en torno a la misma pregunta, la aplicación de la regulación civil, concretamente el art. 1974 CC al ámbito laboral, pero en relación con otra responsabilidad empresarial incardinada, en este caso, en el art. 42 LISOS. A efectos de proceder a un examen sistemático de la sentencia, en primer lugar, se procede a exponer de sus antecedentes fácticos y procesales, después se analiza su fundamentación jurídica y, finalmente, su voto particular.

2.2.1. Antecedentes fácticos y procesales

Un trabajador presta servicios para Elecnor, S.A. en el marco de una obra contratada por Viesgo Distribución Eléctrica, S.L.U. Dicho trabajador, con fecha 26 de mayo de 2015, sufre un accidente de trabajo derivado del resbalamiento de una herramienta de trabajo que impacta en su cabeza. Como consta en los hechos probados, el accidente desencadena importantes lesiones físicas, así como la hospitalización, reconociéndose una incapacidad permanente total a fecha de 27 de abril de 2016.

[35] Entre otros, Llano Sánchez, M. *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas,* La ley, Madrid, 1999, p. 262; Gala Durán, C. "Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas", *Relaciones laborales,* núm. 1, 2000; Soriano Cortés, D. *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Megablum, Sevilla, 2007, pp. 337-338.

Inicialmente, el trabajador accidentado reclama reparación de daños y perjuicios contra el empresario contratista, es decir, su empleador. El 18 de abril del siguiente año se produce el acto de conciliación infructuoso. El 5 de octubre de 2017 la parte actora amplió la demanda frente al empresario comitente, Viesgo Distribución Eléctrica, S.L.U., así como frente a una compañía aseguradora que cubría la responsabilidad civil. Conviene remarcar que, al momento de la ampliación de la demanda, ya había transcurrido un año desde el reconocimiento de la incapacidad permanente.

El Juzgado de lo social correspondiente desestima la demanda interpuesta por el trabajador, absolviendo a contratante, contratista y aseguradora. Frente a dicha resolución, el trabajador interpone recurso de suplicación que esta vez sí es estimado, revocando la sentencia de instancia, condenando a los tres demandados. Brevemente, el TSJ concluyó, primero, la existencia de infracción de medidas de seguridad; segundo, la existencia de responsabilidad solidaria entre contratante y contratista y; tercero, la aplicación del art. 1974 CC al supuesto en cuestión, sobre la base del carácter legal de la responsabilidad objeto de litigio. Finalmente, el empresario comitente, Viesgo Distribución Eléctrica, S.L.U., decide recurrir en casación, obteniendo una respuesta estimatoria. En consecuencia, el TS absuelve a tal sujeto de todas las pretensiones en su contra, manteniendo la condena respecto a la contratista, así como a la aseguradora.

2.2.2. Fundamentación jurídica

El objeto del recurso reside en confirmar si la acción interpuesta contra el empresario comitente había prescrito en el momento de la ampliación de la demanda. A pesar de la apariencia meramente procesal, resulta necesario reflexionar acerca de la naturaleza de la responsabilidad en cuestión, para así analizar su relación con la doctrina de la solidaridad impropia y, por ende, con el art. 1974 CC.

La Sala cuarta comienza sistematizando la jurisprudencia de la Sala primera sobre responsabilidad impropia para, seguidamente, confirmar su traslación a la Sala cuarta. Respecto al primer aspecto, resulta sumamente llamativo que la sentencia objeto de análisis omita cualquier referencia a la serie de sentencias referidas a la solidaridad impropia tipificada en la normativa sobre edificación. Como se ha examinado previamente, sobre la base de dichas resoluciones, la Sala cuarta a través de la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) considera aplicable la doctrina de la solidaridad impropia a la responsabilidad derivada del art. 42 ET. Sin embargo, la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) obvia tales resoluciones, acudiendo a la definición "clásica" de la solidaridad impropia, esto es, aquella que, "a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena".

Tras ello, la resolución objeto de examen considera que los efectos de la solidaridad impropia relativos a la interrupción de la prescripción ya han sido previamente aplicados por la Sala. Para ello, cita la STS 3-6-2014 (rec. 1237/2013) y la anteriormente analizada, STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015). Si bien ambas resoluciones acaban aplicando la solidaridad impropia en sede laboral, conviene ser cautos -por las razones que a continuación se detallan- a la hora de extrapolar su fundamentación al presente litigio. Respecto a la STS 3-6-2014, conviene remarcar, en primer lugar, que el recurso es desestimado por falta de contradicción. Seguidamente, el supuesto de hecho no versa sobre un supuesto de contratación y subcontratación del art. 42 ET, sino sobre sucesión de empresas del art. 44 ET. Además de todo lo anterior, la responsabilidad objeto de análisis en la sentencia en cuestión proviene de lo dispuesto en un convenio colectivo. Teniendo en cuenta la particular naturaleza jurídica del convenio colectivo, las responsabilidades derivadas de este instrumento con cuerpo de contrato y alma de ley, parafraseando a Carnelutti, estarían más próximas a la solidaridad propia

que a la impropia[36]. En cualquier caso, este aspecto merece un análisis detallado, más allá de una sentencia asilada resuelta por falta de contradicción[37]. Por otro lado, respecto a la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015), este pronunciamiento plantea una novedosa lectura de la solidaridad impropia que ha sido obviada por la resolución de 2021 objeto de análisis. Aunque cita tal sentencia, no hace referencia a los "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia. De ese modo, la Sala cuarta parece no confirmar expresamente las reflexiones que planteó en la resolución de 2017 sobre la solidaridad impropia derivada de la ley y su traslación al ámbito laboral.

Al margen de lo anterior, a partir de este punto, la sentencia objeto de análisis desarrolla una serie de argumentos para justificar la inaplicación del art. 1974 CC, lo que implica, en el caos de autos, la prescripción de la acción contra el empresario comitente. A grandes rasgos, es posible identificar dos razonamientos basilares sobre los que se sustenta el resto de la fundamentación.

En primer lugar, nuestro Alto Tribunal considera que la responsabilidad civil derivada del accidente no proviene del art. 42.3 LISOS. De un lado, advierte que la responsabilidad en materia sancionadora no puede ser trasladable al resto de responsabilidades, como la civil en el caso que nos ocupa. De otro lado, admitiendo que art. 42.3 LISOS podría exceder el ámbito meramente sancionador, para aplicar la norma en cuestión al ámbito civil sería necesario que concurriese tanto el incumplimiento de las normas de prevención como la correspondiente sanción. Según el caso de autos, no se ha producido sanción por el accidente de trabajo.

En segundo lugar, la Sala cuarta asevera que la responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo debe ser considerada una "obligación personal exclusiva" del empresario contratante y que, por lo tanto, no es trasladable al contratista. Respecto a este segundo argumento, compartimos con el Tribunal, siguiendo la doctrina mayoritaria, que el empresario comitente asume una obligación directa en marco de la seguridad y salud de las contratas de propia actividad llevadas a cabo en sus instalaciones; al contrario de la responsabilidad del art. 42 ET, que proviene de un incumplimiento ajeno. Sin embargo, a nuestro parecer, la concurrencia de dos obligaciones no implica la imposibilidad de garantizar su cumplimiento de manera solidaria. De lo contrario, la responsabilidad solidaria se aplicaría exclusivamente en los supuestos de responsabilidad por deuda ajena. Más bien al contrario, la solidaridad recogida en el Código civil no parece diseñada para dar respuesta a esquemas obligacionales por deuda ajena; razón por la cual surgen, entre otros factores, las controversias teóricas que protagonizan este estudio.

Al margen del matiz anterior, nuestro Alto Tribunal concluye que, en un supuesto de responsabilidad civil como el que nos ocupa, "la solidaridad solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que exista norma que así lo imponga". Sobre la base de lo anterior, la Sala cuarta considera que se trata de un supuesto evidente de solidaridad impropia y que, por lo tanto, el art. 1974 CC resulta inaplicable.

2.2.3. Votos particulares

Al igual que la resolución analizada anteriormente, la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) no se dicta por unanimidad del Tribunal. En este caso, se han formulado dos votos particulares. El primero

[36] "*E un ibrido, che ha il corpo del contratto e l´anima della legge"*. Carnelutti, F. *Teoría del regolamento colletivo dei rapporti di lavoro,* Cedam, Padua, 1927, pp. 116-117.

[37] A modo de paréntesis, la STS 11-7-2018 (rec. 916/2017) vuelve a hacer referencia a la solidaridad propia o impropia en el marco de la sucesión de empresas. Sin embargo, no ha sido incluida en el presente estudio dado que no aborda frontalmente la cuestión. En palabras del Tribunal, "la limitada configuración de la cuestión de fondo en las presentes actuaciones aconseja dejar el estudio de tal cuestión para un proceso en el que frontalmente se suscite la problemática referida".

de ellos versa sobre una cuestión sustantiva mientras que el segundo, por su parte, aborda un aspecto procesal. Precisamente por tal naturaleza, conviene comenzar por este último.

El segundo voto particular se centra en un aspecto básico en sede casacional como es la contradicción[38]. Según la magistrada discrepante, no concurre contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial. De ese modo, el recurso debió ser inadmitido en el momento procesal oportuno. La detallada explicación del voto particular podría resumirse en dos aspectos: primero, el recurso se limita a hacer referencia a varias sentencias y a su doctrina de interés, obviando la prescriptiva comparación de hechos, fundamentos y pretensiones. Segundo, en relación con esto último, entre las dos sentencias en comparación, no concurre la identidad exigida por el art. 2019 LRJS, concretamente la identidad de hechos. Sumado a lo anterior, en relación con el aspecto sustantivo, la magistrada discrepante manifiesta su adherencia respecto a lo planteado por el primer voto particular.

Este primer voto particular, formulado por dos magistrados[39], se centra en cuestiones sustantivas, concretamente en la naturaleza de la responsabilidad derivada del accidente y su relación con la prescripción. En esencia, el voto particular considera que la acción frente al empresario comitente no está prescrita puesto que el art. 1974 CC resulta plenamente aplicable al caso de autos. En esta línea, se procura demostrar el origen legal de la responsabilidad y, por extensión, la exclusión de la doctrina de la solidaridad impropia.

La piedra angular del voto particular radica en identificar la naturaleza de la responsabilidad atribuible al empresario comitente. Al contrario que la resolución de la Sala, los magistrados discrepantes sostienen que la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo proviene del art. 42.3 LISOS. A su juicio, dicho precepto se refiere, además de al ámbito administrativo, "a las consecuencias derivadas de infringir las normas de prevención de riesgos laborales". Para fundamentar este extremo, se desarrollan sendos argumentos basados en la interpretación histórica, literal, sistemática, teleológica y lógica del precepto en cuestión. Cabe destacar la profundidad y extensión de tales razonamientos.

Sobre la base de lo expuesto, los magistrados discrepantes consideran que la responsabilidad del empresario comitente, incardinada en el art. 42.3 LISOS, no puede ser calificada como impropia, siendo el art. 1974 CC plenamente aplicable. Desde la doctrina es posible encontrar posiciones a favor de esta última postura[40].

2.3. Solidaridad impropia en la D.A. 2ª del RD 1131/2002

En 2023 la solidaridad impropia volvió a formar parte de las deliberaciones de la Sala cuarta a raíz de la STS 19-4-2023 (rec. 414/2020). Esta vez, a diferencia de las resoluciones anteriores, el litigio no gravita en torno a la oponibilidad de la interrupción de la prescripción. Adicionalmente, aunque el supuesto de hecho parte de una contrata pública, la responsabilidad objeto de controversia no es producto de tal operación. Los rasgos recién descritos no invalidan la selección de los pronunciamientos objeto de análisis. Más bien al contrario, la heterogeneidad entre los mismos permite obtener una imagen amplia del tratamiento de la solidaridad impropia en la jurisprudencia social. Siguiendo la metodología empleada con las anteriores resoluciones, se procede, en primer lugar, a exponer de sus antecedentes fácticos y procesales y, posteriormente, se analiza su fundamentación jurídica.

[38] Voto particular presentado por D.ª Rosa María Virolés Piñol.

[39] D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga y D. Antonio V. Sempere Navarro.

[40] Aun de manera sutil, parece decantarse por la posición del voto particular, Casas Baamonde, M.E. "Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo en contratas y subcontratas. La responsabilidad civil solidaria como solidaridad impropia", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 6, 2021.

2.3.1. Antecedentes fácticos y procesales

El relato fáctico que da origen al presente litigio constituye un singular y complejo supuesto en el que confluyen diversas instituciones jurídico-laborales. Metro de Madrid adjudicó parte del servicio de seguridad (zonas 3 y 7) a Segur Ibérica, S.A. Tras su declaración de concurso, dicha contrata se adjudicó a Ombuds Compañía de Seguridad, S.A a fecha 1 de agosto de 2013. A partir de tal fecha, en virtud del correspondiente convenio colectivo, la contratista entrante se subrogó en todos los contratos de trabajo de la contratista saliente destinados a la adjudicación.

De forma paralela, es necesario anotar la existencia de un contrato de relevo. Ante el cambio de adjudicataria, únicamente el trabajador relevado fue objeto de subrogación. De ese modo, la trabajadora relevista continuó prestando servicios para el primer contratista, hasta el 15 de julio de 2014, fecha en la que causa baja. Aunque la trabajadora relevista no fue sustituida, el trabajador relevado continuó prestando servicios a tiempo parcial, percibiendo la correspondiente prestación de jubilación a tiempo parcial.

Como consecuencia, tras iniciar expediente de responsabilidad empresarial, el INSS dictó una resolución declarando que la segunda adjudicataria, el nuevo empleador del trabajador relevado, debía hacer frente al pago de la prestación de jubilación parcial que la Entidad gestora había abonado al trabajador. Tras la correspondiente reclamación administrativa, expresamente desestimada, el empresario en cuestión acude a la jurisdicción social.

En primera instancia, se estima la demanda interpuesta por la segunda contratista, empleadora del trabajador relevado, lo que concluyó con la revocación de la decisión administrativa. Tras el pertinente recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS, el Tribunal de suplicación revoca la sentencia de instancia, concluyendo que sí existía la obligación de contratar a un relevista hasta el acceso a la jubilación ordinaria o anticipada por parte del relevado y que, por lo tanto, se ha producido un incumplimiento. Contra dicha sentencia recurre en casación el empresario, lo que da origen a la resolución objeto de comentario. La Sala cuarta del TS desestima el recurso, confirmando la sentencia de suplicación y, por lo tanto, la imputación de responsabilidad de la parte recurrente.

2.3.2. Fundamentación jurídica

En concordancia con la complejidad del supuesto, fruto de la interconexión entre distintas instituciones ya de por sí complejas, nuestro Alto Tribunal lleva a cabo un extenso desarrollo argumental. Dicha extensión podría ser fruto, entre otras razones, de la singularidad de la controversia. La resolución reconoce que el presente recurso de casación plantea una situación que no ha sido resuelta con anterioridad por la Sala. Sin embargo, como se comprobará a continuación, algunos asuntos similares servirán como referencia durante la resolución del recurso.

Para comenzar, resulta pertinente subrayar que la obligación exigida por la Administración proviene de la D.A. 2ª del RD 1131/2002. Dicho precepto determina que el empleador estará obligado a sustituir al trabajador relevista si se produce el cese de este último antes de que el relevado alcance la edad de jubilación ordinaria o anticipada. Ante el incumplimiento de tal obligación, la citada disposición reconoce que el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe correspondiente a la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato. Identificado el origen de la responsabilidad, la controversia reside en precisar si procede responsabilizar a la segunda contratista, nuevo empleador del trabajador relevado, por un incumplimiento de la contratista anterior.

La resolución en cuestión reconoce de manera expresa que la responsabilidad derivada del RD 1131/2002 no presenta naturaleza sancionadora. Conviene tener en cuenta que la calificación de una obligación como sanción implica una especial observancia de los principios de personalidad y culpabilidad. En cualquier caso, desde la doctrina especializada en Derecho administrativo sancionador se ha sostenido que la mera imputación de responsabilidad solidaria o subsidiaria respecto del pago de sanciones a un sujeto distinto del que acomete la infracción "no tiene que estar presidida por los principios de personalidad y culpabilidad" [41], o al menos, no de manera tan intensa.

Admitido lo anterior, la Sala confirma que el contrato de relevo es plenamente compatible con la figura de la sucesión de empresas. A su juicio, la subrogación de un trabajador durante el contrato es coherente con la política de empleo que inspira el contrato de relevo y la jubilación parcial. En definitiva, la subrogación del trabajador relevado no constituye un incumplimiento de la D.A. 2ª del RD 1131/2002. Para sustentar su posición, nuestro Alto Tribunal acude a una reciente resolución, también de la Sala cuarta, en la que se admite la compatibilidad entre el contrato de relevo y la subrogación, en este caso del trabajador relevista[42].

Sin embargo, como se advierte del relato fáctico, en el presente caso de autos la trabajadora relevista deja de prestar servicios para la primera contratista antes de que el relevado hubiera alcanzado la edad de jubilación. Siguiendo la fundamentación del Tribunal, el problema reside en que, tras dicha extinción contractual, ninguna de los dos empresarios ha contratado a un nuevo relevista. Esto supone una quiebra de los objetivos perseguidos por la figura del contrato de relevo, básicamente el mantenimiento del empleo y el sometimiento de los ingresos de Seguridad Social.

Se acredita así el incumplimiento de lo dispuesto por la D.A. 2ª RD 1131/2002, lo que origina la obligación de abonar el importe adeudado correspondiente a la prestación de jubilación parcial. A partir de este punto, la sentencia analiza si dicha responsabilidad, que como se ha mencionado anteriormente carece de naturaleza sancionadora, es imputable a los empresarios que protagonizan el litigio.

A juicio del Tribunal, la obligación de sustituir a la trabajadora relevista recae tanto en el empleador de la misma, como en el empleador del trabajador relevado. De un lado, el Tribunal alude a la "indivisibilidad" del vínculo existente entre trabajador relevado y relevista; conexión que se mantiene asimismo tras la subrogación. De otro lado, a juicio de la Sala, la subrogación del trabajador relevado implica la asunción de las obligaciones dimanantes de la relación laboral, incluida en este caso la derivada de la D.A. 2ª RD 1131/2002. En el momento de la extinción del contrato de la relevista, el empleador del trabajador relevado no queda exento de la obligación que impone la mencionada disposición adicional.

A partir de este punto, la Sala cuarta reflexiona acerca de la distribución de la responsabilidad entre tales empresarios. A su juicio, ambos deben asumir solidariamente la responsabilidad derivada del D.A. 2ª RD 1131/2002. El carácter indisociable entre relevado y relevista justifica el carácter solidario de la responsabilidad. Conviene aclarar que la atribución de responsabilidad no proviene del art. 44 ET, sino del incumplimiento conjunto de una misma obligación. La naturaleza solidaria de la responsabilidad no es fruto de un imperativo legal, sino de la sentencia condenatoria, que alcanza tal conclusión ante la imposible individualización de la responsabilidad.

[41] Rebollo Puig, M. "La responsabilidad d ellos autores de las infracciones y de los partícipes", *Revista vasca de administración pública,* núm. Especial 99-100, 2014, p. 2528.

[42] STS 8-2-2023 (rec. 4786/2019).

En este contexto, la Sala cuarta acude a la figura de la solidaridad impropia. A pesar de su singularidad, el presente litigo constituye el supuesto prototípico de solidaridad impropia. Téngase en cuenta que esta institución nace a raíz de aquellos supuestos en los que, a pesar de la presunción de mancomunidad, se impone la solidaridad ante la imposibilidad de individualizar las concretas responsabilidades. En palabras del propio Tribunal, "la responsabilidad de ambas empresas aparece de esta forma como indivisible y de imposible individualización, lo que da lugar a una situación jurídica de solidaridad impropia".

Conviene destacar que la sentencia en cuestión obvia cualquier referencia a la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) y a lo que hemos denominado en este estudio como "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia. Por su parte, para fundamentar su posición, la Sala acude exclusivamente a la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), resolución que, como se han analizado previamente, mantiene una visión clásica de la solidaridad impropia. Nuestro Alto Tribunal confirma la dicotomía según la cual la solidaridad propia viene impuesta por ley o por contrato, mientras que la impropia "se impone en aquellos casos en que, interviniendo pluralidad de agentes en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno".

A pesar de que ambos empresarios deberían responder solidariamente frente al incumplimiento del RD 1131/2002, finalmente solo resulta condenado uno de los empresarios, concretamente el empleador del trabajador relevado. Aunque ambos empresarios han sido formalmente codemandados, durante el proceso no se ha solicitado la condena del empleador de la relevista, no siendo posible alcanzar tal pretensión de oficio. En definitiva, la estimación del recurso de casación confirma exclusivamente la responsabilidad de solo uno de los empresarios, el empleador del trabajador relevado, a pesar de que teóricamente ambos empresarios deberían responder solidariamente. En todo caso, conviene valorar positivamente el esfuerzo argumental desarrollado por la Sala, aunque la conclusión alcanzada careciese de cauce procesal.

2.4. Análisis conjunto de las resoluciones examinadas

Al margen de las complejas incógnitas propias de cada sentencia, deviene pertinente plantear un diálogo entre las mismas. Si bien los tres litigios parten de la presencia de contratas y subcontratas, no todas las controversias jurídicas gravitan en torno a dicha institución. Los dos primeros litigios sí se circunscriben a la imputación de responsabilidad frente al empresario comitente. Respecto a la tercera sentencia, aunque parte de una contrata pública, el objeto del litigio versa sobre los efectos de la subrogación del personal y su impacto en el contrato de relevo. Asimismo, las dos primeras sentencias tampoco aludían a una misma responsabilidad interempresarial. En la primera resolución se analiza la responsabilidad salarial del art. 42.2 ET, mientras que, en la segunda, la indemnización de daños y perjuicios tras un accidente de trabajo, en relación con el art. 42.3 LISOS.

A pesar de tales diferencias, es posible identificar cierta tendencias y aspectos comunes. Las dos primeras resoluciones alcanzan una misma conclusión: la inaplicación de la regulación civil sobre solidaridad, concretamente el art. 1974 CC; lo que implica, en la práctica, la prescripción de las acciones contra los empresarios comitentes. Para llegar a este punto, ambas resoluciones se sustentan en la doctrina la solidaridad impropia. Por su parte, la tercera resolución también aplica la doctrina de la solidaridad impropia, pero esta vez al margen de la controversia sobre la prescripción de las acciones.

Adicionalmente, conviene subrayar el distinto tratamiento de la doctrina de la solidaridad impropia. De un lado, la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) traslada a la esfera laboral lo que podría denominarse como "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia. Sobre la base de diversas

resoluciones de la Sala primera dirigidas al sector de la construcción, se plantea la posibilidad de que la solidaridad impropia provenga, además de la sentencia condenatoria, de una norma legal, en este caso el art. 42 ET. De otro lado, la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), aunque también sustenta su decisión en la aplicación de la solidaridad impropia, acude a una lectura "clásica" de tal construcción jurisprudencial. De ese modo, se elude cualquier referencia a la solidaridad impropia derivada de una norma legal, recordando que "esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena".

Dicha sentencia constituía una clara oportunidad para confirmar la novedosa lectura introducida en el pronunciamiento de 2017. Máxime si se tiene en cuenta que el núcleo de la controversia de la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) residía en el eventual origen legal de la responsabilidad en cuestión. De hecho, si se hubiera mantenido la lectura "clásica" de la solidaridad impropia en el litigio de 2017, el sentido del fallo muy probablemente habría sido distinto. En definitiva, la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) no parece confirmar los "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia, es decir, la posibilidad de que la solidaridad impropia derivade de la ley o del contrato.

Finalmente, la última resolución analizada hasta este punto, la STS 19-4-2023 (rec. 414/2020) apunta en esta misma dirección. Si bien tal resolución admite sin ambages la aplicación de la doctrina de la solidaridad impropia en la esfera laboral, omite cualquier referencia a los "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia. Al referirse a tal doctrina se circunscribe a la lectura dicotómica que hemos denominado como "clásica".

En resumidas cuentas, aunque la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) introduce una singular interpretación de la solidaridad impropia, permitiendo su apreciación ante responsabilidades derivadas de la Ley, como es el supuesto del art. 42 ET, las principales resoluciones de la Sala cuarta dictadas con posterioridad, STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018) y STS 19-4-2023, parecen no confirmar dicha interpretación de la solidaridad impropia.

3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El análisis conjunto de las anteriores sentencias invita a reflexionar acerca de la aplicación de la normativa común sobre obligaciones y contratos al ámbito laboral. Admitiendo que dicho objetivo desborda los límites del presente trabajo, convendría analizar el tratamiento judicial de la responsabilidad solidaria, así como la hipotética aplicación de la normativa civil en diversos litigios de naturaleza laboral.

En línea con la reflexión anterior, resulta conveniente examinar algunas de las principales resoluciones sobre la imputación de responsabilidad solidaria ante la presencia de varios empresarios. En esta dirección, se han seleccionado tres sentencias al respecto: las SSTS-civil 2-3-2021 (rec. 3257/2018) (rec. 3281/2018) sobre la interpretación del art. 42 ET en la Sala primera, concretamente en materia concursal (subap. 3.1); la STS 19-2-2020 (rec. 2852/2017) sobre la responsabilidad solidaria ante un supuesto de grupos de empresas y su implicación procesal (subap. 3.2); y, finalmente, la STS 21-7-2022 (rec. 244/2019) sobre la responsabilidad, solidaria o subsidiaria, ante la concatenación temporal de sucesivos empleadores (subap. 3.3).

3.1. Calificación concursal de la responsabilidad del art. 42 ET

Las SSTS-civil 2-3-20212021 (rec. 3257/2018) (rec. 3281/2018), a pesar de ser dictadas por la Sala primera, plantean una estrecha conexión con el ámbito laboral. Respecto al supuesto de hecho, se parte de una contrata, en este caso pública, entre el patronato deportivo de un Ayuntamiento y una

empresa adjudicataria de ciertos servicios públicos; declarada, este última, en concurso de acreedores. Además de lo anterior, la judicialización del supuesto comienza con una controversia laboral: una trabajadora presentó demanda por reclamación de cantidad frente a su empleador, la contratista, así como frente al patronato, en calidad de responsable solidario. Al margen de las cuestiones meramente concursales[43], el Juzgado de lo social correspondiente estima la demanda, condenando solidariamente a contratante y contratista. Dando cumplimiento a la sentencia de instancia, el patronato abona la cantidad adeudada a la trabajadora. Téngase en cuenta que, como consecuencia, el patronato adquiere un crédito a su favor contra la concursada.

Ante este contexto, el patronato interpone una demanda de incidente concursal, solicitando que el nuevo crédito a su favor adquiera la calificación de crédito contra la masa. Tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia provincial, tras el correspondiente recurso de apelación, consideran que el crédito debe ser calificado como concursal. Esta misma conclusión alcanza la Sala primera del Tribunal Supremo, desestimando así el recurso de casación planteado por el patronato.

En este punto, conviene plantear, aun de forma breve, ciertas anotaciones básicas sobre el proceso concursal[44]. De un lado, en la prelación de créditos del concurso, los créditos contra la masa son los primeros en abonarse, ejecutándose contra bienes y derechos no afectos a privilegio especial. Por esa razón, el acreedor en cuestión, en este caso el patronato, impugna la calificación del crédito concursal, solicitando la calificación de crédito contra la masa. De otro lado, según la normativa concursal, los créditos nacidos de la ley con posterioridad a la declaración del concurso merecen ser calificados como créditos concursales[45]. Ante este paradigma, es necesario acudir al art. 42 ET para poder resolver el litigo en cuestión.

Respecto al presente trabajo, interesa, no tanto la resolución concreta del litigio, sino la interpretación del art. 42 ET planteada por la Sala primera. En breve, nuestro Alto Tribunal considera que el art. 42 ET representa, no un pago de un tercero, sino un pago de un garante legal. A partir de este punto, se expone la normativa civil correspondiente, así como su interpretación por la jurisprudencia civil. En esta línea, las acciones de subrogación y de reembolso en el marco de la garantía civil no afectan a la calificación concursal del crédito. A juicio del Tribunal, dicha doctrina es plenamente aplicable al art. 42 ET; lo que justifica la confirmación del carácter concursal del crédito.

Al margen de la valoración que merezca el fallo de la sentencia desde una perspectiva concursal, la sentencia objeto de análisis constituye un ejemplo evidente de aplicación de la normativa civil al ámbito laboral, concretamente al art. 42 ET. En efecto, al analizar los efectos de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET, no existen reticencias en aplicar la normativa y jurisprudencia civil[46].

3.2. Efectos procesales de la solidaridad en los grupos de empresas

La resolución seleccionada, STS 19-2-2020 (rec. 2852/2017), versa sobre un grupo laboral de empresas. Este fenómeno, sin coincidir con la subcontratación laboral propiamente dicha, se encuentra íntimamente ligado a la misma, dado que, en definitiva, ambas herramientas representan instrumentos

[43] En breve, la Administración concursal abona los correspondientes créditos contra la masa, por un lado, y califica el resto como créditos contingentes, a expensas de la resolución judicial.

[44] Para una revisión iuslaboralista del Derecho concursal, véase Costa Reyes, A. *Los trabajadores en el proceso concursal,* Thomson Reuters Aranzadi, 2007. Recientemente, Tálens Visconti, E. *Tratado de Derecho concursal laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

[45] Art. 84 LC, aplicable en el momento del concurso; actual art. 242.1 RD-legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

[46] Cfr. Sempere Navarro, A. "Calificación concursal del salario abonado por la empresa principal al amparo del artículo 42.2 ET", *Revista de jurisprudencial laboral,* núm. 3, 2021.

de descentralización productiva. La selección de la presente sentencia permite examinar el tratamiento judicial de la responsabilidad solidaria más allá del art. 42 ET. En todo caso, la principal controversia del litigio consiste en dilucidar los efectos procesales de la solidaridad entre los condenados; incógnita próxima a las protagonizadas por algunos pronunciamientos de la Sala cuarta analizados *supra.*

Al margen de los concretos detalles fácticos, entre 1988 y 2015 un trabajador prestó servicios para tres empleadores, don Porfirio, persona física, Ramón Filgueira Pérez y otros, S.C. y Ramón Filgueira, S.L. Los consecuentes relaciones laborales se desarrollan de forma sucesiva en el tiempo durante períodos más o menos extensos[47]. El 18 de marzo de 2015, el trabajador fue despedido por causas objetivas.

El Juzgado de lo social, además de calificar el despido como improcedente, constató la existencia de grupo laboral de empresas, condenando solidariamente a los tres empleadores. Como reacción, uno de los tres empleadores, concretamente el empresario individual, interpone un recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. Cabe subrayar que el resto de los empresarios ni plantean recursos ni se adhieren al previamente interpuesto. En sede de suplicación, el Tribunal advierte la inexistencia de grupo patológico de empresas, entendiendo que el supuesto de hecho constituye un supuesto de sucesión de empresas, situación plenamente legal, encuadrable en el correspondiente art. 44 ET. Como consecuencia, el empleador en el momento del despido es el único empresario que debe responder ante las consecuencias de la extinción. Sin embargo, el TSJ no absuelve al resto de empleadores, sino exclusivamente al que ha interpuesto el recurso de suplicación. Tras presentar solicitud de aclaración o rectificación de la sentencia, interesando la absolución de todos los empresarios, se interpone recurso de casación, solicitando la absolución de todos los empresarios en el momento de la extinción.

En resumidas cuentas, la Sala cuarta, en contraposición con el TSJ, confirma que todos los obligados solidarios deben beneficiarse de las consecuencias del recurso, incluyendo asimismo a los que no hubieran recurrido. Para fundamentar su posición, el TS considera acertada la sentencia de contraste. Dicha resolución, según se advierte en la fundamentación extractada, acude a la normativa civil y a la jurisprudencia de la Sala primera para confirmar la traslación al ámbito laboral de la "fuerza expansiva" de la solidaridad. Siguiendo esta lógica, la sentencia objeto de comentario identifica diversas resoluciones del TS que ratifican dicha posición.

Adicionalmente, la conclusión alcanzada por la STS 19-2-2020 sirve como fundamento para extender la "fuerza expansiva" de la solidaridad a supuestos distintos de los grupos de empresas; concretamente en materia responsabilidad solidaria ante contextos litigiosos de sucesión empresarial[48].

A nuestro parecer, sin pretensión de exhaustividad, resulta imprescindible tener en cuenta, además de los sujetos que interponen el recurso, el objeto material del mismo. Las consecuencias del recurso podrían variar en función de sí se impugna un aspecto de carácter subjetivo o personal del recurrente o si, como ocurre en el presente litigio, se cuestiona el origen mismo de la responsabilidad[49].

En cualquier caso, conviene subrayar la aplicación de normativa civil -y de su interpretación jurisprudencial- al ámbito de la responsabilidad solidaria en los grupos de empresas. Nuevamente,

[47] El antecedente de hecho primero detalla la concreta duración de cada tramo.

[48] SSTS 21-12-2023 (rec. 1554/2022); 26-12-2023 (rec. 1579/2022); 23-2-2024 (rec. 1553/2022). Sobre esta última sentencia, vid. Martínez Moya, J. "Los efectos procesales expansivos en la condena solidaria a las empresas", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 4, 2024.

[49] Para una revisión completa y actualizada del despido colectivo en el marco de los grupos de empresas, véase Muros Polo, A. *El despido colectivo en un contexto*... op. cit. pp. 293-306.

se produce una traslación de la lectura civil de la responsabilidad al ámbito laboral sin ninguna limitación especial.

3.3. Responsabilidad indemnizatoria ante la concurrencia diacrónica de varios empleadores

La STS 21-7-2022 (rec. 244/2019), sexta y última resolución objeto de análisis, presenta cierta heterogeneidad frente a las anteriores. En efecto, no se trata de un supuesto de subcontratación laboral, ni de cualquiera de las demás herramientas que permiten externalizar el proceso productivo. Sin embargo, la sentencia gira en torno a un supuesto en el que concurren pluralidad de empleadores, siendo necesario distribuir la responsabilidad laboral entre los mismos. Esto permitiría examinar el tratamiento de la responsabilidad en el ámbito laboral en sentido amplio, más allá de los supuestos de descentralización productiva.

En todo caso, a nivel fáctico y procesal, existen ciertas similitudes respecto a sentencias analizadas anteriormente. De un lado, al igual que la resolución recién estudiada, el trabajador prestó servicios para diversos empleadores de forma sucesiva en el tiempo. De otro lado, como en la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), el litigio en cuestión surge de una reclamación de daños y perjuicios a propósito, en este caso, de una enfermedad profesional; lo que, desde otra vertiente, derivó en el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta.

El Juzgado de lo social estimó parcialmente la demanda condenando a varios empresarios, absolviendo a otros. El órgano juzgador calificó la responsabilidad como mancomunada e identificó el tiempo de prestación de servicios como elemento de distribución. Tanto el trabajador demandante como algunos de los empresarios condenados recurrieron en suplicación. El TSJ correspondiente concluyó que la responsabilidad debía ser considerada solidaria, con independencia de la posterior reclamación interna en virtud del art. 1145 CC. Tras el correspondiente recurso de casación, la sentencia del Alto Tribunal pretende dilucidar si la indemnización por daños y perjuicios derivada de enfermedad profesional debe ser calificada como solidaria o mancomunada.

La Sala cuarta estima el recurso, confirmando, de acuerdo con la sentencia de instancia, la naturaleza mancomunada de la responsabilidad imputable a los diversos empresarios. Para comenzar, la resolución acude una sentencia de la propia Sala cuarta relativa a la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional ante la sucesión de diversas entidades gestoras y colaboradoras[50]. Ante este supuesto, a juicio del Tribunal, la distribución de la responsabilidad depende del tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada empleador. Sobre la base de lo anterior, la sentencia considera que dicho criterio, el tiempo de la prestación de servicios, resulta aplicable al supuesto objeto de litigio. De ese modo, la responsabilidad indemnizatoria derivada de la enfermedad profesional debe ser distribuida en función de la duración de la prestación de trabajo.

En este punto, la Sala cuarta se remite a los preceptos civiles sobre solidaridad, concretamente a los arts. 1137, 1138 y 1139 CC. Ante este contexto, la resolución alude expresamente el principio de presunción de mancomunidad. Adicionalmente, el Tribunal confirma la posibilidad de reconocer la existencia de responsabilidad solidaria, al margen de la ley o contrato, cuando ante la concurrencia causal de diversos sujetos no es posible deslindar la participación individualizada de cada uno; en definitiva, la doctrina de la solidaridad impropia. En palabras del Tribunal, "la solidaridad propia es la que viene impuesta por la ley o por el contrato" mientras que, por otra parte, la impropia "nace de la sentencia de condena".

[50] STS 13-20-2020 (rec. 3947/2017).

Sobre la base del concreto relato fáctico, la Sala cuarta concluye que el elemento temporal constituye un elemento idóneo para realizar la distribución de responsabilidad en el presente supuesto y, por lo tanto, no es necesario acudir a la teoría de la solidaridad impropia[51]. A pesar de lo anterior, la fundamentación jurídica de la STS 21-7-2022 (rec. 244/2019) reafirma la lectura "clásica" de la solidaridad impropia, continuando la senda de la STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), la cual menciona expresamente. Al mismo tiempo, se elude cualquier referencia a los "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia introducidos por la STS 2017 5-12-2017 (rec. 2664/2015).

4. REFLEXIONES FINALES

La lectura conjunta de las sentencias que componen el presente estudio de doctrina judicial permite identificar ciertas tendencias y aspecto comunes que merecen ser subrayados.

Primero, la doctrina de la solidaridad impropia, surgida en el marco de la Sala primera, resulta aplicable a la esfera laboral, como así lo demuestran las resoluciones de la Sala cuarta de los últimos años. El debate sobre la solidaridad impropia parecía centrado en torno a una cuestión procesal, la oponibilidad de la interrupción de la prescripción, en el marco de operaciones de subcontratación. Sin embargo, con posterioridad la tesis de la solidaridad impropia ha sido planteada en otros supuestos laborales, concretamente en un litigio en el que se cuestiona la imputación de responsabilidad en el marco de un contrato de relevo afectado por una subrogación.

Segundo, la lectura de la solidaridad impropia planteada por la STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015), lo que en ese trabajo se ha denominado "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia, no parece haber obtenido confirmación por parte de la Sala cuarta. Las sentencias de casación posteriores dictadas a este respecto no admiten, salvo error por nuestra parte, la solidaridad impropia derivada de la ley. Como se ha comprobado al analizar las STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), STS 21-7-2022 (rec. 244/2019) y STS 19-4-2023 (rec. 414/2020), la Sala cuarta acude a la lectura "clásica" de la solidaridad impropia, cuyo origen radica, no de la ley ni del contrato, sino de la sentencia condenatoria. En suma, parecen no admitirse, por tanto, los denominados "nuevos perfiles" de la solidaridad impropia.

Segundo, desde una perspectiva más amplia, no sería descabellado concluir que en los supuestos de interrupción de la prescripción la Sala cuarta ha sostenido una aplicación flexible de la solidaridad civil. Al margen de la valoración que merezca la solidaridad impropia, así como sus "nuevos perfiles", tal doctrina ha permitido una aplicación parcial del régimen civil sobre obligaciones solidarias, exceptuando así la aplicación de algunos de los preceptos, concretamente del art. 1974 CC. Ello ha comportado, como se advierte al analizar las STS 5-12-2017 (rec. 2664/2015) y STS 6-5-2021 (rec. 2611/2018), una reducción de las garantías de crédito del trabajador. Resulta paradójico que una figura como la solidaridad impropia, que surge con vocación de aumentar las garantías de quien sufre un daño, al ser aplicada al ámbito laboral permite reducir las tutelas del trabajador.

Tercero, las concretas incógnitas jurídicas que protagonizan este estudio de doctrina judicial conducen a una reflexión de mayor alcance relativa a la relación entre la normativa civil y la normativa laboral. Siguiendo el supuesto de las contratas y subcontratas, conviene admitir, para comenzar, que el texto del art. 42 ET no es susceptible de responder a todas y cada una de las incógnitas que derivan del fenómeno que pretende normar. El presente trabajo identifica varios supuestos que podrían servir como botón de muestra, tales como la oponibilidad de la interrupción de la prescripción entre contratantes y contratista o la calificación concursal de un crédito tras la acción de subrogación o

[51] Desde la doctrina se ha valorado positivamente la conclusión alcanzada por el Tribunal. Vid. García Romero, B. "Responsabilidad por daños y perjuicios por enfermedad profesional imputable a las sucesivas empresas para las que ha prestado servicios el trabajador: ¿solidaria o mancomunada*?", Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 8, 2022.

reembolso. Esta característica no debe ser interpretadas como un aspecto negativo, sino más bien como una consecuencia natural del Derecho positivo.

En todo caso, ante un eventual vacío legal, es posible identificar dos principales soluciones. De un lado, si ciertos aspectos no obtienen respuesta en la norma laboral, sería necesario acudir a la normativa civil, atendiendo al carácter supletorio de la misma. De otro lado, ante la ausencia de respuesta en la regulación laboral, cabría colmar tal vacío con una interpretación autónoma, propia del ámbito laboral; en línea con la especialidad de las relaciones laborales frente a las relaciones civiles. Parecen confrontarse así el principio de supletoriedad de la regulación civil con el principio de especialidad de la normativa laboral.

A nivel comparativo, esta última respuesta, aparentemente más protectora con el contratante débil, plantea mayores dosis de inseguridad jurídica. En contraposición, la aplicación supletoria de la normativa civil permite reducir el margen de interpretación del juzgador, en detrimento de una mayor protección del trabajador. Sin embargo, el presente estudio ha permitido comprobar que, en ocasiones, la normativa civil plantea soluciones más protectoras para los trabajadores. Concretamente en materia de interrupción de la prescripción en el marco de la subcontratación, la aplicación de la normativa civil, concretamente del art. 1974 CC, constituye una solución más tuitiva para el trabajador.

Aunque pudiera ser fruto de la coincidencia, las resoluciones que protagonizan el presente estudio permiten advertir que, en los supuestos en los que la aplicación de la norma civil beneficia al trabajador, como es el caso de la interrupción de la prescripción del art. 1974 CC, los tribunales plantean una interpretación flexible del Derecho común de obligaciones y contratos. Sin embargo, cuando la normativa civil beneficia al empresario, como ocurre al extender los efectos del recurso a todos los obligados de un grupo o al calificar la responsabilidad de los sucesivos empleadores como mancomunada, se aplica el régimen civil sin ninguna restricción. No obstante, la muestra de resoluciones analizadas no permite confirmar con solidez la hipótesis anterior. Sería necesario, por tanto, aumentar el número de pronunciamientos que aborden la relación entre ambas disciplinas; intentado asimismo incrementar la diversidad de supuestos de hecho, así como de instituciones jurídico-laborales objeto de exégesis.

A nuestro parecer, la relación entre Derecho civil y Derecho del Trabajo no debería depender de los intereses de las partes en un determinado litigio. Sería conveniente identificar unas reglas claras y estables en torno a la relación entre ambas ramas del Derecho. Esta compleja cuestión merece una reflexión amplia y sopesada, que evidentemente escapa de los objetivos del presente trabajo cuyo principal propósito ha sido examinar la admisión judicial de la solidaridad impropia en la esfera laboral.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P. "El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del art. 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación*", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2015.

Carnelutti, F. *Teoría del regolamento colletivo dei rapporti di lavoro,* Cedam, Padua, 1927.

Casas Baamonde, M.E. "Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo en contratas y subcontratas. La responsabilidad civil solidaria como solidaridad impropia", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 6, 2021.

Costa Reyes, A. *Los trabajadores en el proceso concursal,* Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

Cruz Villalón, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1992.

Cruz Villalón, J. "La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 137, pp. 85.

Diéz-Picazo, L. Gullón, a. *Sistema de Derecho civil, Volumen II, (Tomo 1) El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016.

Esteve Pardo, M.A. *Solidaridad impropia de deudores,* Marcial Pons, Madrid, 2014.

Fernández de Buján, A. *Derecho privado romano,* Iustel, Madrid, 2011.

Gala Durán, C. "Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas", *Relaciones laborales,* núm. 1, 2000.

García Murcia, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores", *Revista de política social,* núm. 130, 1981.

García-Perrote Escartín, I. Mercader Uguina, J. "¿La acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empresa empleadora interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal ex art. 42 ET?: las salas de lo social y de lo civil del Tribunal Supremo caminan juntas", *Revista de información laboral,* núm. 1, 2018.

García Romero, B. "Responsabilidad por daños y perjuicios por enfermedad profesional imputable a las sucesivas empresas para las que ha prestado servicios el trabajador: ¿solidaria o mancomunada*?", Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 8, 2022.

Godino Reyes, M. Sagardoy de Simón, I. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal,* CISS, Valencia, 1998.

Hernández Gil, A. "El principio de la no presunción de solidaridad (Tendencia hacia su crisis y su limitación", *Revista de Derecho privado*, nº359, 1947.

Jordano Barea, J. "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho civil,* vol. 45, núm. 3, 1992.

Llano Sánchez, M. *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas,* La ley, Madrid, 1999.

López Barja de Quiroga, J. *Autoría y participación,* Akal, Madrid, 1996.

Martín Valverde A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios" en Borrajo Dacruz, F. (dir.) *El Estatuto de los trabajadores. Tomo VIII: Artículos 39 a 44,* Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1988.

Martínez Moya, J. "Los efectos procesales expansivos en la condena solidaria a las empresas", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 4, 2024.

Monereo Pérez, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social", *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica,* núm. 2, 1992.

Muros Polo, A. *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente,* Laborum, Murcia, 2024.

Navarro Nieto, F. *Los despidos colectivos,* Civitas, Madrid, 1996.

Nores Torres, E. "El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET", *Lex social: revista de Derechos sociales,* núm. 10, 2020.

Ortega Lozano, P. *El despido colectivo,* Aranzadi, Navarra, 2024.

Pérez de los Cobos y Orihuel, F. "Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas" en Pérez de los Cobos y Orihuel, F. (dir.) *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Rebollo Puig, M. "La responsabilidad d ellos autores de las infracciones y de los partícipes", *Revista vasca de administración pública,* núm. Especial 99-100, 2014.

Rebollo Puig, M. *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023

Rodríguez Ennes, L. "La obligatio y sus fuentes", *Revista internacional de Derecho romano,* núm. 2, 2009.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social,* núm. 93, 1972.

Rodríguez Cembellín, D. *Potestad sancionadora y grupos de empresas,* Iustel, 2024.

Romero Plaza, C. Serrantes Peña, F. *Responsables y responsabilidad tributaria,* CISS, Valencia, 2024.

Romero Plaza, C. "Requisitos de la declaración de fallido del deudor principal a la hora de exigir la responsabilidad subsidiaria", *Carta tributaria*, núm. 96, 2023.

Rubio Garrido, T. *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza,* Comares, Granada, 2002.

Ruz López, J.M. "El deber de comprobación y eventual exoneración en materia de contratas y subcontratas", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 167, 2023.

Sempere Navarro, A. "Calificación concursal del salario abonado por la empresa principal al amparo del artículo 42.2 ET", *Revista de jurisprudencial laboral,* núm. 3, 2021.

Soriano Cortés, D. *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Megablum, Sevilla, 2007.

Tálens Visconti, E. *Tratado de Derecho concursal laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Yzquierdo Tolsada, M. "Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación in solidum", *Diario La Ley*, núm. 9458, 2019.

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Las reacciones legislativas frente a la acción judicial en materia de discriminación y de adaptación laboral de las trabajadoras embarazadas, en los Estados Unidos

Legislative reactions facing judicial action regarding the discrimination and job accommodation on the basis of pregnancy, in the United States

Iván Vizcaíno Ramos *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Facultad de Derecho Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0003-0397-0363

Cita Sugerida: VIZCAÍNO RAMOS, I. «Las reacciones legislativas frente a la acción judicial en materia de discriminación y de adaptación laboral de las trabajadoras embarazadas, en los Estados Unidos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 151-158.

Resumen

La protección de las trabajadoras embarazadas frente a discriminación en el trabajo, reconociendo su derecho a una adaptación razonable de las condiciones de trabajo, ofrece en los Estados Unidos muestras claras de cómo el poder legislativo federal reacciona frente a decisiones judiciales insatisfactorias, aunque el tiempo de reacción no siempre es el mismo. Así, la reacción encarnada por la Ley federal de Discriminación por Embarazo, del año 1978, fue casi a renglón seguido de la decision judicial que la provocó. En cambio, la reacción protagonizada por la Ley federal de Igualdad para las Trabajadoras Embarazadas, en el año 2022, resultó ser un poco más lenta.

Palabras clave

Contrato de trabajo; Derecho comparado del Trabajo; Discriminación en el trabajo por razón de embarazo; Estados Unidos de América; Trabajadoras embarazadas.

Abstract

The protection of pregnant workers against discrimination in the workplace, by recognizing their right to a reasonable job accommodation, gives in the United States clear examples of how the federal legislative branch reacts to unsatisfactory judicial decisions, although the reaction time is not always the same. Thus, the reaction embodied by the federal Pregnancy Discrimination Act of 1978 was almost immediate, after the judicial decision that triggered it. On the contrary, the reaction of the federal Pregnant Worker Fairness Act of 2022 proved to be a little slower.

Keywords

Comparative labor law; Contract of employment; Employment discrimination on the basis of pregnancy; Pregnant workers; United States of America.

1. EL CASO *GENERAL ELECTRIC V. GILBERT*, FALLADO POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN 1976[1]

Desde nuestra concreta perspectiva jurídico laboral y de la seguridad social, una de las marcas distintivas de la actividad de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los años setenta del siglo pasado la imprimió un conjunto emblemático de casos relativos a la discriminación por razón de sexo, sustanciados al abrigo de la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 y, más en concreto, de su Título VII (rotulado «Oportunidad de un empleo igual [*Equal employment opportunity*]»), que no sólo dio rango normativo federal a las prácticas ilegales de empleo —entre las cuales, ante todo,

[1] Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

«discriminar … por causa de la raza, color, religión, sexo u origen nacional»—, sino que comisionó a una agencia federal con el encargo de perseguir y reprimir —especialmente tras la reforma del citado Título VII en 1972— dichas prácticas ilegales, bautizando a la agencia federal en cuestión como *Equal Employment Opportunity Commission* (o, por su acrónimo en inglés, EEOC). Forma parte de ese conjunto emblemático el caso *General Electric Co. v. Gilbert* (1976)[2], en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir acerca de si una supuesta discriminación vinculada con la situación de embarazo de las trabajadoras se encontraba incluida dentro de la noción de «discriminar … por causa de … sexo», en los términos del mencionado Título VII, a propósito de las mejoras voluntarias de una empresa «que ofrece a todos sus empleados un plan de incapacidad que abona prestaciones semanales por enfermedad y accidente no laborales»[3], con la particularidad de que «quedan excluidas de la cobertura del plan, sin embargo, las incapacidades derivadas del embarazo»[4]. La trascendencia jurídica y social del caso *Gilbert* queda atestiguada por la intervención en él de los más ilustres abogados laboralistas de la época, bien del lado de las trabajadoras apeladas (como en el caso de Beatrice ROSENBERG, en su condición de Jefa del servicio de apelaciones de la EEOC, de J. Albert WOLL y Laurence GOLD, en nombre de la potente central sindical AFL-CIO, o en el de Ruth Bader GINSBURG, actuando por la pujante *American Civil Liberties Union* o ACLU, por su acrónimo en inglés), bien del lado de la empresa apelante (como en el caso de Lawrence M. COHEN, que llegó a ser jefe de la abogacía de la muy influyente Cámara de Comercio de los Estados Unidos, igualmente activa en este pleito). Esta última logró imponer su criterio en la Corte Suprema, convenciendo de ello a una mayoría de seis de sus nueve Jueces, liderada aquí por el ultraconservador Juez William H. REHNQUIST, que expresó la opinión de la mayoría en cuestión. Lo que esta mayoría conservadora concluyó es que «cuando el Congreso declara ilegal que un empleador "discrimine … por razón de … sexo …", sin dar más explicaciones sobre su significado, no debemos inferir sin reparos que quiso decir algo diferente de lo que el concepto de discriminación ha significado tradicionalmente»[5], lo que implicaba dejar fuera de dicho tipo de discriminación por razón de sexo los tratos diferenciados, excluyentes como en el caso enjuiciado, de las trabajadoras embarazadas.

2. LA REACCIÓN LEGISLATIVA AL CASO *GILBERT*, POR MEDIO DE LA LEY FEDERAL DE DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO DE 1978

La crítica doctrinal recibida (por ejemplo, «la Corte [Suprema] puede haber impedido el progreso de la igualdad de oportunidades en el trabajo para las mujeres en los años venideros»[6], afirmándose que «la decisión … también contiene muchas señales amenazantes»[7], al tiempo que se alude a su «razonamiento confuso y contradictorio»[8]), la presión ejercida por las principales organizaciones sindicales y de defensa de los derechos y las libertades civiles (como en el caso de la AFL-CIO o de la ACLU, ambas intervinientes en el caso *Gilbert*), la normas ya aprobadas en algunos Estados federados (afectantes las empresas que sólo operan en su comercio interno o intraestatal y, en consecuencia, al margen de la legislación federal), así como el resultado de las elecciones

[2] Referencia oficial 429 U.S. 125.

[3] *Cfr*. p. 127. Textualmente, «*provides for all of its employees a disability plan which pays weekly nonoccupational sickness and accident benefits*».

[4] *Ibidem*. Textualmente, «*excluded from the plan's coverage, however, are disabilities arising from pregnancy*».

[5] *Cfr*. p. 145. Textualmente, «*When Congress makes it unlawful for an employer to "discriminate ... because of ... sex ...", without further explanation of its meaning, we should not readily infer that it meant something different from what the concept of discrimination has traditionally meant*».

[6] Véase Frobes, P.: «General Electric Co. v. Gilbert: A lesson in sex education and discrimination – The relationship between pregnancy and gender and the vitality of disproportionate impact analysis», *Utah Law Review*, núm. 1977, 1977, p. 137.

[7] Véase Fry, J.L.: «Employment discrimination: General Electric Co. v. Gilbert – Denial of employee rights under Title VII», *UMKC Law Review*, núm. 46, 1977, p. 146.

[8] Véase Taylor, E.T.: «Differential treatment of pregnancy in employment: The impact of General Electric Co. v. Gilbert and Nashville Gas Co. v. Satty», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 13, 1978, p. 717.

presidenciales de 1976 (que situaron al demócrata Jimmy CARTER como nuevo inquilino de la Casa Blanca, tras ocho años de presidencias republicanas), fueron ingredientes bastantes para hornear la reforma de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en este concreto punto. Dicha reforma se sirvió como plato principal de la norma popularmente conocida como Ley de Discriminación por embarazo (*Pregnancy Discrimination Act*)[9], que es una norma modificadora del Título VII de la Ley de 1964 (o de las secciones 2000e a 2000e-17 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, en que se encuentra recopilado)[10], aplicable —como todo el conjunto de su contenido — sólo a las empresas de 15 o más trabajadores[11], siempre que actúen en el comercio entre Estados federados o interestatal[12], teniendo en cuenta —en lo más esencial— que introdujo un nuevo apartado en el precepto concerniente a sus «definiciones» legales[13], de un lado, para extender el significado de la expresión «[discriminación] por razón de sexo» (literalmente, «los términos "por razón de sexo" o "sobre la base del sexo" incluyen, pero sin estar limitados a, por razón o sobre la base del embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas»)[14]; y de otro lado, para explicar un supuesto concreto de igualdad de trato, directamente conectado a la cuestión planteada en el caso *Gilbert* (literalmente, «las mujeres afectadas por el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas recibirán el mismo trato a todos los efectos relacionados con el empleo, incluida la percepción de prestaciones en virtud de los programas de prestaciones complementarias»)[15]. Desde una perspectiva comparada —tomando Europa como punto de contraste—, esta reforma de la legislación federal norteamericana antidiscriminatoria ofrecía algo más que lo regulado dos años antes por la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, la cual contenía sólo una muy pelada alusión al «embarazo y la maternidad»[16], pero aun así dejaba interrogantes abiertos conectados a situaciones distintas de las planteadas en el caso *Gilbert*, como las relativas a pretensiones de cambio o adaptación del puesto de trabajo de una trabajadora embarazada, a los que en Europa llegó a responderse con la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), más concreto su artículo 5[17], transpuesto a nuestro ordenamiento interno español por el artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

[9] Su denominación larga oficial es la de Una Ley para enmendar el Titulo VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 para prohibir la discriminación por razón de sexo sobre la base del embarazo (*An act to amend title vii of the civil rights act of 1964 to prohibit sex discrimination on the basis of pregnancy*), de 31 octubre 1978 (referencia oficial 92 Stat. 2076).

[10] De hecho, se trata de una modificación conocida también como «"enmienda Gilbert"», la cual «encarna la voluntad expresa del Congreso de revocar la decisión [del caso] *Gilbert*» [véase Coffin, S.D.: «The 1978 Pregnancy Discrimination Act: A problem of interpretation», *Washington University Law Quarterly*, núm. 58, 1980, pp. 623-624].

[11] *Cfr*. sección 2000e(b) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

[12] *Cfr*. sección 2000e(g) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

[13] *Cfr*. sección 701 de la Ley, así como sección 2000e del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

[14] *Ibidem*, apartado (k), inciso primero, medio-inciso primero. Textualmente, «*The terms "*because of sex*" or "*on the basis of sex*" include, but are not limited to, because of or on the basis of pregnancy, childbirth, or related medical conditions*».

[15] *Ibidem*, medio-inciso segundo. Textualmente, «*women affected by pregnancy, childbirth, or related medical conditions shall be treated the same for all employment-related purposes, including receipt of benefits under fringe benefit programs*».

[16] Según su artículo 2, «la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad» (apartado 3).

[17] A cuyo tenor «si los resultados de la evaluación [de riesgos]… revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora …, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo» (apartado 1), teniendo en cuenta que «si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas

3. EL CASO *YOUNG V. UNITED PARCEL SERVICE, INC.*, FALLADO POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN 2015

Sobre este particular asunto de la adaptación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras embarazadas, nada llegó a concretarse en los años siguientes —para dar respuesta al interrogante planteado— en el plano legislativo federal, a pesar de los sucesivos intentos de los congresistas demócratas —que se remontan al año 2012, cuando finalizaba el primer mandato del Presidente demócrata Barack H. OBAMA— de sacar adelante un proyecto de ley relativo a esta materia (con la denominación incluso de Ley de Igualdad para las Trabajadoras Embarazadas), que las sucesivas mayorías parlamentarias republicanas consiguieron siempre bloquear. Entre tanto, el interrogante en cuestión fue abordado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Young v. United Parcel Service, Inc.* (2015)[18], a propósito de la pretensión de una trabajadora embarazada (la Sra. Martha YOUNG), que —por prescripción facultativa— pedía a su empresa (la multinacional de transporte y reparto de paquetes, también conocida popularmente por su acrónimo, UPS) que accediese a la adaptación de sus condiciones de trabajo, para evitar tener que levantar mercancías muy pesadas, alegando que a otros trabajadores en situaciones análogas (por causa de lesiones de distinta etiología) se les había concedido la posibilidad de adaptación pedida, mientras que la única solución que UPS le ofreció a la Sra. YOUNG fue de la no trabajar (con pérdida tanto del salario como de la asistencia médica ligada a su empleo)[19]. La representación letrada de la trabajadora (liderada por Samuel R. BAGENSTOS, un antiguo y brillante ayudante jurídico de la Juez Ruth B. GINSBURG en la propia Corte Suprema[20], formando tándem con Sharon F. GUSTAFSON, que cuatro años más tarde se convertiría en la primera mujer en alcanzar la jefatura de la abogacía de la EEOC, los cuales contaron con el apoyo del entonces Jefe de la abogacía misma de la EEOC, P. David LOPEZ, así como con el de los abogados de la ACLU, en calidad estos últimos de amigos de la curia) logró convencer a una mayoría de seis Jueces de la Corte Suprema, liderada por el Juez liberal Stephen BREYER (respaldada por la propia Juez Ruth B. GINSBURG, además de por las Jueces Sonia SOTOMAYOR y Elena KAGAN), que falló a favor de la trabajadora embarazada apelante, reconociéndole el derecho a la adaptación de sus condiciones de trabajo, aunque no de manera incondicionada, sino sólo en la medida —visto el escenario delimitado por el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, tal como enmendado por la Ley de Discriminación por Embarazo de 1978— en que pudiera demostrar que ha recibido un trato discriminatorio, lo que sucedería sólo en caso de que la empresa viniese accediendo a la adaptación de las condiciones de trabajo de otras compañeras, en supuestos análogos («aquí, por ejemplo, si los hechos son como [la trabajadora apelante] Young dice que son, puede demostrar que [la empresa apelada] UPS adapta a la mayoría de las trabajadoras no embarazadas con limitaciones para levantar peso, mientras que categóricamente no adapta a las trabajadoras embarazadas con limitaciones para levantar peso»)[21]. Sin embargo, para la minoría de tres Jueces del ala conservadora

necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada» (apartado 2), aunque «si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud» (apartado 3).

[18] Referencia oficial 575 U.S. 206.

[19] Sobre esta peculiar figura del ayudante jurídico de los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J.: *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 189 y ss.

[20] Tal como consta en la precisa relación de hechos de la decisión, «consecuentemente Young se quedó en casa sin el salario durante la mayor parte del período de embarazo, y eventualmente perdió su cobertura médica de trabajadora» (cfr. p. 211). Literalmente, «*Young consequently stayed home without pay during most of the time she was pregnant and eventually lost her employee medical coverage*».

[21] *Cfr*. p. 230. Textualmente, «*Here, for example, if the facts are as Young says they are, she can show that UPS accommodates most nonpregnant employees with lifting limitations while categorically failing to accommodate pregnant employees with lifting limitations*».

(de la que no formaron parte ni el Juez Presidente John G. ROBERTS, ni el Juez Samuel A. ALITO, pero sí los Jueces Anthony M. KENNEDY y Clarence THOMAS), con el ultraconservador Juez Antonin SCALIA al frente, con su habitual estilo aderezado de sarcasmo, concluyó que la mayoría liberal se había excedido en sus funciones, pues «enfrentada a dos interpretaciones concebibles de la Ley de Discriminación por Embarazo, la Corte [Suprema] no elige ninguna»[22], sino que, «en su lugar, elabora una nueva norma que está espléndidamente desconectada del texto e incluso de la historia legislativa de la Ley»[23]. La inmediata respuesta doctrinal señalaba el camino de la reacción frente a la decisión de la Corte Suprema, por más que la misma supusiera un pequeño avance[24], que se consideraba insuficiente[25], incoherente[26] o de efectos enturbiadores[27], reivindicándose la necesidad de una norma federal más ampliamente protectora[28], en línea con las normas ya aprobadas por algunos Estados federados (aplicables sólo a las empresas que operan en el comercio interior, o intraestatal, del propio Estado federado en cuestión)[29].

4. LA REACCIÓN LEGISLATIVA AL CASO *YOUNG*, POR MEDIO DE LA LEY FEDERAL DE IGUALDAD PARA LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS DE 2022

Diez años después de su presentación por vez primera en Washington, D.C., sobreponiéndose a los sucesivos fracasos padecidos en el Congreso, la Administración del Presidente BIDEN —caso *Young* mediante, y con el apoyo también del Partido Republicano— logró sacar adelante por fin la Ley federal de Igualdad para las Trabajadoras Embarazadas (*Pregnant Workers Fairness Act* o, por su acrónimo en inglés, PWFA)[30], que se aprobó formando parte de la mastodóntica Ley de Créditos Consolidados (*Consolidated Appropriations Act*), de 29 diciembre 2022[31], integrando una de sus treinta ocho grandes partes o divisiones y, más en concreto, la «*Division II*» (rotulada «Trabajadoras

[22] *Cfr*. p. 241. Textualmente, «*Faced with two conceivable readings of the Pregnancy Discrimination Act, the Court chooses neither*».

[23] *Ibidem*. Textualmente, «*It crafts instead a new law that is splendidly unconnected with the text and even the legislative history of the Act*».

[24] Véase Swan, E.A.: «The disallowance of pregnancy discrimination in the workplace: the *Young v. UPS* decision», *Duquesne Business Law Journal*, núm. 18, 2016, p. 127, afirmando que «la decisión es un paso en la dirección correcta hacia la protección de las mujeres embarazadas en el lugar de trabajo».

[25] Véase Grow, L.: «Pregnancy discrimination in the wake of *Young v. UPS*», *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, núm. 19, 2016, p. 162, para quien «la opinión de la mayoría en el caso Young es ciertamente más favorable para las trabajadoras de lo que había sido la anterior interpretación judicial mayoritaria …, [pero] las trabajadoras embarazadas pueden seguir teniendo dificultades para satisfacer la nueva regla formulada por la Corte, en caso de discriminación por embarazo».

[26] Véase Harper, M.C.: «Confusion on the Court: distinguishing disparate treatment from disparate impact in Young v. UPS and EEOC v. Abercrombie & Fitch, Inc.», *Boston University Law Review*, núm. 96, 2016, sosteniendo que «distinguir entre trato desigual e impacto desigual, los conceptos primarios de la discriminación ilegal … puede parecer sencillo …[,] pero incluso los sabios y las sabias de la Corte Suprema siguen teniendo dificultades para diferenciar ambos» (pp. 543-544), lo que provoca la «incoherencia … de la decisión en el caso Young» (p. 569).

[27] Véase Bretl, J.M.: «Confusing clarity: The Pregnancy Discrimination Act after *Young v. UPS, Inc.*», *Notre Dame Law Review Online*, núm. 91, 2015, advirtiendo que «la opinión mayoritaria en el caso Young no aclaró, sino que sólo enturbió las aguas …, y crea incertidumbre para futuros litigios de discriminación por embarazo» (p. 11).

[28] Véase Gyory, M.: «Medical condition or childcare choice: breastfeeding and lactation discrimination after Young v. UPS», *New York University Review of Law & Social Change*, núm. 43, 2019, defendiendo que «si el Congreso aprueba una ley … federal, las [trabajadoras] litigantes ya no necesitarían demostrar que … fue[ron] tratada[s] peor que otro grupo de trabajadores comparables …, [lo cual] simplificaría … las demandas» (p. 520).

[29] Véase Widiss, D.A.: «The interaction of the Pregnancy Discrimination Act and the American with Disabilities Act after *Young v. UPS*», *U. C. Davis Law Review Online*, núm. 50, 2017, recordando que «muchas [leyes de Estados federados] ya han sido aprobadas por mayorías formadas por los dos partidos [republicano y demócrata]» (p. 1453).

[30] Al respecto, véase Anónima, N.: «Finally protected: analyzing the potential of the Pregnant Workers Fairness Act», *Harvard Law Review*, núm. 137, 2023, pp. 663 y 670.

[31] Referencia oficial 136 Stat. 4459. Su denominación larga oficial es la de Una Ley por la que se establecen créditos consolidados para el ejercicio fiscal que finaliza el 30 septiembre 2023, y para proporcionar ayuda de emergencia para la situación en Ucrania, y para otros propósitos (*An Act making consolidated appropriations for the fiscal year*

embarazadas [*Pregnant workers*]»). A su vez, esta concreta División se incorporó como nuevo Capítulo 21G al Título 42 del Código de los Estados Unidos, conformado por las secciones 2000gg a 2000gg-6, cuya regulación gira alrededor del concepto de «práctica ilegal de empleo [*unlawful employment practice*]», consistente en alguna de las siguientes conductas por parte del empleador, supuesto que actúe en el comercio interestatal y no tenga menos de quince trabajadores[32], a saber: 1) «no realizar adaptaciones razonables a las limitaciones conocidas relacionadas con el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas de una trabajadora cualificada, a menos que …[la empresa] pueda demostrar que la adaptación supondría una dificultad excesiva para el funcionamiento del negocio de dicha [empresa]»[33]; 2) «exigir a una trabajadora cualificada afectada por el embarazo, el parto o situaciones médicas relacionadas que acepte una adaptación distinta de cualquier adaptación razonable a la que se haya llegado a través del proceso [legalmente establecido]»[34]; 3) «denegar oportunidades de empleo a una trabajadora cualificada si dicha denegación se basa en la necesidad de la [empresa]… de realizar adaptaciones razonables a las limitaciones conocidas relacionadas con el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas de la trabajadora cualificada»[35]; 4) «exigir a una trabajadora cualificada que tome un permiso, remunerado o no, si se puede realizar otra adaptación razonable a las limitaciones conocidas relacionadas con el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas de la trabajadora cualificada»[36]; y 5) «adoptar medidas adversas en los términos, condiciones o privilegios de empleo contra una trabajadora cualificada por el hecho de que la trabajadora solicite o utilice una adaptación razonable a las limitaciones conocidas relacionadas con el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas de la trabajadora»[37]. Este nuevo Capítulo 21G incluye además una sección que habilita a la EEOC para elaborar normas reglamentarias, más en concreto su sección 2000gg-3 (cuyo rótulo original es «*Rulemaking*»), a cuyo tenor «a más tardar 1 año después del 29 diciembre 2022, la [EEOC]… promulgará normas reglamentarias en formato accesible …, para el desarrollo de este Capítulo»[38], teniendo en cuenta que «dichas normas reglamentarias proporcionarán ejemplos de adaptaciones razonables … relacionadas con el embarazo, el parto o las situaciones médicas relacionadas»[39].

ending September 30, 2023, and for providing emergency assistance for the situation in Ukraine, and for other purposes).

[32] *Cfr*. sección 2000gg(2)(B) del Título 42 del Código de los Estados Unidos, a cuyo tenor «empleador … significa una persona … que tiene 15 ó más trabajadores [*employer ... means a person ... who has 15 or more employees*]».

[33] *Cfr*. apartado (1). Textualmente, «*not make reasonable accommodations to the known limitations related to the pregnancy, childbirth, or related medical conditions of a qualified employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity*».

[34] *Cfr*. apartado (2). Textualmente, «*require a qualified employee affected by pregnancy, childbirth, or related medical conditions to accept an accommodation other than any reasonable accommodation arrived at through the ... process*».

[35] *Cfr*. apartado (3). Textualmente, «*deny employment opportunities to a qualified employee if such denial is based on the need of the covered entity to make reasonable accommodations to the known limitations related to the pregnancy, childbirth, or related medical conditions of the qualified employee*».

[36] *Cfr*. apartado (4). Textualmente, «*require a qualified employee to take leave, whether paid or unpaid, if another reasonable accommodation can be provided to the known limitations related to the pregnancy, childbirth, or related medical conditions of the qualified employee*».

[37] *Cfr*. apartado (5). Textualmente, «*take adverse action in terms, conditions, or privileges of employment against a qualified employee on account of the employee requesting or using a reasonable accommodation to the known limitations related to the pregnancy, childbirth, or related medical conditions of the employee*».

[38] Apartado (a), inciso primero. Textualmente, «*Not later than 1 year after December 29, 2022, the* Commission *shall issue regulations in an accessible format ... 5 to carry out this chapter*»

[39] *Ibidem*, inciso primero. Textualmente, «*Such regulations shall provide examples of* reasonable accommodations *... related to pregnancy, childbirth, or related medical conditions*».

5. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO, EN 2023-2024, DE LA LEY FEDERAL DE IGUALDAD PARA LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS DE 2022

Una versión preliminar de estas normas reglamentarias fue publicada por la EEOC, a través del portal en Internet del Registro oficial del Gobierno federal (o *Federal Register*, ubicado en https://www.federalregister.gov), en el mes de agosto de 2023[40], aunque la versión definitiva de dichas normas reglamentarias no la dio a conocer la propia EEOC hasta el mes de abril de este mismo año 2024 (fijando su entrada en vigor para el mes de junio siguiente), de nuevo a través del Registro oficial referido[41]. Su abigarrado contenido se extiende a lo largo de más de un centenar de páginas (de la 29096 a la 29220, del vol. 89, No. 77, fechado el 19 abril 2024) del Registro oficial en cuestión, y además a triple columna, apareciendo compartimentado dicho contenido en tres bloques diferenciados, aunque complementarios. El primero de estos tres bloques (rotulado «Información suplementaria [*Supplementary information*]») antecede a la parte regulatoria propiamente dicha, ocupando nada más y nada menos que las ochenta y siete páginas iniciales del texto, en las que se explicita el motivo más apremiante para la promulgación de la norma que procede a desarrollar (literalmente, «existe un historial de empleadores que no ofrecen a las trabajadoras puestos de trabajo ligeros en grave detrimento de esas trabajadoras, incluso después de la decisión de la Corte Suprema en [el caso] *Young v. United Parcel System*»)[42], haciendo constar que hubo un período de exposición pública de la versión preliminar de esta norma reglamentaria —quizá para justificar el retraso en la aprobación de su versión definitiva—, en el que se recibió un «número total de comentarios … por encima de 100.000»[43], incluyéndose también puntillosos gráficos relativos, por ejemplo, a costes de aplicación en las pequeñas empresas (aunque, eso sí, con al menos 15 trabajadores)[44]. El segundo bloque (rotulado «Parte 1636—Ley de Igualdad para las Trabajadoras Embarazadas [*Part 1636—Pregnant Workers Fairness Act*]») ocupa las siete páginas siguientes del texto, dedicadas a la parte regulatoria propiamente dicha, consistente en la adición de una nueva Parte (la 1636) al Título 29 (rotulado «Trabajo [*Labor*]») del Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations* o, por su acrónimo en inglés, CFR, esto es, el «más [que] faraónico»[45] instrumento recopilador de las normas federales de desarrollo del Código de los Estados Unidos), razón por la que su cita oficial es «29 CFR 1636», la cual aparece subdividida a su vez en ocho apartados (respectivamente relativos a «Finalidad»[46], «Definiciones—genéricas»[47], «Definiciones—específicas de la PWFA»[48], «No discriminación concerniente a las adaptaciones razonables relativas al embarazo»[49], «Remedios y exigencia del cumplimiento»[50], «Renuncia a la inmunidad de Estado [federado]»[51], «Relación con

[40] Con la referencia oficial 88 FR 54714, su texto puede verse en https://www.federalregister.gov/documents/2023/08/11/2023-17041/regulations-to-implement-the-pregnant-workers-fairness-act.

[41] Con la referencia oficial 89 FR 29096, su texto puede verse en https://www.federalregister.gov/documents/2024/04/19/2024-07527/implementation-of-the-pregnant-workers-fairness-act.

[42] *Cfr*. p. 29117. Textualmente, «*there is a history of employers failing to provide pregnant employees light duty positions to the severe detriment of those employees, even after the Supreme Court's decision in* Young v. United Parcel Service».

[43] *Cfr*. p. 29096. Textualmente, «*total number of comments … over 100,000*».

[44] *Cfr*. p. 29162, en la que aparece la «Tabla 13», con el rótulo «Costes anuales de adaptaciones razonables para pequeñas empresas en función de su tamaño [*Annual Costs for Reasonable Accommodations for Small Businesses Based on Size*]».

[45] Véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023, p. 40.

[46] *Cfr. sección 1636.1. Textualmente, «Purpose».*

[47] *Cfr*. sección 1636.2. Textualmente, «*Definitions—general*».

[48] *Cfr*. sección 1636.3. Textualmente, «*Definitions—specific to the PWFA*».

[49] *Cfr*. sección 1636.4. Textualmente, «*Nondiscrimination with regard to reasonable accommodations related to pregnancy*».

[50] *Cfr*. sección 1636.5. Textualmente, «*Remedies and enforcement*».

[51] *Cfr*. sección 1636.6. Textualmente, «*Waiver of State immunity*».

otras leyes»[52] y «Contenido separable»[53]). En fin, el tercer bloque (rotulado «Apéndice A a la Parte 1636—Guía interpretativa sobre la Ley de Igualdad para las Trabajadoras Embarazadas [*Appendix A to Part 1636—Interpretative Guidance on the Pregnant Workers Fairness Act*]») ocupa las treinta y una páginas restantes del texto, en las que no sólo se contienen justificaciones adicionales relativas a la parte regulatoria propiamente dicha, sino que también se incluyen multitud de ejemplos de cómo llevar a la práctica la aplicación de la normativa («por ejemplo, si una trabajadora embarazada solicita pausas adicionales para ir al baño, est[á] cualificad[a] si pued[e] realizar las funciones esenciales del trabajo con la adaptación razonable de las pausas adicionales para ir al baño»)[54].

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J.: *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Barcelona, Atelier, 2023.

Bretl, J.M.: «Confusing clarity: The Pregnancy Discrimination Act after *Young v. UPS, Inc.*», *Notre Dame Law Review Online*, núm. 91, 2015.

Coffin, S.D.: «The 1978 Pregnancy Discrimination Act: A problem of interpretation», *Washington University Law Quarterly*, núm. 58, 1980.

Frobes, P.: «General Electric Co. v. Gilbert: A lesson in sex education and discrimination – The relationship between pregnancy and gender and the vitality of disproportionate impact analysis», *Utah Law Review*, núm. 1977, 1977.

Fry, J.L.: «Employment discrimination: General Electric Co. v. Gilbert – Denial of employee rights under Title VII», *UMKC Law Review*, núm. 46, 1977.

Grow, L.: «Pregnancy discrimination in the wake of *Young v. UPS*», *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, núm. 19, 2016.

Gyory, M.: «Medical condition or childcare choice: breastfeeding and lactation discrimination after Young v. UPS», *New York University Review of Law & Social Change*, núm. 43, 2019.

Harper, M.C.: «Confusion on the Court: distinguishing disparate treatment from disparate impact in Young v. UPS and EEOC v. Abercrombie & Fitch, Inc.», *Boston University Law Review*, núm. 96, 2016.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Barcelona, Atelier, 2023.

Nota Anónima, «Finally protected: analyzing the potential of the Pregnant Workers Fairness Act», *Harvard Law Review*, núm. 137, 2023.

Swan, E.A.: «The disallowance of pregnancy discrimination in the workplace: the *Young v. UPS* decision», *Duquesne Business Law Journal*, núm. 18, 2016.

Taylor, E.T.: «Differential treatment of pregnancy in employment: The impact of General Electric Co. v. Gilbert and Nashville Gas Co. v. Satty», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 13, 1978.

Widiss, D.A.: «The interaction of the Pregnancy Discrimination Act and the American with Disabilities Act after *Young v. UPS*», *U. C. Davis Law Review Online*, núm. 50, 2017.

[52] *Cfr*. sección 1636.7. Textualmente, «*Relationship to other laws*».

[53] *Cfr*. sección 1636.8. Textualmente, «*Severability*».

[54] Cfr. 29194. Textualmente, «*For example, if a pregnant employee requests additional restroom breaks, they are qualified if they can perform the essential functions of the job with the reasonable accommodation of additional restroom breaks*».

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía[1]

The legal organization of capitalism (part II): the legal institutions of the economy

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 161-224.

"El destino de nuestra época se caracteriza por una racionalización e intelectualización del mundo y, sobre todo, por la pérdida de la religiosidad del mundo […]. A quienes no pueden soportar "virilmente" el destino de nuestra época, hay que decirles que más vale que se marchen en silencio, simple y sencillamente, sin la tradicional publicidad de los renegados, a refugiarse en las viejas iglesias, que habrán de recibirlos fácil y piadosamente. Naturalmente que en ellas habrá de "sacrificar el intelecto" […]. No sólo debemos esperar y anhelar. Debemos hacer algo más. Debeos ponernos a trabajar y satisfacer, como hombres y como profesionales las "exigencias de cada día". Esto es simple y sencillo si cada uno descubre y obedece al demonio que maneja los hilos de su propia vida".

MAX WEBER[2]

1. CAPITALISMO, ESTADO Y DEMOCRACIA

Sabemos que la sociedad moderna vive su futuro en forma de riesgo de las decisiones. Las referencias a las decisiones es una forma de referencia al presente, pues un riesgo es un aspecto de las decisiones, y las decisiones sólo se pueden tomar en el presente, bien sea que en una perspectiva de futuro. El riesgo es, por consiguiente, una forma de descripción presente del futuro, desde el punto de vista de que teniendo en cuenta los riesgos es posible optar por una u otra alternativa. Pero toda decisión puede desencadenar consecuencias no deseadas. El problema se vuelve así a la dimensión social, a la sociedad y en última instancia a la política y al Derecho. Existen distintos puntos de apoyo para decir que la sociedad moderna percibe de hecho su futuro en la forma de un riesgo presente. Es posible pensar, acaso, que "ya no pertenecemos a aquella estirpe de héroes trágicos que, en todo caso,

[1] Véase también la Parte I de este ensayo en, Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 279-333.

[2] Weber, M.: "La ciencia como profesión", en Weber, M.: *Política y ciencia y otros ensayos de sociología,* trad. C. Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del poder del derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (pp. IX-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013, pp. 57-58.

a posteriori, se enteraban de que ellos mismos habían labrado su destino. Nosotros lo sabemos de antemano"[3].

Pues bien, con sus códigos y el diseño publicista del poder del Estado, se puede decir que el siglo XIX fue en gran medida el de la fase constitutiva de «Estado de Derecho», un tipo de Estado sometido al Derecho y al principio de separación de poderes, a diferencia del Estado absolutista, basado en el régimen de la fuerza[4], y del «Estado vigilante» o «policía», propio del despotismo ilustrado. Las primeras codificaciones del Derecho privado supondrían la paulatina disolución del *Ius commune*[5]. Esta *fórmula mágica*[6] de la teoría política y jurídica (el Estado de Derecho), comporta la supresión de la arbitrariedad en las actividades estatales que inciden sobre los ciudadanos y la juridificación del poder, es decir, supone la regulación y predisposición de límites del poder.

A) El Estado liberal de Derecho se caracterizaba por la *homogeneidad* del conjunto del Derecho legislativo. Hasta el punto es así que el ordenamiento jurídico era contemplado como un dato[7]. En efecto, la sistematicidad de la legislación podía ser considerada como un *dato*, es decir, un postulado en términos de principio que estaba garantizado por la dirección hacia la unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo imprimidas por la burguesía en el poder, la cual se expresaba mediante la ley. Es lo cierto que los regímenes constitucionales implantaron los principios jurídicos y políticos liberales de la burguesía triunfante, los cuales se manifestaban en la ley formal, elevada al máximo rango

[3] Lumann, N.: *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna* (1992), Barcelona, Paidós, 1997, pp. 87 y sigs., y 121 y sigs., en particular p.138.

[4] Anderson, P.: *El Estado absolutista*, Madrid, siglo XXI, 1979, pp. 9 y sigs. Para la formación del Derecho en el mundo occidental es obligada consulta la obra de Berman, H.J.: *Law and Revolution: The Formation o Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983; y su traducción al español, Berman, H.J.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.

[5] Coing, H.: *Derecho privado europeo (1985-1989),* 2 Tomos, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, 1996, espec., Tomo II, Parte I ("Las Bases"), Capítulo I ("La codificación del Derecho civil"), pp. 27 y sigs., realzando que la moderna codificación de una forma nueva de Derecho, una forma de Derecho relativamente joven, aunque al jurista continental la resulte tan familiar y natural. Y puede que hasta lejano en el tiempo histórico, pues no existía antes del Siglo XVIII. El *Corpus Iuris* de Justiniano no era una codificación en el sentido moderno; era una colección de materiales jurídicos de distintas épocas conforme a un esquema muy abierto. Sin embargo, fue el modelo de todos los libros de leyes generales antes de la aparición de los modernos códigos civiles. Los principios básicos para la nueva forma de ley fueron desarrollados en una doctrina de la legislación que nació de la crítica de los humanistas y sistemáticos al Derecho Común y de la doctrina de la Ilustración (Franz Wieacker). Las ideas de la codificación serían puestas en práctica en el siglo XIX. Todos los países en los que anteriormente había estado vigente el *Ius Commune* codificaron el Derecho Civil. Significativamente, *un motivo decisivo para ello fue la finalidad de unificar el Derecho.* El *Ius Commune* no podía conseguir una unidad completa del Derecho, ya que tenía un valor solamente subsidiario. Pero la unidad del Derecho correspondía a la idea del Estado nacional, que en el siglo XIX en el Continente europeo tuvo cada vez más importancia. Pero también respondía a las necesidades de una economía, que se esforzaba por mercados mayores y para lo cual la dispersión del Derecho era un obstáculo que había que eliminar. Véase, asimismo, Merryman, J.H.: *La tradición jurídica romano-canónica* (1969)*,* México D.F., 1971, espec., pp. 22 y sigs., 54 y sigs. ("Códigos y codificación"), y 110 y sigs., y en una perspectiva jurídico-crítica, Schiavone, A.: *Los orígenes del derecho burgués. Hegel contra Savigny* (1984)*,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Edersa), 1986, espec., pp. 15 y sigs., 59 y sigs., y 85 y sigs. ("La decadencia del historicismo jurídico"); Fehrenbach, E.: *Sociedad tradicional y Derecho moderno. La recepción del Code Napoleón en los Estados de la Federación Renana,* Buenos Aires, Alfa, 1980, espec., pp. 20 y sigs. ("La política de Napoleón ante la Federación Renana y la expansión del sistema jurídico francés"), 44 y sigs. ("La fundamentación programática de la recepción"), 125 y sigs. ("Derecho francés y orden social prerrevolucionario"), y 184 y sigs. ("La supervivencia del Derecho romano"). Una perspectiva de conjunto y de síntesis, en Kunkel, W.: *Historia del Derecho Romano,* Barcelona, Ariel, 1985, espec., pp. 142 y sigs., 170 y sigs. ("La codificación justinianea"); Stein, P.G.: *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2001, espec., pp. 99 y sigs. ("El Derecho Romano y la Nación Estado"), y 144 y sigs. ("El Derecho Romano y la Codificación").

[6] Por utilizar la útil expresión acuñada por Wiethölter, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica,* Madrid, Edersa, 1991.

[7] Véase, Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 30.

normativo dentro del sistema jurídico general. Es la ley la que refleja el orden establecido. Se estaba en el siglo XIX ante un Estado de clase única o Estado burgués[8], y un Derecho sustancial «monoclase»[9]. El Estado "monoclase" fue el propio de la modernidad restringida, pues marginaba a la mayor parte de la población: las clases desposeídas de la sociedad, estaban privadas legalmente del derecho político de sufragio y de las libertades públicas como el derecho de asociación y la libertad sindical. Este paradigma no puede, sin embargo, eludir la especificidad nacional de este tipo de Estado y la mayor complejidad de los procesos de cambio que dieron lugar al mismo en los países desarrollados.

El sistema jurídico-político operaba inicialmente con un gran margen de actuación. Pudo imponer su orden, sus reglas de juego, donde las clases desposeídas, quedaban enteramente neutralizadas, en la medida en que estaban fuera del sistema político institucional: situadas en la marginalidad de la periferia geopolítica. Al carecer del derecho de voto, asociación y libertad de sindicación (libertades públicas fundamentales) no podían influir en la regulación legal, que expresaba los intereses de las clases propietarias e industriales. Las clases trabajadores quedaban, pues, en la periferia del sistema capitalista de los orígenes y durante décadas.

En este contexto, las clases en el poder ejercían un monopolio decisorio en el campo político y jurídico, de manera que la unidad material de la clase dominante y la ideología liberal aglutinante garantizaban la unidad y coherencia del sistema jurídico positivo. El código era la expresión típica de ese dominio de la actividad legislativa en el siglo diecinueve. Este instrumento jurídico reflejaba el programa de ordenación de la sociedad civil construido sobre la lógica de lo razonable de la burguesía liberal. Estaba pensado para perdurar, a cuyo objetivo colaboraba activamente la ciencia del Derecho, entendida por el positivismo jurídico dominante (positivismo legalista), como ciencia del Derecho positivo encaminada a su conservación[10]. El Estado "liberal" de Derecho tenía su propia Constitución del Trabajo: "La constitución liberal del trabajo"[11]. El sistema codicístico tenía todas las propiedades técnicas para formalizar y conformar el modelo de sociedad burguesa, con la formulación de principios de formulación apriorística, la generalidad, la abstracción, la plenitud y el carácter sistemático. Los códigos de derecho privado de los orígenes reflejaban el enfoque del positivismo legalista o legalismo, las normas sólo podían ser interpretadas mediante operaciones de orden puramente lógico; interpretación silogística que no admitía ningún margen de discrecionalidad

[8] La configuración como Estado de clase del Estado burgués, era perfectamente correcta en el siglo XIX. Un régimen que excluía a la mayoría de población de los derechos políticos: derecho de voto (recuérdese el régimen censitario) y de las libertades públicas de asociación y sindicación. Por ello, se podía considerar esencialmente acertado el análisis de Marx respecto a los sistemas liberales de la época. Véase, Marx, K.: *Las luchas de clases en Francia* (1850), trad. de A. C. Cuper, Madrid, Espasa-Calpe, 1992, lo que pudo hacer hablar a Marx de la política oficial como política de *gestión* de intereses de la clase dominante en el poder establecido. Desde la historia constitucional, véase la obra clásica de referencia de Hintze, O.: *Historia de las formas políticas,* trad. J. Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, "Otto Hintze y la renovación de la historia política y constitucional" (pp.IX-LVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021; Zagrebelsky, G.: *Historia y constitución,* trad. y Prólogo de M. Carbonell, 2005.

[9] Véase Giannini, M. S.: *El poder público. Estados y administraciones públicas*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, que distingue entre el Estado de clase única del siglo XIX (cap. 2.º, pp. 49 y sigs.) y el Estado de pluralidad de clases (capítulo 3º, pp. 85 y sigs.). Respecto a los postulados del Estado de Derecho liberal, véase Barcellona, P.: *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, cap. II (Del Estado de Derecho al Estado programador), pp. 53 y sigs.

[10] Véase Wieacker, F.: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Cuarta Parte, pp. 333 y sigs.

[11] Monereo Pérez, J.L «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social», en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2001, pp. 197-254; *Ibid., Fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, espec., Capítulo 4, sobre la transformación de la "constitución liberal del trabajo" y su paulatina sustitución por la "constitución social del trabajo" ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"; "Reforma social y 'constitución del trabajo"; "La combinación de *status* y contrato en la "constitución del trabajo"), pp. 191 y sigs.

en ese proceso interpretativo[12]. Precisamente la Escuela de la Exégesis pretendió realizar el objetivo que se propusieron los artífices de la Revolución, consistente en reducir el Derecho a la ley y, más específicamente, el Derecho civil al Código de Napoleón[13]. Pensadores como Gény podrán de manifiesto, al tiempo, los límites de esa interpretación reductiva del Derecho a la exclusividad de la ley (como pretendía el positivismo legalista) y construirán los cimientos de una nueva concepción del Derecho en una dirección antiformalista y iusrealista[14].

[12] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 279-333 Monereo Pérez, J. L.: "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vo. 14, núm.1, 2023, pp. 1–60. Monereo Pérez, J.L.: "La «jurisprudencia sociológica» de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", en Pound, R.: Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, pp. IX-LXXXIII.; Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV) a Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000. Clemente de Diego, F.: *La jurisprudencia como fuente del derecho,* edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016. De referencia, Pérez Luño, A.E.: *El desbordamiento de las fuentes del derecho,* Madrid, La Ley, 2011.

[13] Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1879, pp. 37 y sigs.

[14] Monereo Pérez, J.L: «El pensamiento científico jurídico de Gény», en Geny, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar sobre a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000. Gény realizó en este libro extraordinario y una crítica profunda de los fundamentos y del método de la Ecole de l' Exégèse. Una reflexión sobre la Escuela de la exégesis en Tarello, G.: "Ideologías del siglo XVI sobre la codificación y estructura de los códigos", "La Escuela de la Exégesis y su difusión en Italia", "A propósito del «Código Civil»", en Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del derecho*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp.43 y sigs., 73 y sigs., y 135 y sigs., respectivamente. Solari, G.: *Filosofía del Derecho Privado. I. La Idea Individual,* trad. Oberta Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1946.
Muchos pensadores iuscivilistas se unirían a la labor de renovación de la metodología jurídica, como Louis Josserand, Edoudard Lambert y en sus manuales y obras individuales, Planiol, Ripert, Colin-Capitan. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado entre los cambios sociales", en Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado,* trad. E. Sánchez y J. M.Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018, pp. IX-LIV; Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "Constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* núm. 1, 2021, pp. 197-322; Ripert, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno,* trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021; Petit, C.: "Absolutismo jurídico y Derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert", en Cappellini, P. y otros: *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi,* Madrid, del 11 al 14 de enero de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121 y sigs. Ripert, G., Roblot, R.: *Traité de droit comercial* (14 ed.), París, LGDJ/Philippe Delebecque, Michel Germain, 1904. 13ª édition, París, Librairie Génerales de Droit et de Jurisprudence, 1989, actualización de René Roblot (hay varias ediciones posteriores). Planiol, M., Ripert, R., Savatier, R.: *Traité pratique de droit civil français*, I-XIV, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias Jean Boulanger, 1925-1934; Planiol, M., Ripert, G.: *Traité élémentaire de droit civil, conforme au program officiel des Facultés de droit* (12 ed.), París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932; Boulanger, J., Planiol, M., Ripert,G.: *Traité élémentaire de droit civil*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1942.
Pero antes que ellos lo hará el segundo Ihering, Menger, Gierke, y tras ellos todas las grandes escuelas iusrealistas y antiformalistas tanto del Derecho privado como del Derecho público (Oliver Wendell Holmes, Leon Duguit, Maurice Hauriou, Santi Romano, Hermann Kantorowicz, Philipp Heck, Alf Ross, Roscoe Pound, **Theodor J. Geiger** y un largo etcétera, en una polémica que continúa siempre bajo nuevas formas); Menger, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. A. Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; Monereo Pérez,

Con el *desmoronamiento del originario sistema liberal*, la emergencia de la legislación intervencionista y la consolidación del tipo de Estado social, se produce una complejización en el sistema jurídico. A las normas generales se le suman las leyes especiales reguladoras de determinadas relaciones sociales. Ese proceso adquiere su máxima expresión en la crisis de la ley general y abstracta. De tal manera que la actual fase histórica se caracteriza por la «pulverización» del Derecho legislativo, derivada de las dificultades de gobierno uniforme de una sociedad pluriconflictual y la profusa *multiplicación de la legislación sectorial y transitoria para atender a los problemas específicos y a las rápidas mutaciones en curso*. Se trata de la proliferación de las «leyes medida», en las que prevalece más la «medida» que el componente propiamente de norma regulativa. Esa legislación sectorial, y

J.L.: "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 487-494; Gierke, Otto, V.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de J.M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015; Gierke, Otto, v.: *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Gierke, Otto, v.: *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982; Gierke, Otto, V.: *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995; Ihering, R.von.: *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española de Enrique Príncipe y Satorres, edición crítica íntegra en un solo volumen y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); Ihering, R.Von.: *El Fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, edición crítica íntegra en su solo volumen y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); Ihering, R.von.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; Ihering, R.von.: *Prehistoria de los Indoeuropeos,* trad. y estudio preliminar originario de Adolfo Posada, y estudio preliminar actual, "Ihering, historiador", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; Hauriou, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional,* traducción, "estudio preliminar", notas y adiciones, por C. Ruiz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003; Duguit, L.: Las transformaciones del Derecho público y privado, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; Duguit, L.: *Soberanía y libertad*, trad. J.G. Acuña, 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, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Holmes Jr, O.W.: *The Common Law,* trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del «Common Law» tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), por J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Reus, 2010; Kantorowicz, H.: *La definición del Derecho,* Madrid, Revista de Occidente, 1964. Heck, PH: *El problema de la creación del Derecho,* trad. M. Enteza (Manuel Sacristán Luzón), revisión, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999; Ehrlich, E.: *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia,* trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005; Pound, R.: *La Evolución de la Libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, "La «jurisprudencia sociológica» de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; Pound, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, traducción y estudio preliminar (pp. IX-XXXVIII) por José Puig Brutau, revisión y edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; Ross, A.: *Sobre el Derecho y la justicia,* trad. G.R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977; Ross, A.: *Hacia una ciencia realista del Derecho*, trad. J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961; Ross, A.: *Lógica de las normas*, trad. S.-Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho" (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; Ross, A.: *Teoría de las fuentes del Derecho*, Estudio preliminar de S. Muñoz de Baena y otros, Madrid, CEPC, 1999; Geiger, TH.: *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Introducción de P. Trappe, revisión y edición de J.L. Monereo Pérez (Colección Crítica del Derecho), 2001. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen*. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, pp. 327–349.

buena parte de las "leyes medida" se vinculan a la tendencia hacia una cierta *contractualización política y social de la legislación estatal,* que se corresponde con un cierto debilitamiento del Estado social y con la acusada fragmentación de la sociedad civil en grupos que tratan de influir sobre el contenido de la legislación pública. Se sitúan en el «mercado de la legislación» para obtener el particular tipo de tratamiento legislativo. Ello puede ser tanto reflejo de las exigencias loables de realización del principio de igualdad sustancial, como de la más problemática presión de los grupos de interés dominantes sobre la actividad legislativa. Las legislaciones sectores cambiantes repercuten en la crisis de los principios de legalidad y abstracción[15].

La contractualización de la legislación pública introduce una lógica de sector, e imprime al mismo tiempo una cierta ocasionalidad, ya que están sujetas a cambiantes correlaciones de fuerzas. Lo cual dificulta que la ley estatal continúe siendo el centro neurálgico de la organización jurídica, al reflejar ella misma la desestructuración (preexistente y, a menudo, inducida por la propia ley) del entramado social y la búsqueda permanente de un equilibrio de intereses de las fuerzas en presencia.

B) Pero no es sólo la pulverización descrita de la legislación pública la que introduce un factor de complejidad altamente preocupante, ya que ese fenómeno viene acompañado de la misma heterogeneidad de los contenidos de las normas en el Estado social pluralista formalizado en las constituciones contemporáneas. Las normas públicas expresan la heterogeneidad de intereses presentes en la sociedad civil, apartándose de la mitificada pretensión de un ordenamiento estatal basado en una coherencia interna, como se pretendía en la edad de la codificación constituyente[16]. Queda reflejado en la propia legislación estatal el pluralismo social y político y la inexistencia de una sociedad civil uniforme y homogénea. Lo que se manifiesta nítidamente es el *carácter cada vez más compromisorio de los contenidos de la ley*, en cuanto reflejo de una negociación –intercambio político- entre poderes públicos y privados sobre los intereses y valores a los que se ha de enderezar las leyes negociadas, que en cuanto tales son resultado de una transacción[17]. El fenómeno puede tener sus connotaciones críticas, pero no cabe duda de que refleja más claramente que en el paradigma liberal precedente la existencia efectiva de una sociedad heterogénea, fragmentada, dividida en clases y en grupos sociales. Y, todo caso, conviene diferenciar este carácter de compromiso de las leyes, respecto al mismo carácter compromisorio de la Constitución. En las situaciones constitucionales pluralista, el proceso de integración/inclusión se produce necesariamente a través del compromiso entre los partidos. De ahí que la Constitución sea, y no podría dejar de serlo, un texto normativo fundamental de compromiso. Ello supone la renuncia por parte de los "partidos constituyentes" a

[15] Monereo Pérez, J. L.: "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1–74.

[16] Los términos del debate eran nítidos al respecto, como puede comprobarse en Tribaut Y Savigny: *La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y De la Vocación de nuestra época para le legislación y la ciencia del derecho,* con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos, Introducción y selección de textos de J. Stern, trad. J. Díaz García, Barcelona, Aguilar, 1970. Véase Savigny, F.DE.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho,* trad. A. Posada, edición y estudio preliminar, "Savigny y la nostalgia de la Jurisprudencia como ciencia hegemónica", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; *Ibid., Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano,* edición y estudio preliminar, "Ciencia del Derecho en Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005; *Ibid., Sistema de Derecho Romano Actual,* traducción por Jacinto Messía y Manuel Poley, revisión, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Savigny", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

[17] Véase, Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 38; Monereo Pérez, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, *passim*. La obra más completa sobre la experiencia de la concertación social en España, Monereo Pérez, J. L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* Autores: R. Álvarez Gimeno, Á.L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, y R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del CES, 2015.

plasmar íntegramente en el pacto constitucional todas sus posiciones y sus aspiraciones. Se reconoce la existencia de un "mínimo común denominador" constitucional que se sustenta en virtud de la adhesión general activa de todos cuantos participan en el compromiso y que constituye una sólida base para construir la convivencia común. Ese mínimo común denominador es el núcleo esencial de la Constitución, la parte intangible que no podrá someterse a su revisión sino destruyendo todo el edificio (principios supremos intangibles: el valor de la persona humana y sus derechos individuales y sociales inviolables, la igualdad, la democracia, la laicidad, etcétera)[18].

Esa heterogeneidad social se traduce, en el ordenamiento jurídico *estatal* en la dispersión legislativa, y externamente en el pluralismo de las fuentes del ordenamiento jurídico general, donde se aprecia la coexistencia entre distintos ordenamientos privados (fuentes extraestatales o extralegislativas) con el ordenamiento estatal[19]. Ello produce una crisis indudable del postulado positivista dominante en el siglo diecinueve de la estatalidad del Derecho. Los propios textos constitucionales contemporáneos dejan importantes espacios para la autorregulación de los grupos sociales y asociaciones profesionales (aunque también para el autogobierno corporativo de los grandes poderes económicos). Ello da lugar a la implantación de fuentes autónomas del Derecho social. Por lo demás, ese pluralismo se incrementa ante el fenómeno de la *desregulación legislativa*, en virtud del cual el poder público encomienda a las fuentes autónomas extralegislativas la regulación de amplias materias antes sometidas a regulación por el Derecho del Estado, que no puede pretender (ni lo pretende ya explícitamente) el monopolio de la creación de normas jurídicas[20]. Las fuentes extralegislativas no solo derivan del "Derecho social" entre organizaciones profesionales, sino también –y de manera muy diversa- de las fuentes

[18] Véase Zagrebelsky, G.: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* Madrid, Trotta, 2014, espec., pp. 120 y sigs.

[19] 230Véase Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. S. y L. Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963 (reedición: *El ordenamiento jurídico,* trad. S. y L. Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Reus, 2010), quien pone de manifiesto la inconsistencia de la doctrina que no admite más derecho que el derecho estatal y la constatación en la experiencia jurídica de una pluralidad de los ordenamientos jurídicos (*Ibid.*, cap. II, pp. 205 y sigs.); Bobbio, N.: «Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano», en *Contribución a la teoría de Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 155 y sigs.

[20] Sobre la crisis de la estatalidad del Derecho y la emergencia y expansión posterior del pluralismo jurídico, véanse las obras clásicas de Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G. (1932/2005): *L'idée du droit sociale,* París, Sirey, 1932; y su traducción al castellano, Gurvitch,G.: *La idea del derecho social,* traducción, edición y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. Monereo Pérez, J. L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021; Monereo Pérez, J. L.: "De las declaraciones a la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales: la aportación de Georges Gurvitch", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 166–273.
Asimismo, es relevante el pluralismo jurídico de Laski, véase, al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004. Monereo Pérez, J.L.: *La filosofía política de Harold J. Laski,* estudio preliminar a Laski, H.J.: *La Gramática de la política. El Estado Moderno,* trad. T. González García, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. XV-C. Monereo Pérez, J.L. "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1*,* 2021, pp. *298*–377. Para el estudio de una manifestación cualificada del pluralismo jurídico en su proyección en las fuentes del Derecho Social, véase Monereo Pérez, J.L.: "*Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*", estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. XI-CLXIII, 2000. Un estudio sobre el Derecho de negociación colectivo como expresión del pluralismo de las fuentes de derecho objetivo y de la autorregulación de los interlocutores sociales en el mundo del trabajo, en Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, espec., Capítulos 1-4.

de autorregulación de los grupos económicos en los grandes espacios de mercado internacional. Es el caso de la nueva "*lex mercatoria*"[21]. Las reacciones de los ordenamientos jurídicos ante este hecho tienen que ofrecer también respuestas adoptadas en instrumentos eminentemente internacionales. Estas respuestas han venido de la Organización Internacional del Trabajo, pero también de la Unión Europea. Y se sitúan en la dirección que apuesta por la construcción de un Derecho Transnacional del Trabajo[22], no sustitutivo, sino complementario de las legislaciones de los Estados nacionales. En el ámbito de la Unión Europea las respuestas han sido insuficientes y deficientes (principalmente a través de norma de "derecho blanco"[23], aunque en alguna ocasión se ha avanzado en la producción legislativa a través de normas de "derecho fuerte"[24]. Una de las iniciativas más significativa para la "economía-mundo" actual es la relativa a la regulación de la Diligencia debida y al trabajo decente[25]. Al respecto se ha aprobado una propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas[26]. Todo

[21] Monereo Pérez, J. L. "La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 8*,* núm. 1, 2018, pp. 1–44. Recuperado a partir de https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2896. Véase, con referencia a las experiencias negociadoras al respecto, Fernández Domínguez, J.J.: De la condicionalidad social a los Acuerdos Marco Internacionales, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 191 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", en VV.AA.: *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 45 a 75; Sanguinetti Raymond, W.: "La tutela de los derechos fundamentales de trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Iustel*, núm. 20, 2009; García Landaburú, M.K.: *La participación sindical en el control de las cadenas mundiales de suministro. El caso Inditex como referente internacional,* Prólogo de W. Sanguineti Raymond, Albacete, Bomarzo, 2023.

[22] Véase en esa dirección Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II.2. ("La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía", pp. 54-109, Capítulo III ("La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales"), pp. 137-212, y Capítulo IV ("Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una "Europa Social" basada en la tutela de los derechos fundamentales", pp. 213-249; Monereo Pérez, J. L.: "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 9 núm. 1, 2021, pp. 220–294. https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982; *Ibid., Dignidad del Trabajador. Dignidad de la persona en el Sistema de Relaciones Laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., capítulo II ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales"), pp. 161 y sigs. Ampliamente, Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, espec., Capítulo II ("La construcción de un nuevo paradigma regulador para el trabajo global"), pp. 43 y sigs., y Capítulo III ("El Derecho transnacional del Trabajo en las cadenas globales de valor"), pp. 91 y sigs.; Ojeda Avilés, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, espec., Capítulo 4 ("Normas transnacionales sobre la relación laboral"), pp. 119 y sigs., y Capítulo 7 ("Crisis y deslocalización de empresa"), pp. 215 y sigs.

[23] Recomendación (UE) 2017/761 De la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales. DOUE, 24.4.2017. Instrumento que pesar de ser de "Derecho blando", ha supuesto el impulso para la creación diversas Directivas Sociales de la Unión Europea.

[24] Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales Bruselas, 9.12.2021 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD).

[25] Sobre esta problemática, véase la bibliografía de referencia al respecto, Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor,* Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2022, espec., Capítulo V, pp. 217 y sigs.

[26] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. *La propuesta fue aprobada el 24 de abril de 2024 por el Parlamento Europeo.* Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 [COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)]. *Tras la aprobación final del Consejo Europeo, será publicada en el Diario Oficial de la Unión*

ello pone de manifiesto, el fenómeno antes aludido de la crisis estructural del sistema codicístico, que no puede mantenerse ante la complejidad de la sociedad jurídica contemporánea[27]. En la segunda postguerra mundial, el pluralismo legislativo es connatural al modelo de sociedad, por ello se ha podido hablar de ese período como el propio del *legislador motorizado*, acompañado de un proceso de tecnificación la tarea legislativa[28]. Quizás la interrogante jurídico-crítica que se puede plantear al respecto es si realmente no existe una *cierta* coherencia en todo ello, si todos estos fenómenos no son tan irracionales, si tras esa fragmentación no existe un designio mínimamente racionalizador de la complejidad actualmente existente y las exigencia se mediación jurídica.

En todo ello el desarrollo histórico-jurídico acaba por determinar, en gran medida, a la manera de autodestrucción creadora de lo nuevo, estimado como necesario. Es así que lo que se considera merecedor de ser conservado, permanece, mientras que lo que se entiende prescindible desaparece. El cambio de las mentalidades actúa, así, tanto en el ámbito de la cultura como en el espacio político y jurídico. Tanto más es así, en una modernidad marcada por la contingencia: una "modernidad liquida"[29], donde todo lo sólido se desvanece en el aire[30]; donde la originaria modernidad "pesada" es desplazada por la modernidad "liviana"; una modernidad en la que ha entrado en crisis la idea de progreso o, más incisivamente, la misma confianza en el progreso como emancipación[31]. Pero es una modernidad tardía, en la que estamos instalados, en la que domina la racionalidad instrumental en la que impera la lógica de la economía (al servicio de ella la "racionalidad tecnológica"[32]) y su dominio

Europea (DOUE), y entraría en vigor 20 días después. A partir de aquí, se abre un proceso de dos años para la transposición a la ley nacional.

Véase Sanguineti Raymond, W. y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2024.

[27] Vid. supra. No obstante remitir nuevamente a la importante obra de Irti, N.: *La edad de la descodificación* (1986), trad. de I. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, espec., 11 y sigs., 93 y sigs., y 125 y sigs., *passim.* Véase también Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 15 y sigs. ("El Derecho del Trabajo sin máscara"), Capítulo II ("Las fisonomía jurídica del Derecho del Trabajo en el ordenamiento del Estado Social"; "La edad de la diversidad normativa"; "El (re) descubrimiento de la disgregación de esquemas jurídicos de regulación del trabajo por cuenta ajena"), pp. 64 y sigs., *passim.*

[28] Véase, lúcidamente, Schmitt, C.: «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren* 1924-1954, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 404 y sigs. y 420. Sobre las transformaciones de la legislación pública en el capitalismo tardío, véase Barcellona, P.: *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994; ya antes neuMann, F.: «Mutament della funzione della legge nella società borghese», en *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, 1973, pp. 245 y sigs.

[29] Bauman, Z.: *Modernidad líquida* (2000)*,* Buenos Aires, México D.F., 2009, pp. 21 y sigs. 99 y sigs., y 179 y sigs.

[30] Berman, M.: *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad* (1982)*,* Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 1991, espec., Capítulo 2 ("Todo se desvanece en el aire: Marx, el Modernismo y la Modernización"), pp. 81 y sigs., Capítulo 5 ("En la Selva de los símbolos: Algunas observaciones sobre el Modernismo en Nueva York"), pp. 301 y sigs.

[31] Bauman, Z.: *Modernidad líquida* (2000)*,* Buenos Aires, México D.F., 2009, Capítulo I, pp. 21 y sigs., y Capítulo 4, pp. 139 y sigs.

[32] Desde la reflexión filosófica se ha hablado de "racionalidad digital". Cfr. Byung-Chul Han: *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia, Madrid,* Taurus, 2022, pp. 57 y sigs. Se trata de un tipo de racionalidad que incide negativa sobre la posibilidad real de construir y poner en práctica una esfera pública de discusión y acción comunicativa en el sentido postulado por Habermas o Arendt, la cual se basa en la libertad y autonomía del individuo como miembro de la sociedad democrática. Se estaría produciendo una erosión de la acción comunicativa. La racionalidad digital tiende a prescindir del discurso, porque esta racionalidad más que razonar se limita a computar y procesar datos. Los algoritmos sustituyen a los argumentos. Los dadaístas rechazan la idea de un individuo autónomo –aunque condicionado por su ser social-, y defiende un conductismo digital capaz de predecir y conducir la voluntad de los individuos. Es este un enfoque ideológico-tecnocrático que diluye las bases de la democracia constitucional. Véase, Arendt, H.: "Verdad y política", en Arendt, H.: *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política,* Barcelona, Península, 1996, pp. 239-279; Habermas, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1982. *Ibid.,* Habermas,J.: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid, Taurus, 1987; *Ibid., Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998; *Ibid., El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989. La investigación más lúcida, en términos de análisis de conjunto, sobre las posibilidades de utilización totalitarian

sobre los demás ámbito del mundo de la vida en sociedad (la centralidad de la realización de fines a través de cualquier medio al servicio del orden económico-tecnológico)[33].

c) Ante ese proceso de diversificación de los ordenamientos jurídicos nacionales[34], se intenta hacer regla (sin demasiada convicción...) de la innegable función unificadora de los textos constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que las constituciones contemporáneas de los países occidentales están dotadas de valor normativo y conformador de la sociedad política y de la sociedad civil. Se trata de hacer reclamo de la fuerza vinculante bilateral de los textos constitucionales a fin de afrontar el problema de garantizar cierta unidad básica del ordenamiento jurídico.

Es un dato altamente significativo la vocación intervencionista del Estado constitucional contemporáneo. Un intervencionismo que se ejerce precisamente para realizar los valores constitucionales de justicia e igualdad (lo que se expresa, ante todo, en la consolidación del *Derecho social público*) y los principios constitucionales relativos a la ordenación del sistema económico (lo que tiene su expresión paradigmática en la consolidación del llamado *Derecho público de la economía*). Es de significar que ni siquiera las estrategias de desregulación (que exigen, paradójicamente, una regulación legislativa de la marco en que opera la desregulación y la actividad de los sujetos privados...) ha conducido —ni parece que vaya a serlo— a cuestionar (muy lejos de la utopía liberal del Estado mínimo) gravemente el papel *regulador* del Estado intervencionista en la sociedad actual. Para la realización del principio de justicia y por exigencias de racionalización general del capitalismo el poder público ha de intervenir necesariamente, ya que esa tarea no puede ser realizada por los mecanismos autorreguladores del mercado (incluida la predisposición de medidas de apoyo del mercado).

Por otra parte, debe recordarse que el capitalismo siempre necesitó de un apoyo jurídico e institucional por parte del Estado. A pesar del reclamo liberal de las leyes naturales del mercado, éstas, en realidad nunca existieron, en tanto que tales. El capitalismo del siglo XIX no desconoció la existencia de políticas públicas en materia económica. Sin embargo, lo más significativo, en este punto, es que el capitalismo liberal había substraído lo económico del ámbito propio de la decisión política, sometiendo lo político a lo económico. El problema real era la orientación del intervencionismo público, bien en apoyo hacia el autogobierno, o bien hacia el gobierno público de la economía. En el capitalismo liberal las intervenciones del Estado no se encaminaban a establecer una regulación supraeconómica de la dinámica de funcionamiento de las fuerzas económicas. Más bien de lo que se trata es de la subordinación de la política a la lógica de protección de los intereses de dichas fuerzas económicas dominantes en el mercado[35].

---

de las nuevas tecnologías digitales es, sin duda, la realizada por Zuboff, S.*: La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020.

[33] 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 II ("La racionalidad del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna"), pp. 169-259, Capítulo III ("Modernidad y paradigma de racionalización del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea. La crítica de la razón instrumental en Weber"), pp. 261-331, y Capítulo IV ("Teoría política de la burocratización: El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber"), pp. 333-436.

[34] El fenómeno del pluralismo internacional sólo ha encontrado precarias soluciones en la legislación pública, estando dominado fundamentalmente, y en términos generales, por una renovada *lex mercatoria*, fuente de regulación principal de las relaciones de comercio internacional. Véase supra, sobre el proceso de mundialización de la economía.

[35] Véase, Polanyi, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico* (1944), trad. de J. Valera y F. Álvarez, Madrid, La Piqueta, 1989, que critica la pretensión liberal de sujeción de la política a los dictados de las fuerzas económicas operantes en el mercado. Véase también Heilbroner, R.L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo,* Barcelona, Península, 1990, espec., pp. 45 y sigs., 67 y sigs., y 93 y sigs.

Por el contrario, durante el siglo XX la emergencia del Estado social supondrá una progresiva reapropiación de la economía por la política. De manera que se pensaba que la sociedad democrática tuviera como soporte principal la estructura política, reduciendo a su lógica el funcionamiento de la economía. Explícitamente se pone en cuestión la pretensión liberal de un mercado autorregulado. Así se explica que las constituciones sociales entreguerras y las de la segunda postguerra mundial buscaban domesticar la economía al servicio de la sociedad democrática. Por ello, atribuían al poder público instrumentos fundamentales para el gobierno de la economía, pero respetando un ámbito de libertad de iniciativa económica privada que ha de respetar a su vez los principios propios del Estado social (funcionalización social de la propiedad privada[36] y su subordinación al interés general, sometimiento a las exigencias de la estabilidad económica y social, etcétera). La llamada "revolución keynesiana" en el pensamiento económico tenía la pretensión de organizar el capitalismo; o si se quiere decir más expresivamente formalizarlo como "capitalismo de Estado"[37]. Superando los esquemas de un *laissez-faire* –que, por otra parte, siempre fue relativo-, pues la economía capitalista debía ser regulada tanto para lograr su consolidación frente a los modos de producción precedentes, cómo para alcanzar un mejor funcionamiento; y con ello también mejorar los equilibrios sociales a través de políticas redistributivas de rentas.

Keynes consideraba imprescindible establecer un gobierno de la economía para evitar la destrucción total de las formas económicas existentes[38]. El resultado de su enfoque conducía a una suerte de modelo de "capitalismo justo" liberal-keynesiano (que suele denominarse "capitalismo democrático"), que postula el pleno empleo y la regulación pública democrática de las actividades económicas; se centra en la reforma del sistema establecido, en lugar proponer un modelo ideal alternativo[39]. Por otra parte, el objetivo fundamental de todas las políticas gubernamentales debería ser alcanzar el pleno empleo, porque sólo –entendía- en condiciones de ocupación plena, una pequeña propensión a consumir puede llevar al aumento del capital. El remedio correcto para el ciclo económico reside en evitar las depresiones y conservar, de este modo, un cuasi-auge continuo[40]. En la idea de civilizar el capitalismo, organizarlo, estaba presente la finalidad de salvarlo de sus propias contradicciones internas. Keynes incorporaba también en su teoría económica un componente ético. Keynes no era ni cristiano ni socialista, pero tampoco era un admirador y decidido defensor acrítico del capitalismo contemporáneo. Lo percibió como una etapa necesaria para conducir a las sociedades de la pobreza a la abundancia, tras lo cual su utilidad podría desaparecer. El capitalismo es histórico y puede ser sustituido por otras formas de organización de la sociedad. Trató de proteger al capitalismo de sus detractores de extrema derecha y de la extrema izquierda. Keynes consideraba que debían existir límites morales al crecimiento, basados en una comprensión adecuada de los fines de la vida y del papel de los motivos económicos y del crecimiento económico en relación con aquellos fines. Por ello el imperio de la avaricia debía de replegarse progresivamente para compaginarlo con los

[36] La cual sometida a una regulación que determina el ámbito y el modo de utilización privada de los bienes. Véase Barcellona, P.: *Gli istituti fondamentali del Diritto privato,* Napoli, Casa Editrice Dott. E. Jovene, 1971, pp. 249 y sigs.

[37] Pollock, F.: "State capitalism: its possibilities and limitations", en Arato A. Y Gebhardt. E (comp.): *The essential Frankfurt School reader*, Oxford, Basil Blackwell, 1978.

[38] Keynes, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 335.

[39] Precisamente, ese modelo es el que ya hace tiempo se ha puesto en cuestión, no sólo por razones estrictamente económicas, sino también, y no en último término, por razones de carácter político. Puede consultarse, Streeck, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático,* Buenos Aires-Madrid, 2016, espec., pp. 41 y sigs., y 99 y sigs.; Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021)*,* Buenos Aires, Katz Editores, 2023, el cual no duda en realizar propuestas alternativas que parten del aprovechamiento de ciertos postulados Keynesianos y de los economistas postkeynesianos "revisionistas" de la teoría económica de Keynes. En tal sentido, véase de esta última obra, Ibid., pp. 303 y sigs.

[40] Keynes, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 286 y 322.

intereses más generales de la sociedad[41]. En el fondo Keynes realizó una defensa desencantada del capitalismo; trató de encontrar en qué aspectos ha estado equivocado, con objeto de aconsejar los medios que lo salven de destruirse a sí mismo[42]. De manera que su teoría desemboca en una exigencia de organización del capitalismo: un capitalismo organizado a través de un gobierno planificado de la economía, pero respetando la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En suma, postula una economía mixta. En esa dirección de pensamiento se ha insistido en que hace ya mucho tiempo que los economistas han admitido que el mercado no produce por sí mismo resultados socialmente óptimos; ni tampoco equilibrios duraderos. Sin embargo, lo que no se acepta sin más y, en realidad no se reconoce, es la fuerte tendencia del sistema económico a volverse perjudicialmente no contra los consumidores, los trabajadores o el público en general, sino, hacia dentro, contra sí mismo. Existen fuerzas que desbaratan y destruyen incluso las instituciones mismas que conforman el sistema: las empresas, que comprando, vendiendo y financiando, hacen el mercado. Es un proceso sorprendente del capitalismo moderno; lo que en concreto se destruye es la gran empresa, la sociedad anónima controlada por la dirección. Es el resultado del mercado incontrolado que refleja la tendencia autodestructiva del capitalismo moderno, por más que ello no suponga en absoluto la destrucción del capitalismo en sí mismo, esto es, su derrumbe. A ello se añaden los fenómenos financieros más espectaculares y especulativos que se vienen produciendo sin solución de continuidad desde la década de los ochenta. La intervención del Estado resulta inevitable en lo relativo a las tendencias profundamente intrínsecas y autodestructivas del sistema económico actual[43]. Pero también si se atiende a la tendencia al despilfarro económico que genera dicho sistema económico bajo condiciones capitalista de organización de la sociedad[44].

En su filosofía política, Keynes unió dos elementos clave –la satisfacción y la evitación del riesgo como objetivos del gobierno- con dos elementos clave del liberalismo social reformista, a saber: el compromiso de decir la verdad y la creencia en la posibilidad de una opinión individual racional. Y consideró necesario poner límites al egoísmo irracional en la economía y, por supuesto, al "rentismo" económico ("eutanasia del rentista" planteada en su libro sobre la *Teoría general*[45]). Keynes postuló una "vía media" para contrarrestar las ideologías del libre mercado sin límites. La exigencia de la

[41] Puede consultarse Dillard, D.: *La teoría económica de John Maynard Keynes,* Madrid, Aguilar, 1973; Skidelsky, R.: *El regreso de Keynes* (2009)*,* Barcelona, Crítica, 2009, "Introducción", p. 18 y 159 y sigs.

[42] Robinson, J.: "Marx, Marshall y Keynes: Tres criterios sobre el capitalismo", en Robinson, J.: *Ensayos de economía poskeynesiana* (1955)*,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 331-351, en particular p. 331. Por decirlo expresivamente, Marx, Marshall y Keynes, son tres pensadores que están asociados con tres actitudes distintas y contrapuestas hacia el sistema capitalista. Marx representa el socialismo revolucionario, Marshall la defensa condescendiente del capitalismo, y Keynes la defensa desencantada del capitalismo. Marx trata de entender el sistema del capitalismo con objeto de precipitar su caída para sustituirlo por un sistema más justo y equilibrado. Marshall trata de hacerlo aceptable mostrándolo bajo una luz agradable corrigiendo sus fallos internos, pero sin poner en cuestión sus premisas fundamentales. Por su parte, Keynes pretende encontrar en qué está equivocado el orden del capitalismo, con la finalidad analizar los mecanismos que los salven de autodestruirse y ofrecer soluciones para la correspondiente rectificación en el plano de la política económica.

[43] Galbraith, J.K.: *La cultura de la satisfacción,* Barcelona, Ariel, 4ª edición, 1992, espec., pp. 59 y sigs.

[44] Véase el estudio pionero de Bowles, S., Gordon, D.M.y Weisskopf, TH.E.: *La economía del despilfarro,* Madrid, Alianza, 1989, p.13. Título, por ciento, significativamente, muy vebleniano. Es suficiente la lectura de Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios* (1904),
trad. C. Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Veblen, TH.: *Teoría de la clase ociosa* (1899), trad. V. Herrero, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1944, con varias reimpresiones. Ampliamente, véase la monografía de Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010, espec., capítulo I ("La teoría social de Veblen. Teoría evolucionista del cambio social: Darwinismo e institucionalismo"), pp. 1 y sigs., y Capítulo II ("Teoría de la Empresa"), pp. 87 y sigs.

[45] Keynes, J.M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936)*,* traducción de Eduardo Hornedo, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1993 (Es la misma traducción que la de Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1943, con sucesivas ediciones).

organización política (y necesariamente jurídica a través del Derecho de la Economía) se imponía ante una transformación del viejo capitalismo individualista en un capitalismo corporativo de grandes empresas y entidades bancarias, con fuerte tendencias monopolistas (capitalismo monopolista[46]). La exigencia de organización y estabilización se imponía y con ello la libertad individual disminuiría en la transición de la anarquía económica un régimen que deliberadamente apunta a controlar y dirigir las fuerzas económicas en interés de la justicia social y de la estabilidad socio-económica. Pero Keynes fue excesivamente optimista respecto a los efectos positivos de la separación entre la dirección gerencial y la propiedad de empresarial, pues creía que los motivos públicos irían dominando cada vez más en la dirección de las grandes empresas. No previó la explosión de la "cultura de bonos" que proporcionaría los directivos incentivos para timar a los acciones y al público en general. La concepción de gobernar la economía capitalista según el ideal victoriano del servicio público se estaba debilitando, para ser sustituida por un plan de salvación distinto, en el que el Estado proporcionaría la demanda suficiente, y el sector privado quedaba en libertad para asignarla[47]. La influencia de Keynes fue dispar, pero inspiró las políticas económicas y sociales de la postguerra de manera harto significativa[48]. Ciertamente, cada

[46] A pesar de sus limitaciones en una perspectiva histórica de larga duración, continúa siendo de interés comprensivo-explicativo de una etapa diferenciada del desenvolvimiento del capitalismo contemporáneo la obra de Baran, P.A. y Sweezy, P.M.: *El capital monopolista. Ensayos sobre el orden económico y social de Estados Unidos,* 1966*,* México D.F., 1971, espec., pp. 174-289.

[47] Skidelsky, R.: *El regreso de Keynes* (2009)*,* Barcelona, Crítica, 2009, pp. 159 y sigs. Señala que no es una coincidencia que las ideas darwinistas -instrumentalizadas interesadamente, cabría añadir- se hubieran trasladado, en el último tercio del siglo veinte, una vez más, del mundo natural al mundo social en la época de los gobiernos de Reagan y Thatcher de destrucción creativa (*Ibid.,* p. 190). Por cierto, Skidelsky pone de manifiesto la influencia del economista institucionalista americano J.R. Commons en algunas de sus ideas de Keynes sobre la organización del sistema económico (*Ibid.*, p. 191). Para crítica de las políticas neoconservadoras gobiernos de Reagan y Thatcher tras el fin del consenso de la posguerra y la defensa de las políticas de su conservación y adaptación, puede consultarse Mishra, R.: *El Estado de Bienestar en la sociedad capitalista. Políticas de desmantelamiento en Europa, América del Norte y Australia,* Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1993, espec., pp. 41 y sigs.; Miliband, R., Panitch, L. y Saville, J. (Eds.): *El neoconservadurismo en Gran Bretaña y Estados Unidos. Retórica y realidad,* Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1992, espec., pp. 9 y sigs., 169 y sigs., 327 y sigs., y 429 y sigs. Asimismo, enlazando con la problemática de la crisis de la socialdemocracia europea, 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, espec., pp. 9-64, y 75 y sigs.; Merkel, W.: ¿Final de la socialdemocracia? Recursos de poder y política de gobierno de los partidos socialdemócratas en Europa Occidental, Valencia, Edicions Alfons El Magnànim, 1995, espec., pp. 19 y sigs., 55 y sigs., y 327 y sigs.; Merkel, W. (ed.): *Entre la modernidad y el postmaterialismo. La socialdemocracia europea a finales del siglo XX,* Madrid, Alianza, 1994, espec., pp. 27 y sigs., y 65 y sigs.; Held, D.: *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington,* Madrid, Taurus, 2005, espec., pp. 105 y sigs., y 157 y sigs.; Altvater, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, espec., pp. 39 y sigs., y 155 y sigs., y 245 y sigs.

[48] Su influencia fue creciendo hasta llegar a ser sencillamente aplastante en todo el mundo. A ello contribuyó el vigor de la llamada Nueva Escuela de Cambridge (contrapuesta a la "Vieja Escuela de Cambridge encabezada por Marshall), con economistas de envergadura en su momento, los cuales –es de destacar- tenían, a su vez influencias de ideología política y económica muy diversas en todos los países más importantes e influyentes. En esa heterogeneidad, cabe destacar a Arthur Cecil Pigou, Richard Kahn, la lúcida Joan Violet Robinson, Nicholas Kaldor, Roy F. Harrod, Evsey Domar, los extraordinarios Piero Sraffa y Maurice Dobb, Richard Godwinn, Richard Stone (premio Novel en 1984), James Meade (premio Nobel, en 1977). A todo ellos se unirían pensadores eminentes como Amartya Sen (premio Nobel en 1998), Ajit Singh, Tom Asimakopulos, Bertram Schefold, Jan Kregel, y una pléyade de economistas de nuestro tiempo; muchos de ellos encuadrados, en alguna medida, dentro del movimiento del keynesianismo. Incluso muchos de los denominados pensadores economistas postkeynesianos no han abandonado aspectos centrales del pensamiento de Keynes. El nuevo "regreso de Keynes" pone de relieve la poderosa vigencia de su pensamiento en el campo de la política económica y en otros ámbitos del saber que conforman un marco de comprensión explicativa más completo a la ciencia económica. Y no se olvide que Keynes, como otros grandes pensadores en direcciones ideológicas diversas (como Malthus, Ricardo, Marx; y actualmente, por ejemplo, Amartya Sen) otorgó una enorme importancia a la conexión de la ciencia económica con otros ámbitos del saber y no tuvo ningún problema en hacer explícitos sus premisas de valor, sin ocultarlas como supuestos de valor tácitos (un criterio que también en el plano de la historia económica y de la sociología del Derecho había aconsejado Max Weber, aunque yendo más lejos que él). El saber sobre la economía no puede ser una ciencia "pura", siendo legítimo realizar juicios de valor,

país adoptó su propia versión del "contrato social", con más o menos nacionalizaciones, mayores o menores sectores públicos y diferentes formas de coparticipación y colaboración industrial. Pero el hecho histórico predominante fue que por espacio de treinta años se mantuvo el pleno empleo, los salarios reales se incrementaron continuamente, las economías fueron relativamente estables y las desigualdades de riqueza y de renta disminuyeron. Los conflictos de clase retrocedieron hasta tal extremo que los radicales decepcionados y los conservadores hablaban de "eutanasia de la política" y de "edad de la apatía", desarrollos a los que Keynes habría dado la bienvenida. De este modo, la doctrina de la prudencia de Keynes estuvo vigente, siendo así que ningún sector de la división política en el sistema de partidos llevó sus conflictos al extremo de perjudicar seriamente el equilibrio socio-económico alcanzado. Sin embargo, en la década de los años setenta, toda esta estructura de normas, instituciones y convenciones hábilmente establecida comenzó a desmoronarse. Existían un conjunto de motivos que para este colapso (defectos de la teoría, fallos de la política, cambios en el medio exterior, etcétera), pero condujeron a un giro en el ciclo político, y volvieron a una versión mucho más restringida del capitalismo de mercado. Se abandonó durante largo tiempo el compromiso con el pleno empleo y las políticas sociales restrictivas incrementaron los conflictos sociales. Ante estos hechos las ideas de la "vía media" postulada por Keynes regresaron como antídoto ante el riesgo de la desintegración de la cohesión social. En la coyuntura actual, el sistema de libre mercado (y sus pretensiones de ser mercado total, libre de ataduras), recibido en esos años del neoconservadurismo como la solución a los problemas de la época keynesiana, está implosionando. El crack de 2008[49] (y las consecuencias de la Pandemia, a valorar en otra perspectiva diferenciada) constituyó un fracaso del sistema de "libre" mercado, pues se trata de una crisis generada por el propio sistema. Del mismo modo que no existe una única salida keynesiana de la depresión económica, tampoco existe un único sistema keynesiano de economía política. El keynesianismo puede, en el mejor de los casos, ser un elemento común en sistemas muy diversos de vida económica mixta. En términos de política económica sólo hay una propuesta: que los gobiernos tienen que asegurar que la demanda agregada sea suficiente para mantener un nivel de pleno empleo de la actividad. Pero qué mezcla de política, políticas e innovación institucional y tecnológica tenga que hacerse es una cuestión de economía política. Las crisis plantean siempre una "crisis de gobernabilidad", lo cual, en el plano de la política económica y social, requiere de una regulación del riesgo sistémico a todos los niveles. Hay que tomarse la incertidumbre en serio ante la continua sucesión de crisis financieras que se ha experimentado en las últimas décadas[50]. El eclipse de las políticas de igualdad ha persistido bajo la influencia del nuevo capitalismo financiero y especulativo, cuestionando las políticas redistributivas de la renta. Lo que ha vuelto a plantear que la intervención pública del capitalismo es necesaria,

haciéndolos explícitos. Es más, como es bien sabido en la historia económica, Keynes, como los grandes pensadores en la rama del saber de la economía acabaron comprometiéndose otorgó una enorme importancia a la conexión de la ciencia económica con otros ámbitos del saber y no tuvo ningún problema a hacer explícitos sus premisas de valor, sin ocultarlas como supuestos de valor tácitos (un criterio que también en el plano de la historia económica y de la sociología del Derecho había aconsejado Max Weber). El saber sobre la economía no puede ser una ciencia "pura", siendo legítimo realizar juicios de valor, haciéndolos explícitos. Es más, como es bien sabido en la historia económica, Keynes, como los grandes pensadores en la rama del saber de la economía acabaron comprometiéndose con opciones políticas y de carácter ético, haciendo recomendaciones explícitas.

[49] Una aproximación a las causas y a sus consecuencias en Brenner, R.: *La economía de la turbulencia global,* Madrid, Akal, 2009, el cual señala que durante años la disciplina de la teoría económica se ha estado alejando, en gran medida, el mundo real en favor de axiomas formalizados y modelos matemático que mantenían una precaria relación con la realidad. Robert Brenner analiza el comportamiento de la economía mundial desde 1950 hasta la crisis financiera actual que ha acabado con las bases del modelo neoliberal de economía financiarizada de las últimas décadas. Brenner pone en evidencia y explica los factores sistémicos que se hallan tras la represión salaria, el alto desempleo y el desarrollo desigual característicos de los últimos 30 años, llegando a conclusiones de gran calado sobre la trayectoria futura, que ponen en tela de juicio las explicaciones convencionales sobe el funcionamiento de la economía capitalista e indican su carácter estructuralmente inestable y proclive a las crisis en ciclos inestables, y no siempre previsibles. También es útil la perspectiva de síntesis de Lorente, M.À., y Capella, J.R.: *El crack del año ocho. La crisis. El futuro,* Madrid, Trotta, 2009, espec., pp. 11 y sigs. 51 y sigs., y 119 y sigs.

[50] Skidelsky, R.: *El regreso de Keynes* (2009)*,* Barcelona, Crítica, 2009, pp.193 y sigs.

pues -aparte de la exigencia de racionalización *externa* del mismo-, dejado a su suerte el capitalismo genera tan elevadas dosis de desigualdad e incertidumbre que afectan a su normal funcionamiento y provoca una desestabilización de la paz social y geopolítica. Lo cual exige reubicar la cuestión de la distribución en el centro del análisis económico y repensar la readaptación del Estado Social para el siglo XXI, entre otras cosas para combatir de manera eficiente las situaciones de desigualdad desde los factores causantes –lo principal- y sus consecuencias sociales, económicas y políticas perversas para un sistema de democracia constitucional que ha de tener siempre una dimensión sustancial, es decir, una regulación del capitalismo tan justa como eficaz[51].

Ello implica el regreso del Estado intervencionista en la orientación *de equilibrio de racionalidades económica y sociales* (tipo de intervencionismo que es inherente al Estado Social y Democrático de Derecho) para regular el capitalismo del siglo XXI. Se trata de modernizar el Estado social para reforzarlo y no desmantelarlo, ni total ni parcialmente; y hacerlo en el contexto de un naciente orden internacional multipolar y de un replanteamiento de la hiperglobalización neoliberal, que desestabiliza las certezas de las sociedades contemporáneas. En el presente domina la sensación de una metamorfosis que implica un cambio radical, mediante el cual las viejas certezas de la sociedad moderna se desvanecen mientras surge algo completamente nuevo[52].

No solo hay que distinguir, con Keynes, entre riesgo e incertidumbre, sino atender también al propio pensamiento ideal de este pensador para alcanzar un equilibrio entre racionalidad económica y racionalidad social estableciendo nuevas reglas de juego e instituciones democráticas de gobierno y control del sistema económico tanto en el ámbito de los Estados nacionales como en la economía mundial.

Las políticas keynesianas sirvieron de bases para la planificación de las políticas de empleo y las políticas sociales. William Beveridge[53] propondría todo un programa de pleno empleo basado en la

[51] Un análisis excelente es el que se recoge en Piketty, TH.: *El capital en el siglo XXI* (2013)*,* Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, espec., Tercer Parte ("Estructura de las desigualdades"), pp. 259 y sigs., y Cuarta Parte ("Regular el capital en el siglo XXI"), pp. 517 y sigs. Piketty propone que la institución ideal que permitiría evitar una espiral desigualitaria inaceptable sin fin y retomar el control de la dinámica en curso sería un impuesto mundial y progresivo sobre el ingreso (el capital). El impuesto general sobre el capital permitiría que prevaleciera el interés general sobre los intereses privados, al mismo tiempo que preservaría la apertura económica y las fuerzas de la competencia. (*Ibid.*, pp. 519 y sigs., y 546 y sigs., y 574 y sigs.). Sobre las desigualdades y el arduo problema de su superación, véase Therborn, G.: *La desigualdad mata,* Madrid, Alianza, 2013, espec., Parte IV ("El mundo desigual en la actualidad"), Parte III ("Historia de la desigualdad"), pp. 79 y sigs., y Parte V ("Posibles futuros"), pp. 161 y sigs. Insistiendo también en la perspectiva histórica, pero sobre la base del diálogo imaginario entre economistas clásicos (Quesnay, Smith, Ricardo, Marx, Pareto y Kuznets), véase Milanovíc, B.: *Miradas sobre la desigualdad. De la Revolución Francesa al final de la Guerra Fría,* Madrid, Taurus, 2024. Una reflexión sobre las teorías e ideologías en relación a las causas y el tratamiento de las desigualdades sociales, en Monereo Pérez, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en revista *Documentación Laboral,* núm. 83, 2008, pp. 11-119.

[52] Puede consultarse Beck, U.: *La metamorfosis del mundo*, Barcelona, Paidós, 2017, pp. 17 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 9 y sigs., 29 y sigs., y 213 y sigs.

[53] Beveridge, W.H.: *Las bases de la seguridad social* [Social insurance andalliedservices]; versión de Teodoro Ortiz; 2ªed., México, Fondo de Cultura Económica, México, 1946. [Reimpr.: Instituto Nacional de Salud Pública: Fondo de Cultura Económica, México,1987]. Recoge varios ensayos importantes de Beveridge; Beveridge, W.H.: *La ocupación plena: Sus requisitos y consecuencias* [Fullemploymentinafreesociety]; versión de R. Velasco Terrés; [1ªed.española]; México, Fondo de Cultura Económica, 1947; Beveridge, W.H.: *Pleno empleo en una sociedad libre*: *Informe de Lord Beveridge II* [Fullemploymentinafreesociety:AreportbyWilliamH.Beveridge] [Dutravailpourtousdansunesociétélibre] [Vollbeschäftigungineinerfreiengesellschaft:Einezusammenfassg] [Relazionesul'impiegointegraledellavoroinunasocietàlibera]; versión española (de la 2ªed. inglesa) de P. López Mánez, 2ªed., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.[FD331/1665] [RL331.5/BEV/ple] [EP37/4876] [1ªed. española, (1947)].[1ª ed. inglesa: George Allen and Unwin, Londres, 1944; 2ªed.:1960. 1ªed. americana: W.W. Nortonand Company, Nueva York, 1945]; Beveridge, W.H.: *Seguro social y servicios afines:*

socialización de la demanda sin la socialización de la producción ni de la propiedad. Este programa se planteó conjuntamente con un plan de Seguridad Social, entendidos como dimensiones coordinadas de una más amplia planificación socio-económica.

El resultado ha sido la implantación de sistemas de economía mixta, lo cual supone el intervencionismo público en los mercados, por un lado, y por otro, supone admitir que el capitalismo tardío exige un gobierno público de la economía, pues de lo contrario estaría sometido a continúas crisis estructurales –y no meramente coyunturales- que pondrían en cuestión las bases de sostenibilidad del propio sistema. De este modo el Derecho de la Economía (que abarca a distintas ramas del ordenamiento jurídico) se convierte en soporte de las estructuras, instituciones y conjunto de libertades y derechos que son indispensables para el buen funcionamiento del orden económico. El Derecho de la Economía formaliza y ordena ese carácter mixto del capitalismo contemporáneo, esto es, una economía dual, con la coexistencia de sectores público y privado. Este gobierno jurídico-político de la economía no altera las instituciones fundamentales del capitalismo avanzado, ni las relaciones sociales existentes, pero racionalizada el sistema e introduce elementos de socialización limitada en los términos necesario y compatibles con la naturaleza y lógica del capitalismo. En ese modelo de regulación cabe situar, asimismo, las medidas de bienestar social, como señaladamente, las que conforman los sistemas de Seguridad Social avanzados. Sistemas de aseguramiento público –sociedad asegurada- que van desde los tres grandes seguros clásicos (vejez, salud, invalidez) hasta alcanzar la protección del desempleo, la dependencia (aunque no siempre dentro del sistema de seguridad social), y un sistema expansivo de protección no contributiva integrado en el sistema de seguridad social (donde destacan hoy las rentas garantizadas condicionadas o incondicionadas a la tendencia de un cierto nivel de recursos económicos).

El Estado Social de Derecho resultante (en su fórmula evolucionada de Estado del Bienestar) ha ido expandiéndose –en el ámbito subjetivo y el objetivo de la acción protectora- afrontando crisis sucesivas. Crisis que han supuesto reformas de adaptación de carácter coyuntural o estructural. En realidad, un rasgo existencial de la Seguridad Social ha sido la necesidad de su reforma permanente para atender a la cobertura de las nuevas necesidades y para garantizar su sostenibilidad económico-financiera. No es de extrañar que se esté hablando reiteradamente de "Crisis del Estado del Bienestar", "Crisis del Estado Providencia", de la necesidad de "modificación de la ecuación Keynesiana"[54],

Informe de Lord Beveridge I [Socialinsuranceandalliedservices:ReportbySirWilliamBeveridge] [LeplanBeveridge] [DerBeveridge-Plan] [IlpianoBeveridge];versión española de C. López Alonso, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.[FD331/1734] [Otrasversionesespañolas(1943;1946)].[1ªed. inglesa:HisMajesty'sStationeryOffice(GreatBritain.Parliament.Papersbycommand;Cmd.6404;299pp.), Londres, 1942; reimpr.:1984.1ªed. Americana, Macmillan, NuevaYork,1942].[FE7/3968].

Sobre su pensamiento socio-económico y la orientación de su propuesta de planificación de la Seguridad Social, véase Monereo Pérez, J.L.: "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 4, 2015, pp. 279-305. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62. Importante para la comprensión de la política social moderna, TITMUSS, R.M.: Essays on the Welfare State, Loncres, Unwin Univesity Books, 2ª ed., 1963; Titmuss, R.M.: Política social (1974), Barcelona, Ariel, 1981 (Título original: "Social Policy. An Introduction", Londres George Allen & Unwin, 1974). Consúltese, igualmente, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

[54] Rosanvallon, P.: *La crisis del Estado Providencia,* Madrid, Civitas, 1995; Rosanvallon, P.: *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia,* Buenos Aires, Manantial, 1995; Aglietta, M.: *Regulación y crisis del capitalismo. La experiencia de los Estados Unidos,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 1979. En una perspectiva histórico-política y jurídica de conjunto sobre los fundamentos del Estado Social de Derecho y del Derecho Social nacido al amparo del mismo puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Segunda Parte ("La crisis del Estado del Bienestar y la revisión de las políticas públicas"), pp. 185 y sigs., y Tercera Parte ("La política social en las sociedades de capitalismo avanzado: La doble presencia de la "vieja" y la "nueva" cuestión social"), pp. 223 y sigs.

y de la supuesta "insostenibilidad de la Seguridad Social"[55]. Todo ello acompañado también de la llamada "crisis fiscal del Estado"[56]. Afirmaciones análogas se suceden hasta llegar al presente. Sin embargo, al tiempo la Seguridad Social es un componente central de la política social del Estado Social del Derecho; y, por ello mismo, constituye un pilar constitutivo de la democracia constitucional en su dimensión de democracia sustancial. Pero importa subrayar también la acreditada capacidad de recuperación, transformación y resiliencia del "Estado del Bienestar" y de la "Seguridad Social", en particular, para evitar su desmantelamiento o su reducción a un mínimo como desde hace largo tiempo se viene defendiendo por parte de tendencias ideológicas neoliberales bien definidas ante los ciclos discontinuos de crisis y transformaciones del capitalismo avanzado en un contexto de globalización neoliberal y de financiarización de la economía, de las relaciones laborales[57] y de los sistemas de protección social[58]. El compromiso de muchos económicas con el Estado del Bienestar

[55] Luhmann, N.: *Teoría política en el Estado de Bienestar,* Madrid, Alianza editorial, 2014, el cual subraya que la política tropieza en la presente coyuntura histórica con los límites de sus posibilidades. Rotas las ilusiones del Estado del Bienestar, sus consecuencias no deseadas neutralizan cada vez más sus buenas intenciones. Correcciones superficiales, llamamientos morales y acusaciones de culpabilidad se convierten en estrategias sustantivas al faltar la teoría y los conceptos que ayuden a plantear las preguntas adecuadas y presentar alternativas. Asimismo, Hayek, F.A.: *Los fundamentos de la libertad,* Madrid, Unión Editorial, 1978 (en particular la tercera parte sobre "La libertad en el Estado del Bienestar"); Buchanan, J. y Tullock,G.: *El cálculo del consenso,* Madrid, Espasa-Calpe, 1980. En otra perspectiva radicalmente distinta, Crouch, C. (Comp.): *Estado y Economía en el capitalismo contemporáneo,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

[56] O' Connor, J.: *La crisis fiscal del Estado,* Barcelona, Península, 1981; Gough, G.: *Economía política del Estado de bienestar,* Madrid, Blume, 1982; Offe, CL.: *Contradicciones del Estado del Bienestar,* Madrid, Alianza editorial, 1990. De interés es la perspectiva de conjunto llevada a cabo por Timmins, N.: *Los cinco gigantes. Una biografía del Estado de Bienestar,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, distinguiendo varias etapas en la trayectoria histórica de construcción y desarrollo del Estado del Bienestar: La época del optimismo (1942-1951), la Época de consolidación (1951-1974), la Época de la desilusión (1974-1979), la Época del Estado del Bienestar atacado (1979-1992), y la Época actual en el dilema de "retirada o renovación".
Con todo, pese a las dificultades y contradicciones que se aprecian en la historia del Estado del Bienestar, podríamos añadir aquí que el Estado del Bienestar moderno, renovado como Estado social Activo. continúa estando presente en los países más avanzados del mundo y no sin cierta resiliencia y vitalidad. Es más, las políticas sociales se han expandido, incluyendo la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social hacia nuevas campos de cubertura del sistema de necesidades sociales (reténgase la protección no contributiva interna de la Seguridad Social, donde destaca con luz propia las rentas mínimas garantizadas; la protección de la dependencia, y un largo etcétera).

[57] Puede consultarse, Alonso, L.E. y Fernández Rodríguez, C.J. (Eds.): *La financiarización de las relaciones salariales. Una perspectiva internacional,* Madrid, La Catarata, 2012, espec., pp. 44 y sigs., y 66 y sigs., y 159 y sigs.

[58] En la perspectiva histórica de desarrollo de las políticas de Seguridad Social, Monereo Pérez, J.L.: "Los (pre) supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en Rojas Rivero, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social,* Albacete, Bomarzo, 2012, pp. 203-328. Para los últimos desarrollos al respecto, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Atelier, 2022, espec., pp. 53 y sigs., 69 y sigs., y 113 y sigs.; Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G., y Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital,* Murcia, Laborum, 2ª ed., 2023.
La lógica que impera es la pretensión de los poderes económico privados de llevar a cabo una "*acumulación por desposesión*" de los bienes y prestaciones sociales públicas. La financiarización de la economía –el predominio del capital financiero en el espacio económico global-, presenta problemas tanto estrictamente en el ámbito de las relaciones laborales como en lo que se refiere a todo el campo de las protecciones sociales públicas, señaladamente, dentro de ese campo, la Seguridad Social. El sector financiero ha tomado la opción estratégica de obtener recursos que todavía no han sido apropiados ni controlados –al menos plenamente- por los poderes del mercado, como es el caso de las pensiones, salud, dependencia y servicios públicos de carácter eminentemente social. Su poder económico-político alcanza a controlar y condicionar decisivamente tanto las políticas estatales y sus instituciones cómo las mismas políticas de las organizaciones internacionales. Esa hegemonía del sector financiero ha afectado a la organización de las empresas y a las nuevas formas de trabajo, lo que combinado con sus efectos negativos en el pacto redistributivo que configura (y está en la base del) el Estado del Bienestar (en el que se incluyen los sistemas de protección social pública y, dentro de ellos, los Sistemas de Seguridad Social) está suponiendo en la práctica la ruptura del "pacto social" o "contrato social" que es inherente a dicha forma de Estado. Hablando, aquí, de "contrato social" en el sentido de intercambio político entre los actores relevantes de la democracia representativa del *demos*.

(forma política evolucionada del Estado Social de Derecho) no ha sido menos significativo, dentro de una amplia corriente de pensamiento. Hace tiempo que Gunnar K. Myrdal –economista sueco- sostuvo –con un optimismo no exento de ingenuidad, aunque sí de esperanza en un futuro mejor para la Humanidad- que la única perspectiva real del hombre es la internacionalización de aquellas medidas integradoras que se persiguen en la edificación de un "Estado Providencia Nacional". De manera que no existiría otra alternativa que la edificación del "Estado Providencia Mundial". Myrdal pensaba que su implantación es posible, a pesar del triste balance hecho en las Naciones Unidas y agencias satélites, como el Fondo Monetario Internacional[59]; y dejando a salvo, por supuesto, a la Organización Internacional del Trabajo.

Ya resulta harto significativo que las reflexiones sobre la llamada economía "postkeynesiana" no deje de apoyarse en muchos de los fundamentos del keynesianismo económico y político-social[60]. Es más, se puede decir que la teoría postkeynesiana ha asumido, en lo principal, las hipótesis y planteamientos de partida proporcionadas por Keynes y Michal Kalecki, perfeccionándolas y ampliándolas para poder hacer frente a la experiencia y a los cambios más recientes en un proceso de autorreflexibilidad y de recreación y adaptación de la propia teoría keynesiana, la cual lógicamente nunca puede permanecer estática a riesgo de que en caso contrario que como una teoría histórica sin capacidad para afrontar las cuestiones decisivas de cada época histórica y tanto más en una época de cambios tan estructurales y rápidos como la presente.

Como la experiencia histórica ha demostrado el paradigma postkeynesiano no supone toda renuncia a los enfoques valiosos del keynesianismo originario, y sí su reformulación y adaptación en un sentido y orientación que se aparta innegablemente de la ortodoxia neoclásica liberal. En cualquier caso, no tiene ningún sentido aplicar las recetas de Keynes –como de cualquier otro gran economista o teoría económica- en situaciones a las que no se ajustan. Ello permite comprender que ninguna teoría económica proporciona contestaciones hechas. Cualquier teoría económica que se pretenda seguir ciegamente nos extraviará del camino. Para hacer buen uso de una teoría económica se ha de separar primero los elementos de propaganda y científicos contenidos en ella, luego, mediante la comprobación con la experiencia, verificar en qué medida parece conveniente el elemento científico, y finalmente combinarlo nuevamente con nuestros propios puntos de vista políticos, sociales ideológicos[61].

---

[59] Véase Seligman, B.B.: *Principales corrientes de la ciencia económica moderna (El pensamiento económicos después de 1879)"* (1962), Barcelona, Oikos-Tau, 1967, pp. 729 y sigs., y en particular p. 926.

[60] Antes (Skidelsky, R.: "Decadencia de la política keynesiana", en Crouch, C. (Comp.): *Estado y Economía en el capitalismo contemporáneo,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988) y ahora con un criterio más matizado (Skidelsky, R.: *El regreso de Keynes* (2009)*,* Barcelona, Crítica, 2009, pp.193 y sigs.). En el primer ensayo Skidelsky podía afirmar que el keynesianismo supuso el establecimiento de un sistema de control político de la vida económica. Nuestra preocupación –afirmaba-, por tanto, no son los posibles fallos lógicos de la teoría keynesiana, sino su decreciente capacidad para la acción política. La decadencia de la política keynesiana representa la decadencia de un método particular de control. (*Ibid.,* p. 65). Compárese con su redescubrimiento y "regreso de keynes" en Skidelsky, R.: *El regreso de Keynes* (2009)*,* Barcelona, Crítica, 2009, pp.193 y sigs.). Enfoque que ya había adelantado en su monumental biografía intelectual de Keynes, Skidelsky, R.: *John Maynard Keynes* (2003)*,* Barcelona, RBA Libros, 2013, *passim,* y espec., Epílogo ("El legado de Keynes"), pp. 1139-1162, donde se subraya que Keynes es el economista más influyente de nuestro tiempo. Es más, el mundo moderno no puede entenderse sin Keynes, de igual modo que tampoco puede entenderse sin Karl Marx –aunque ambos pensadores han sido repetidamente declarados muertos y enterrados-. Ambos clásicos expresaron verdades permanentes de la condición humana, a pesar de que estas no eran necesariamente fundamentales para lo que ellos pensaban que sucedería, o querían que sucediera. Las ideas no se dispersan y desaparecen tan rápido; y las de Keynes –como las de Marx- vivirán tanto tiempo como el mundo las necesite. Véase, en el mismo sentido, Robinson, J.: *Ensayos de economía poskeynesiana* (1955)*,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1959; Robinson, J.: *La segunda crisis del pensamiento económico,* México-Madrid, Editorial Actual, 1973; Eichner, A.S. (Ed.): *Economía postkeynesiana,* Prólogo de Joan Robinson, Madrid, Hermann Blume, 1984.

[61] Robinson, J.: "Marx, Marshall y Keynes: Tres criterios sobre el capitalismo", en Robinson, J.: *Ensayos de economía poskeynesiana* (1955)*,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1959, pp. 331-351.

En la lucha ideología subyacente a la política social del Estado del Bienestar está presente la contraposición entre varios modelos: el modelo neoliberal radical de desmantelamiento del sistema de protección social del Estado del Bienestar (casi impracticable en un régimen de democracia constitucional que requiere de una dimensión sustancia y social; el modelo neoliberal moderado de política de Estado del Bienestar (que pretende un Estado social devaluado a mínimos, teniendo como objetivo exclusivo la lucha contra la pobreza extrema y no la lucha contra las desigualdades sociales); y, por último, el modelo de política social del constitucionalismo democrático-social (que pretende ir mucho más allá, luchando contra las situaciones de pobreza, pero también contra las situaciones de desigualdad social y protegiendo a todos los individuos frente a los riesgos y situaciones de necesidad social y políticamente relevantes en cada momento histórico. Para ello dispensa prestaciones económicas redistributivas de rentas y un conjunto articulado de servicios sociales de naturaleza jurídico-pública)[62].

En la crisis actual –que tiene un carácter eminentemente estructural- se hace visible el dominio del capitalismo financiarizado y especulativo[63], regímenes autoritarios en ascenso, el avance de la "sociedad de la vigilancia" con el cuestionamiento de los presupuestos de la democracia, de los valores y del pensamiento crítico, sino también de la limitación de los derechos y libertades fundamentales, un orden económico en el que se impone la razón económica reforzada por la nuevas tecnología invasivas, una globalización neoliberal desbocada, la catástrofe ecológica, etcétera. En el campo de la sociología del conocimientos se constata que cada vez es más difícil de analizar la complejidad de las realidades de las sociedades actuales generando una crisis del pensamiento crítico y repliegue hacia la "especialización" que contrasta paradójicamente con la crisis civilizatoria que exigiría, de suyo, un tratamiento de los problemas utilizando de manera más integrada los métodos de las ciencias sociales, jurídicas y las "humanidades" (método interdisciplinar)[64]. La apropiación por los poderes privados de las nuevas tecnologías digitales y el uso de la inteligencia artificial están cambiando las reglas de juego en cada país en el ámbito de sistema-mundo en la coyuntura actual de la globalización neoliberal cada vez más cuestionada. El proceso de conformación de nuestras sociedades como "sociedades digitales" está afectando a la "constitución real", a la realidad constitucional que se impone sobre

[62] Sobre estos modelos véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Primera Parte, Capítulo I.2. ("Los modelos de Estado del Bienestar y la desmercantilización como objetivo de la política social moderna"), pp. 19-44., y Segunda Parte ("La crisis del Estado del Bienestar y la revisión de las políticas públicas"; "La crisis estructural del modelo de Estado del Bienestar keynesiano"), pp. 185 y sigs. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: "Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en Rojas Rivero, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social,* Albacete, Bomarzo, 2012, pp. 203-328.

[63] Piketty, T.: *El capital en el S.XXI,* Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2014.

[64] Una apuesta por esa renovación de una teoría del conocimiento interdisciplinar puede hallarse en Morin, E.: *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Barcelona, Paidós, 2011. Hace notar Edgar Morin que se debe reconsiderar la organización del conocimiento y concebir una manera de reunir lo que hasta ahora ha estado separado, reformulando nuestras políticas y programas educativos. Si se quiere que la Tierra pueda satisfacer las necesidades de los seres humanos que la habitan, la sociedad humana debe transformarse. En esta evolución, la educación, en su sentido más amplio, desempeña un papel preponderante. La educación es la fuerza del futuro, pues constituye uno de los instrumentos más poderosos para realizar el cambio. Es necesario reconsiderar la organización del conocimiento, y para ello debemos derribar las barreras tradicionales entre las disciplinas y concebir una manera de reunir lo que hasta ahora ha estado separado. Y al realizar estas reformas hay mantener la mirada fija a largo plazo, hacia el mundo de las generaciones futuras, porque la generación actual tiene una enorme responsabilidad en relación a ellas. Morin había propuesta un pensamiento complejo para hacer frente a la creciente complejidad de lo real. Véase Morin, E.: *Introducción al pensamiento complejo,* Barcelona, Gedisa, 2020. En ensayos que se recogen en este libro, Morin introduce su noción concepto de "lo complejo", de lo transdisciplinar. En la época actual el mundo es complejo, de manera que el objeto a conocer viene a determinar el método para su conocimiento. Así el estudio de cualquier aspecto de la experiencia humana ha de ser, por necesidad, multifacético, en que percibe cada vez más que la mente humana no existe sin tradiciones familiares, sociales genéricas, étnicas, que sólo hay mentes encarnadas en cuerpos y culturas, y que el mundo físico es siempre el mundo entendido por seres biológicos y culturales.

la constitución formal, quedando en una validez formal, pero en una manifiesta ineficacia real[65]. De este modo se opera una "mutación constitucional" de nuevo tipo que convierte a la constitución en una norma fundamental marcada por una inactuación sobrevenida y sin necesidad de llevar a cabo una modificación significativa. Y lo mismo cabe decir de los grandes textos internacionales fundacionales del sistema político y jurídico de la postguerra mundial (la llamada "edad de oro"). Las instancia de poder real –actuando como poderes constituyentes- construyen un nuevo mundo no sólo económico, sino también político y jurídico. Estos poderes económicos no sólo actúa desde fuera del Estado, sino también desde dentro del Estado, explosionándolo y convirtiéndolo en un "Estado de mercado" al servicio institucional de las nuevas fuerzas detentadoras de poder. Se mueve en una doble lógica interdependiente "dentro" (sistema interno) y "fuera" (sistema externo): un poder que como un genio invisible de la ciudad se filtra en todas los rincones del complejo entramado que conforma las estructuras de las sociedades avanzadas. Poderes que persiguen –y suelen alcanzar- una hegemonía ideológico-cultural con capacidad para establecer y *legitimar* un nuevo orden; con capacidad para influir y controlar los sistemas culturales y de reproducción social con efectividad y generalidad hasta ahora desconocidas. Se impone cuestionar la hiperglobalización neoliberal y fortalecer la resortes de poder de los Estados nacionales que se mueven en una economía-mundo y en orden policéntrico: controlar las tecnología digitales como nuevas fuerzas productivas y nuevos factores base de poder; reforzar los sistemas de garantías de los derechos fundamentales frente a la digitalización y a la par diseñar nuevos derechos digitales (una nueva "invención de lo social"), establecer sistema de planificación democrática que sometan a un orden constitucional los "poderes salvajes" del mercado[66].

[65] Es necesario para comprender este fenómeno tomar en consideración la concepción de la "Constitución material". Véase la obra clásica de Mortati, C.: *La Constitución en sentido material* (1940), Madrid, CEPC, 2000, de la cual procede la misma expresión de "Constitución material".

[66] Streeck, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021)*,* Buenos Aires, Katz Editores, 2023; Zuboff, S.*: La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020; Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen; Mito y realidad"), pp. 297-470; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2014, espec., Capítulo III ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt"), pp. 277-631; Monereo Pérez, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 6 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad"), pp. 297-470; Monereo Pérez, J. L.: "Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y De Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, pp. 327–349. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.15353 Incidiendo en la problemática de la soberanía y el orden internacional, véase Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos,* trad. R. Quijano, revisión, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. XIII-CLXXXV. De interés, Crouch, C.: *Posdemocracia,* Taurus/Santillana, 2004, pp. 7 y sigs., 49 y sigs., y 111 y sigs. Colin Crouch piensa que la política en los países avanzados es cada vez menos la proyección de las necesidades de los ciudadanos, y se está convirtiendo, por el contrario, en un espectáculo mediático controlado por unas élites que suelen representar exclusivamente los intereses de las grandes empresas. A esta deriva de la democracia constitucional, este gran sociólogo la denomina "posdemocracia", lo cual cuestiona las bases de la democracia parlamentaria y rol de los partidos políticos constituyendo uno de los desafíos más relevantes de los régimen democráticos contemporáneos. Ello se hace acompañar de la consolidación de una ciudadanía pasiva, apática, que responde únicamente a las señala que se le lazan desde los medios de comunicación de masas o de las redes sociales a través de los líderes "populistas" (de derecha y de izquierda). Más allá del espectáculos del juego electoral, la política se desarrolla entre bambalinas mediante la interacción entre los gobiernos elegidos y una élites que, de forma abrumadora, representan los intereses de los poderes privados de la grandes empresas (*Ibid.,* p. 11). Este análisis nos remite al análisis clásico de Mills, C. W.: *La élite del poder,* México, Fondo de Cultura Económica, 1960. Sobre la problemática de la deriva "populista" (de la cual hay que hablar con matices para que no oculte las realidades del protagonismo de los poderes privados y de las ideologías neoliberales en la dinámica de la democracia constitucional), véase Ronsavallon, P.: *El siglo del populismo. Historia, teoría, crítica,* Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, espec., pp. 95 y sigs., y 165 y sigs. En realidad, estaríamos, en la coyuntura histórica actual, ante una forma política de "Estado mercado" o "Estado

En la perspectiva jurídica es legítima la resistencia constitucional para defenderse de esos poderes económicos –que es una forma de resistencia al absolutismo propietario-, como también defenderse de aquellos poderes de gobierno que actúan de manera arbitraria, abiertamente en contra de la Constitución jurídica fundamental[67]. Cabe reclamar, al respeto, que aunque la Constitución –como Norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico que instituye- es abierta al tiempo histórico, sin embargo las reformas constitucionales no deberían afectar a los que es el núcleo de los principios democráticos y la garantía de todos los derechos fundamentales en su más amplia concepción (la que se infiere, significativamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), a través del criterio de interpretación constitucional que se ha dado en llamar "coto vedado"[68] o, con el mismo alcance, "la esfera de lo no decidible" (o "esfera de lo indecidible"), en garantía de todos los derechos constitucionales y vinculada a la aplicación sustancial de las normas sustantivas. Esta concepción enlaza con la consideración de que la garantía efectiva de los derechos fundamentales se afirma siempre como "leyes del más débil", en alternativa de juridicidad democrática a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia en las constituciones normativas configuradoras del Estado constitucional y sus bases constitutivas.

Precisamente la historia del constitucionalismo –que incluye la realidad constitucional de los poderes constituyentes- es la historia de la lucha por el derecho; la lucha por la progresiva ampliación y expansión de la esfera pública de los derechos y de loas conexas funciones de garantía. Es una histórica más que teórica, de carácter social y política, dado que ninguno de los derechos constitucionales (de libertad, de prestación/acción positiva de los poderes públicos; las distintas generaciones de derechos) han sido otorgados por los poderes establecidos, sino que han sido fruto de la lucha y de la conquista por movimientos –más o menos organizados- de carácter reformista

de competencia" económica. Véase Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I ("Los cambios en curso y la política social en el Estado Social de Derecho"), Capítulo II ("Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho del Trabajo clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo"), y Capítulo IV ("Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de la una "Europa Social" basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales"), pp. 9 y sigs., 29 y sigs., y 213 y sigs., respectivamente. Estas transformaciones pueden entrañar una mutación constitucional sin previa reforma constitucional a través del poder constituyente privado en las propias constituciones democrático-sociales. Lo que se impone es la soberanía de los poderes privados del mercado reforzados con su nueva papel en el Estado y en el dominio de las relaciones económicas, el control de las fuerzas productivas (nuevas tecnologías de dominación) y la articulación de una "sociedad de control social", a la que se le han dado muchos nombres, entre ellos "sociedad de la vigilancia".

Esa es la realidad subyacente, aunque durante la postdemocracia sobreviven prácticamente todos los elementos formales de la democracia, lo cual es, en principio, compatible con una tendencia etapa posdemocrática. Aparte de que esta lógica de acción política acaba también afectando al "Estado de Derecho", sin adjetivos, pues tiende a cuestionar los propios principios del Estado de Derecho (separado de poderes; garantías efectivas de los derechos civiles y políticos, y de los derechos económicos, sociales y culturales). En este sentido se plantea una explícita tensión entre democracia constitucional y capitalismo, y en unos términos muy distintos a la época de la segunda postguerra mundial en las que se construyen, de manera estable, los modernos sistemas de Estado Social de Derecho.

[67] Puede consultarse, Vitale, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional,* Madrid, Trotta, 2012, espec., pp. 37 y sigs., y 63 y sigs.: Ferrajoli, .L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Madrid, Trotta, 2011, espec., pp. 27 y sigs., y 43 y sigs. Y 65 y sigs. Ampliamente, y en un recorrido histórico, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., pp. 19 y sigs., 80 y sigs., y sobre todo, Capítulo 3 ("Fascismo y crisis política de Europa: Crítica del fascismo en Hermann Heller"), pp.113-255; Monereo Pérez, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 4 ("La democracia parlamentaria en Kelsen. "Esencia" y "valor" de la democracia", pp. 103-295, y Capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad"), pp. 297 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., 127 y sigs.161 y sigs., y 179 y sigs.

[68] Garzón Valdés, E.: "Representación y democracia", en Garzón Valdés, E.: *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993, pp. 644 y sigs.

y revolucionario[69]. Actualmente se está ante una crisis de la democracia constitucional, tanto en su dimensión formal como en su dimensión sustancial. Se asiste a procesos *deconstituyentes* en los ordenamientos estatales y en sistema jurídico internacional y europeo[70]. A ello colabora la fuerte presión de las fuerzas económicas que dominan los mercados, las cuales no se limitan a impulsar una autorregulación –la *lex mercatoria* como una legalidad propia-, sino que reclaman también *para sí* la intervención de los Estados nacionales en apoyo directo a la competitividad de las empresas, de manera que los "Estados de mercado" tienden a desplazar a los "Estados Sociales"[71]. El Estado Social de Derecho fue el resultado de los procesos de reformas democrático-sociales y la base político-jurídica determinante de la compatibilidad inestable entre democracia y libre iniciativa económica y de mercado en los Estados de capitalismo avanzado. Y esa compatibilidad entre democracia y capitalismo organizado es la que se ha visto cuestionada por la puesta en práctica de las políticas neoliberales, pues el libre juego de las fuerzas económicas sin limitaciones –limitaciones necesarias para atender a las razones de la sociedad- implica cuestionar el sistema democrático[72].

Este proceso de intervención y regulación pública en el capitalismo organizado de las actividades económicas expresa que la economía de mercado es más un *locus artificialis,* que un *locus naturalis.* De esa artificialidad deriva una técnica del Derecho, la cual, siendo dependiente de decisiones de política del Derecho, confiere "forma" a la economía. Ello supone rechazar cualquier tipo de "naturalismo económico", donde el Derecho contemporánea aparezca como simple imagen o reproducción de un orden que sea anterior y fuera del mismo. Ese naturalismo economicista afirma la existencia de las "leyes de la económica" como verdaderas leyes de la dinámica de funcionamiento del orden espontáneo del mercado[73]. La ideología liberal de los orígenes oculta la intrínseca politicidad y juridicidad del orden económico. Ello da sentido al mismo concepto de "constitución económica" y al estatuto normativo del mercado. Los Estados y el Derecho de la Económica se configuran de manera creciente como agentes políticos e instituciones jurídicas configuradores del orden económico. El derecho de la economía se fundamenta en la constitución económica, definida no sólo como constitución económica formal (esto es, la recogidas en normas de carácter constitucional), sino también en cuanto constitución económica material; exigencia, ésta, que viene motivada (en mayor o

[69] Ferrajoli, L.: "Derechos fundamentales", en Ferrajoli, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2001; Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (2007)*,* Madrid, Trotta, 2011, pp. 773-777 ("Los derechos fundamentales y el paradigma de estado constitucional de derecho. La esfera de lo indecidible"), pp. 801 y sigs., 825, y 828; Ferrajoli, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político,* Madrid, Trotta, 2014, pp. 9 y sigs., 56 y sigs., y 135 y sigs. Para la lucha permanente por los derechos de las diversas generales de derechos, distinguiendo en ciudadanía de los derechos y ciudadanía de los poderes (que presupone la persistencia del "poder constituyente", como garantía frente a posibles desmanes de los "poderes constituidos"), véase Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Primera Parte, Capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"; "Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía"), pp. 159 y sigs.

[70] Ferrajoli, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político,* Madrid, Trotta, 2014, pp. 135 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., pp. 161 y sigs., y 179 y sigs.

[71] Puede consultarse Jessop, R.: *El futuro del Estado capitalista,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2001 (2ª ed., 2008), espec., Capítulo 3, pp. 117 y sigs., y Capítulo 7, pp. 303. Jessop nos habla de tendencial construcción de un "Estado competitivo schumpeteriano"; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2014, espec., Capítulo III ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt"), pp. 277-631; Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I, pp. 9, sigs., Capítulo II, pp. 29-136, y Capítulo IV, pp. 213 y sigs.

[72] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 246-247.

[73] Véase Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercado,* Roma-Bari, Laterza, 2004, Capítulo I, pp. 3 y sigs., 97 y sigs., y 121 y sigs.

menor medida) por el carácter abierto de las disposiciones constitucionales en esta ámbito y que, en consecuencia, requiere el necesario desarrollo a nivel de legislación infraconstitucional[74]. El Derecho de la economía establece reglas de juego de los actores económicos y los mecanismos de intervención pública reguladores del mercado como institución central del sistema económico[75]. Precisamente el Derecho es uno de los instrumentos decisivos para que el Estado o poder público pueda organizar los procesos de mercado y para que pueda intervenir en ellos de manera activa y con pretensiones de eficiencia y de control de la dinámica de su funcionamiento. En el siglo XIX el mecanismo jurídico de la organización venía constituido por el Derecho privado común (Derecho civil y Derecho mercantil) y las instituciones jurídicas vinculadas al mismo. Hasta tal punto la economía no es algo meramente "dado", sino eminentemente "construido", que el mismo modelo de globalización neoliberal del capitalismo actual ha sido objeto de "construcción" a través de la acción político-económica sobre el sistema económico de los Estados de potencia mundial, encabezados por la potencia imperial estadounidense. La propagación por todo el "sistema-mundo" de los mercados, valores y relaciones sociales capitalistas, lejos de ser un resultado inevitable –o espontáneo- de unas tendencias económicas inherentes expansionistas, ha sido consecuencia de la acción directa de un conjunto de Estado, y de especialmente de la actuación del Estados Unidos[76]. Estos grandes Estados fuertes aceleraron las tendencias del capitalismo hacia la internacionalización y con una determinada orientación. Pero tampoco los Estados de potencia mundial que construyeron el modelo de globalización neoliberal han sido ajenos a su crisis estructural (y no sólo financiera) y desbordamiento a partir del Crack de 2008, considerada como la más grave crisis financiaría de la historia, junto a al Crack de 1929. Las fuerzas económicas han sido liberadas de ataduras e impulsadas durante décadas por parte de los Estados de potencia mundial que han construido los mercados globales bajo premisas neoliberales de racionalización económica en su dinámica de funcionamiento. Es suficiente reparar en la elaboración de llamadas normas de Derecho de gobernanza de los mercados y de impulso a la globalización, como actualmente las que están dirigidas a la restricción selectiva de la hiperglobalización neoliberal (leyes de libre mercado, leyes sobre inversión global, reglas "sofw law" sobre pautas de funcionamiento, etcétera). Se ha creado un "espacio jurídico global", pues los procesos de globalización van acompañados de una gradual transformación no sólo de las estructuras de la política, sino también de los aparatos normativos, sobre todo del Derecho internacional. La globalización jurídica presenta tres aspectos relevantes: entran en escena poderes económicos que produce Derecho por encima y más allá de los Estados y de las uniones supraestatales; existe un Derecho sumergido en la factualidad económica de la que es una expresión fiel; y, por último, estamos ante una juridicidad que no solo rechaza una proyección territorial preestablecida, sino que, por el contrario, se identifica con una proyección sin límites y que, por ello mismo, es tendencialmente global. Estos rasgos sitúan el llamado fenómeno de la globalización del Derecho en un tiempo postmoderno[77].

Se ha ido consolidando lo que se ha dado llamar espacio jurídico global, y se difunde, en estrecha conexión con ello, la ideología del globalismo jurídico. En unión a los Estados y las tradicionales instituciones internacionales, como las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, se perfilan nuevos sujetos del ordenamiento

[74] Reich, N.: *Mercado y Derecho (Teoría y praxis del derecho económica en la República Federal Alemana),* Barcelona, Ariel, 1985, espec., pp. 67 y sigs.

[75] Monereo Pérez, J.L. «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 279-333.

[76] Véase Panitch, L. y Gindin, S.: *La construcción del capitalismo global. La economía política del imperio estadounidense,* Madrid, Akal, 2015, espec., Tercera Parte, pp. 171 y sigs., y Quinta Parte, pp. 333 y sigs.

[77] Grossi, P.: *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno,* Madrid, Marcial Pons, 2011, pp.. 60-62. Para delimitar el alcance entre el Derecho de la modernidad y el Derecho postmoderno, véase *Ibid.,* pp. 76 y sigs., y Grossi, P.: "Modernità politica e ordine giuridico", en Grossi, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato,* Milano, Giuffrè, 1998. Véase Ferrarese, M.R.: *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale,* Roma-Bari, Laterza, 2006.

jurídico internacional, a saber: las uniones regionales –como la Unión Europea-, las alianzas político-militares como la OTAN, los tribunales penales internacionales, los grandes grupos de empresas multinacionales, las organizaciones para la regulación financiera internacional, las organizaciones no gubernamentales en general. Y junto a los tratados, a las convenciones y a las costumbres surgen nuevas fuentes del Derecho internacional, como los actos normativos de las autoridades regionales, la jurisprudencia de los tribunales penales "ad hoc", los veredictos de los tribunales arbitrales y, con una importancia singular, las elaboraciones jurídicas de las trasnacional *law firms*, esto es, de los grandes bufetes asociados de abogados y expertos legales, que trabajan sobre todo en los sectores del Derecho comercial o, más ampliamente, del Derecho de la Economía: Derecho fiscal, financiero y laboral. Se trata, éste, de un sistema internacional fuertemente condicionado por los intereses de las grandes agencias económicas y financieras, el poder de decisión, dinámico e innovador, de las fuerzas de los mercados tiende a prevalecer sobre la decreciente eficacia reguladora de las legislaciones estatales y las derivadas de las instituciones y organismo internacionales. Las *law firms* materializan las nuevas de la *lex mercatoria.* Se tiende, así, a conferir preferencia al Derecho comercial en relación al Derecho del Trabajo, y al Derecho privado respecto al Derecho público. Esta praxis comercial transnacional es, en consecuencia, proclive a la privatización y la desformalización de las reglas jurídicas, mientras que queda sustancialmente incierta la fuente de su legitimación. Entonces se pone en cuestión la imagen weberiana del Derecho moderno como un ordenamiento coercitivo, garantizado por el monopolio de la fuerza ejercido por el Estado en un determinado territorio, y que debe su legitimidad a la calculabilidad racional y al previsibilidad de sus actos. De este modo, se puede afirmar que han cambio los protagonistas del proceso jurídico y las modalidades de elaboración y aplicación de las reglas jurídicas. Con todo, el Derecho cumple –o, al menos, ya no lo hace de manera generalizable- la función d reforzar las expectativas de los actores jurídicos, toda vez que funciona como un instrumento compuesto y pragmático de gestión de los riesgos conexos a transacciones dominadas por la incertidumbre. Se consolida (bajo la influencia del pragmatismo procedimental de matriz estadounidense) un sistema jurídico "de las posibilidades", basado en el esquema privatista del contrato con fuente de regulación jurídicamente vinculante. Se conforma, así, una sociedad de mercado como espacio jurídico más autorregulado por las fuerzas económicas de nuestro tiempo[78]. En ese contexto ha quedado en entredicho y desfasada la edad moderna de la mitología jurídica, la cual se había contraído en un contingente horizonte de modelos y la complejidad de la experiencia jurídica *ha sido manifiestamente sacrificada.* Frente a ese enfoque propio del positivismo legalista y de la afirmación absolutista de la estatalidad del Derecho se ha venido imponiendo en los hechos la visión ordinamental del Derecho, que tiene el valor de no poder –ni querer- prescindir de la realidad

[78] Véase Zolo, D.: *Globalización. Un mapa de problemas,* Bilbao, Ediciones Mensajero, 2005, espec., p. 85 y sigs., y 105 y sigs.; Zolo, D.: *Lo señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico,* Madrid, Dykinson, 2005, espec., pp. 21 y sigs., y 79 y sigs.; Zolo, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad,* Madrid, Trotta, 2006, espec., pp. 23 y sigs., y 87 y sigs.; Galli, C.: *Espacios políticos. La edad moderna y la edad global,* Buenos Aires, Nueva Visión, 2002, espec., pp. 119 y sigs.; Santos, B. de S.: *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación,* Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, espec., pp. 69 y sigs.; Estévez Araújo, J.A.: *El derecho ya no es lo que era: Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal,* Madrid, Trotta, 2021; Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024), pp. 279-333 https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942/1161; Harvey, D.: *El nuevo imperialismo,* Madrid, Akal, 2007, espec., pp. 81 y sigs., y 111 y sigs.; Streeck, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático,* Buenos Aires-Madrid, 2016, espec., pp. 41 y sigs., y 99 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2014, espec., Capítulo III ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt"), pp. 277-631; Teubner, G., Sassen, S., Y Krasner, S.: *Estado, soberanía y globalización,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, espec., pp. 65 y sigs., 103 y sigs., y 139 y sigs. Es relevante la perspectiva histórica en las relaciones entre el Estado y el orden económico, Arrighi, G.: *El largo siglo XX. Dinero y poder en los orígenes de nuestra época,* Madrid, Akal, 1999, espec., pp. 42 y sigs., y 288 y sigs.; Deane, PH.: *El Estado y el sistema económico. Introducción a la historia de la economía política,* Barcelona, Crítica, 1993, espec., pp. 155 y sigs.

a ordenar. Por ello mismo se ha podido afirmar que el futuro Derecho de la economía tiende a tener un perfil genéticamente *extralegislativo* con una fuerte contribución ofrecida por la reflexión científica. En relación a esta realidad jurídica se contemplan cambiados actores protagonistas del proceso jurídico; diversas modalidades de producción y funcionamiento de las reglas jurídicas, en una creciente privatización de la producción jurídica: vitales centrales nomopoiéticas -es decir, productoras de reglas jurídicas puntualmente observadas por los particulares- están actualmente situadas en núcleos sociales, económicos y culturales al margen de los Estados nacionales[79]. Santi Romano había situado en la sociedad el referente de la juridicidad[80].

Regresar al pasado de los años de la postguerra mundial no es real, pues los presupuestos de partida han cambiado en el sentido del Estado del Bienestar keynesiano, pero sí establecer un modelo de gobierno económico a través de las instituciones internacionales; instituciones políticas que debería establecer un equilibrio entre la racionalidad económica y la racionalidad social (en términos de justicia social y de lucha contra la desigualdad). La remoción de las políticas de austeridad por parte de los Estados de potencia mundial, dentro y fuera de la Unión Europea, muestra que se pueden realizar los cambios necesarios en una dirección dictada por las políticas públicas, pero avanzar en ello exigiría también un mayor poder de las instancias democráticas de decisión (democratización de los procesos de decisión tanto a nivel estatal como a nivel de las instituciones y organismos internacionales). Ello muestra que el momento político de la decisión puede conducir –o si se quiere, reconducir- los espacios económicos y culturales de las sociedades democráticas avanzadas. Buena prueba de las dificultades reside en los "síntomas de postdemocracia" que se aprecian en la sociedad actual que cada vez cede más poder a los poderes económicos y grupos de presión empresariales –hoy reforzados con los poderes que les otorgan el control de las nuevas tecnología- y la emergencia de fuerzas políticas en los sistemas democrático, pero que contradicen los principios más elementales de la democracia constitucional[81]. Pero de regreso a los principios fundamentales de la democracia constitucional, es irrenunciable poner en práctica la idea fuerza de que son los mercados (vale decir, las fuerzas económicas y de poder político que las sostienen) los que deben adaptarse a las personas y no a la inversa. Frente a los poderes del mercado cabe reivindicar como freno la defensa de los derechos y libertades fundamentales y los "bienes comunes", lo común que unen a los individuos en una sociedad democrática[82].

El Derecho del Estado Social –cuyos orígenes están en las Constituciones de Weimar[83], la Constitución Austriaca y la Constitución Española de 1931- es una forma Estado no limitada a

[79] Grossi, P.: *Mitología jurídica de la Modernidad,* Madrid, Trotta, 2003, pp. 47 y sigs., con referencia a Ferrante, M.R.: *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella societá transnacionale,* Bologna, Il Mulino, 2000, p. 7. Monereo Pérez, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10, 2024, pp. 279-333 https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942/1161

[80] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Reus, 2010, pp. 69 y sigs., y 90 y sigs., y 175 y sigs., sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos y crítica de la doctrina jurídica que no admite más Derecho que el Derecho estatal, dada la existencia de ordenamiento no estatales y de ordenamiento extralegislativo privados, frente los ordenamientos jurídicos publificados.

[81] Puede consultarse, Crouch, C.: *Posdemocracia,* Madrid, Taurus, 2004, espec., pp. 7 y sigs., 53 y sigs., 77 y sigs., y 111 y sigs.

[82] Para esto último –es decir, la defensa de los bienes comunes-, véase Mattei, U.: *Bienes comunes. Un manifiesto,* Madrid, Trotta, 2011, espec., pp.23 y sigs., y 75 y sigs. En una perspectiva más amplia e interdisciplinar, Laval, C., y Dardot, P.: *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI,* Barcelona, Gedisa, 2015, espec., Segunda Parte ("Derecho e institución de lo común"), pp. 263 y sigs.; DE Cabo, C.: *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico,* Madrid, Trotta, 2017.

[83] Puede consultarse Weitz, E.C.: *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia,* Madrid, Turner Publicaciones, 2009, espec., Capítulo VII ("Cultura y sociedad de masas"), pp. 293 y sigs., y Capítulo IX ("Revolución y contrarrevolución de la derecha"), pp. 383 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer,* estudio preliminar

la organización, sino que a ella se añade una fuerte intervención pública reguladora y de control de las actividades económicas. De manera que se orienta decididamente hacia la juridificación de la economía. El mercado y las instituciones de la economía son objeto de gobierno público y necesariamente dinámico, lo que determina una proliferación de instrumentos normativos de regulación; instrumentos que son de adaptación, reforma y conformación de los procesos económicos. Esa dinamicidad de los procesos de regulación de la economía en un Estado pluralista como es el Estado Social determina que se produzca una planificación con frecuencia concertada con actores políticos (partidos políticos y grupos de presión) e interlocutores sociales (organizaciones de intereses profesionales). Ello comporta una forma de democracia deliberativa, en la que prevalece la decisión por medio de la discusión o por la vía de la deliberación, a pesar de sus límites y debilidades[84]. El capitalismo organizado bajo condiciones democráticas se resuelve en un capitalismo de planificación concertada, presidida por un intercambio político entre fuerzas dotadas de factores base de poder. Con ello se refuerza la conexión entre orden jurídico y poder político en una lógica de contractualización de la política del Derecho, derivada del proceso de intercambio político. En el Estado social y democrático de Derecho, el dominio político de la economía se explica, en gran medida, como exigencia de garantía de los derechos y libertades fundamentales, y como necesidad funcional de organización del sistema económico. Para ello la Constitución –como norma fundamental del ordenamiento jurídico- pone a disposición del Estado Social un conjunto de instrumentos para la concretización de la función socio-económica que está llamado a realizar. Esto está presente no sólo en el Derecho Público de la Economía, sino también los Códigos de Derecho privado que han subsistido, pero que se encuentran ya profundamente penetrados por el diseño de la constitución socio-económica en la Norma Fundamental y por las políticas del Derecho que configuran las relaciones interprivados. De manera que lo que se configura es un "constitucionalismo de derecho privado" (una de cuyas manifestaciones es el constitucionalismo de Derecho social).Así, los códigos civiles y de comercio, han dejado de ser las "constituciones materiales" del Derecho privado, pues el centro de gravedad del ordenamiento jurídico general viene constituido por la Constitución jurídica fundamental[85].E incluso cuando actualmente se habla de "código civil europeo" o "código común europeo de derecho

a Kirchheimer, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos,* edición y estudio preliminar, , a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pp.17-185. La República de Weimar debe insertarse en una tranyectoria histórica más amplia, que es la que lleva a cabo el historiador Rosenberg, A.: *Orígen histórico de la República alemana* (1928-1935), Barcelona, Verso, 2004, pp. 17 y sigs. ("Origen de la República alemana 1871-1918"), y pp. 297 y sigs. ("Historia de la República de Weimar").

[84] Elster, J. (Comp.): *La democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 2001, espec., pp. 13 y sigs.,129 y sigs., 183 y sigs., y 207 y sigs. En la toma colectiva de decisiones se ha de contar con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (parte democrática). Todos concuerdan en que incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (parte deliberativa). El análisis más coherente es el construido por Nino, C.S.: *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 1997, espec., que toma como punto de partida el carácter complejo de la democracia constitucional y las tensiones de una constitución compleja (pp. 13 y sigs., y 296 y sigs.) y analiza los fundamentos e implementación de la democracia deliberativa (pp. 154 y sigs., y 202 y sigs.). La teoría que defiende es una concepción dialógica. Véase Elster, J., y Slagstad, R.: *Constitucionalismo y democracia,* Estudio introductorio de A. Herrera, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, espec., pp. 49 y sigs., 217 y sigs., y 322 y sigs.

[85] Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "Constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *en Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 1, 2021, pp. 197-322. No se olvide que la doctrina iusliberal clásica rechazo toda idea de un "código de derecho privado-social"; idea, ésta, que había sido postulado desde distintos frentes. Fundamentalmente desde el "socialismo jurídico" (señaladamente Anton Menger) y desde la dirección más avanzada de la "Escuela histórica del Derecho" (señaladamente, Otto von Gierke). Véase Monereo Pérez, J.L.: "Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España", estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho Civil y los Pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, pp.7-114; Monereo Pérez, J. L.: "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke", *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 10, Vol. 2, 2020, `pp. 682–735. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080

privado" en ciernes[86], es manifiesto que éste no puede pretender hoy tener el sentido racionalizador propio de la época del racionalidad jurídico iusliberal del siglo XIX. De cualquier modo, el Estado Social de Derecho, como Estado regulador, establecerá nuevas formas de regulación más flexible y más penetrantes a través del reforzamiento del Derecho público y la garantía de los derechos y libertades en su desenvolvimiento en el ámbito de las actividades económicas, civiles y laborales, pero estableciendo los límites intrínsecos de la autonomía privada por razones de orden público (que, en lo esencial, están prefiguradas en la Constitución jurídica fundamental).

Ciertamente, la lógica económica de búsqueda del beneficio puede conducir a un proceso de amplia mercantilización, tanto más en una *sociedad del riesgo*[87], que no ha dejado de ser una sociedad dominada por el paradigma tecnológico. Una sociedad del riesgo donde coexisten incertidumbres "dadas" e incertidumbres "fabricadas" dentro de nuestra civilización. El principio axial de esta forma histórica de sociedad son los peligros producidos por la civilización que no pueden ser anticipados socialmente en el espacio y en el tiempo. Remite a una situación de peligro que va más allá de la noción de riesgo en el sentido técnico tradicional (que concierne a eventos posibles calculables), porque el peligro concierne a una situación de incertidumbre incalculable y está vinculada a las decisiones adoptadas en el marco de una civilización histórica determinada.

Esto es algo que fue intuido hace tiempo, ante la constatación de que la sociedad contemporánea es una civilización productiva, donde las *formas dominantes del control social son principalmente tecnológicas*. La tecnología es utilizada con la finalidad de conseguir la cohesión de las fuerzas sociales. Un universo en el cual el dominio sobre la naturaleza queda íntimamente vinculado al dominio sobre los hombres. He aquí que la tecnología se convierte en vehículo de la reificación: el mundo tiende a convertirse en lo sustancial en una administración tecnocrática y productivista, que envuelve a los propios núcleos dirigentes de la sociedad en el Estado-administrador. De este modo, la textura de la dominación se convierte en la textura de la razón última del universo regido por el principio de realidad, esto es, un universo no contradictorio y no transcendente que puede ser controlado por la *racionalidad científica y tecnológica*, la cual se conduce por un empirismo totalizante.

En la actualidad, el poder político se afirma por medio de su poder sobre el proceso mecánico y sobre la organización técnica. El gobierno de las sociedades industriales avanzadas sólo se puede mantener y asegurar cuando consigue movilizar y organizar la productividad técnica y científica

[86] Véase Alpa, G. y Buccino, E.N. (Eds.): *Il códice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000 (Consiglio nazionale forense),* Milano, 2001; Hartkamp, A. S.: *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi, 4ª edición, 2011. Entre nosotros, Cámara Lapuente, S. (coord.): *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003: *Ibid.,* "El hipotético «código civil europeo»: ¿por qué, cómo y cuándo?", y bibliografía allí citada. Disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/homPicazo.pdf. Véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (2005/2022(INI)). Respecto a la problemática de base vinculada a la necesidad de un marco común, es de utilidad, Grossi, P.: *Europa y el Derecho,* Barcelona, Crítica, 2009; Grossi, P.: *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno,* Madrid, Marcial Pons, 2011, pp.58-60, sobre el significado histórico-jurídico de la formación de un Derecho europeo, y subraya el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la formación del Derecho europeo. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2006-0109_ES.html. La obra de referencia y más completa sobre el Derecho Privado Europeo, es la de Coing, H.: *Derecho privado europeo (1985-1989),* 2 Tomos, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, 1996, espec., Tomo I, Parte Primer ("Fundamentos y entorno del Derecho Común"), pp. 31 y sigs., y Tomo II, Parte I ("Las Bases"), Capítulo I ("La codificación del Derecho civil"), pp. 27 y sigs., Capítulo II ("La ciencia jurídica"), pp. 47 y sigs., y Capítulo III ("Los fundamentos comunes de la configuración del Derecho privado"), pp. 101 y sigs.

[87] Véase Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Barcelona, Paidós, 1998, pp. 55 y sigs.; Beck, U.: *La sociedad del riesgo global,* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, espec., pp. 29 y sigs., y 113 y sigs. Asimismo, Luhmann, N.: *Soziologie des Risikos,* Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1991, espec., cap. II, "El futuro como riesgo", y cap. IX, "Riesgos en el sistema económico"; Luhmann, N.: *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna* (1992), Barcelona, Paidós, 1997, espec., pp. 87 y sigs.

de que dispone la civilización industrial. En el capitalismo avanzado, la racionalidad técnica se encierra, a pesar de su uso irracional, en el sistema productivo. Existe, pues, un vínculo estrecho entre la racionalidad tecnológica y la lógica de la dominación social. En efecto, la sociedad tecnológica tiende a alterar la base de la dominación, reemplazando gradualmente la dependencia personal por la *dependencia al pretendido* «orden *objetivo de las cosas»* (leyes económicas, los mercados, etc.). Pero el «orden objetivo de las cosas» en la sociedad industrial avanzada es en sí mismo resultado de la dominación[88]. «El hombre moderno —decía Martin Heidegger— toma la totalidad del ser como materia prima para la producción y *somete la totalidad del mundo-objeto a la marcha y el orden de la producción («Herstellen»*)... el uso de la máquina y la producción de maquinaria no es la técnica en sí misma, sino tan sólo un instrumento adecuado para la realización (*Einrichtung*) de la esencia de la técnica en su materia prima objetiva»[89].

En ese contexto es esencial que el poder público se comprometa en el funcionamiento del sistema económico y ponga límites respecto a los derechos económicos para proteger a la colectividad general de posibles desviaciones y abusos. La evolución del *Derecho económico* refleja esa tendencia intervencionista de signo tanto «funcional» como «finalista».

A partir del final de la primera guerra mundial se produce un cambio de actitud del poder público respecto al funcionamiento de la economía de mercado. Éste reclama su legitimidad para intervenir directamente en la dinámica del mercado, marcando diferencias con el pensamiento liberal anterior[90]. El Estado del capitalismo avanzado, trata de «encuadrar» al mercado en su política de ordenación del sistema económico. El nuevo ordenamiento jurídico de la economía se apartaba así del viejo esquema que cristalizó en el proceso codificar llevado a cabo en el siglo XIX.

En efecto, frente al Derecho privado contemporáneo (que comenzó a implantarse después de la primera guerra mundial) el Derecho de la codificación formaliza el considerado «orden natural» propio del capitalismo de mercado concurrencial, con pretensión de pervivencia indefinida. Correspondía al sistema jurídico establecer el marco institucional necesario para su funcionamiento,

[88] Véase Marcuse, H.: *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Barcelona, Seix Barral, 1969, *passim*. En realidad, la racionalidad se podría definir como la adaptación de los medios a los fines, siendo la antítesis de la superstición y de la magia. En el plano económico, la racionalidad del capitalismo se específica en la idea que de los fines relevantes son la producción y adquisición de riqueza material. Véase Landes, D. S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 36. Asimismo, Aron, R.: *Dieciocho lecciones sobre la sociedad industrial,* Barcelona, Seix Barral, 1971, espec., pp. 62 y sigs., 81 y sigs., 209 y sigs., y 244 y sigs.

[89] Heidegger, M.: *Holzwege*, Frankfurt, Klostermann, 1950, pp. 266 y sigs.

[90] De todos modos no conviene olvidar que después de la primera Gran Guerra el constitucionalismo social no fue el único fenómeno de respuesta a la *fase crítica de la normalización del cambio social*, es decir, de adaptación del sistema capitalista (de sus instituciones políticas, jurídicas y económicas) a los procesos de cambio estructural que se venían produciendo desde finales del siglo diecinueve. Está, como es sabido, la respuesta autoritaria, que tuvo su apogeo en el período que media entre las dos guerras mundiales. Véase, en una perspectiva de conjunto, Maier, CH. S.: *La refundación de la Europa burguesa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, *passim*. Sobre el pensamiento jurídico autoritario de entreguerras y la organización jurídica de la economía monopolista totalitaria, es de obligada consulta la obra de Neumman, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo* (1942), México, FCE, 1983; y Preti, L.: *El desafío entre democracia y totalitarismo*, Barcelona, eds. Península, 1983, Primera Parte.; Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo 3 ("Fascismo y crisis política de Europa: Crítica del fascismo en Hermann Heller"), pp. 113-255; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/ El Viejo Topo, 2020, espec., pp. 161 y sigs., y 179 y sigs. Asimismo, Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 3 volumes, Madrid, Trotta, 2016 (1ª edición, 2011); Hirsch, J.: "Elementos para una teoría materialista del Estado", y "El aparato de Estado y la reproducción social: elementos de una teoría del Estado burgués", en Bonnet, A. y Piva, A. (Comps.): *Estado y Capital. El debate alemán sobre la deriva del Estado,* Madrid, Herramienta/Dado, 2020.

y especialmente un sistema de libertades económicas y laborales indispensables para conjugar capital y trabajo asalariado como fuerzas productivas. La relación salarial (capital y trabajo libre en sentido jurídico), constituye la uno de los elementos de la *differentia specifica* del capitalismo[91]. La sociedad capitalista ha estado dominada por el *trabajo abstracto*: un tipo de trabajo adquisitivo que ha sido regulado por el mercado *intervenido* (de ahí el carácter especial del mercado de trabajo como institución social[92]) y utilizado bajo modos de organización propios de la empresa capitalista. El capitalismo se diferencia de sistemas económicos anteriores en que se basa en el trabajo libre en sentido jurídico[93].

Precisamente la institución que refleja la desigualdad en el Derecho del capitalismo es la del trabajo asalariado, ya que por definición el rasgo característico del capital -entendido como relación social, y no como simple "factor de la producción"- es una dominación sobre el trabajo. Para ello es preciso que existan determinadas condiciones objetivas y subjetivas que permitan al empresario capitalista contratar con terceras personas conforme a sus propias necesidades, y utilizar sus servicios con arreglo a un sistema de racionalización de la organización productiva. En realidad, ya la misma mecanización *exigía la reglamentación*. Uno de los rasgos y problemas más destacables en el plano económico y social planteados por la empresa privada capitalista era la pugna entre una reglamentación impuesta por la industrial mecanizada y la obstinada resistencia que el hombre-trabajador hace a verse reglamentado[94]. En este sentido la ordenación jurídica ha de realizarse de tal manera que proporcione las situaciones jurídicas y modalidades de contratación exigidas en cada momento por la empresa capitalista (la propiedad individual, los distintos tipos contractuales necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial, como la compraventa, arrendamiento, préstamo, arrendamientos de servicios y contrato de trabajo, etcétera)[95]. Los contratos para el ejercicio de la actividad de la empresa más que una categoría jurídica específica remite a la serie de figuras contractuales sin las cuales no es posible llevar a cabo de la actividad empresarial en el tráfico jurídico-económico.

Por todo ello, como se dijo anteriormente, los códigos tenían un significado esencialmente constitucional[96]. El código civil, consagraba las bases constitutivas generales de la sociedad, mientras que el código de comercio *garantiza* el conjunto de libertades económicas fundamentales para el ejercicio del comercio, construidas sobre el soporte de las libertades civiles. Esa función de «garante» era la propia del Estado liberal, con su conocida proclama de garantía «externa» del *laissez faire*, es decir, en términos estrictamente jurídicos, de aseguramiento de un espacio propio a la autonomía privada. En realidad, el Estado siempre estrechamente vinculado con la revolución industrial[97].

---

[91] En realidad, la empresa capitalista en sentido técnico, sólo puede existir cuando el empresario pone a su servicio trabajadores extraños. La empresa capitalista es siempre organización de capital y de trabajo asalariado. En este sentido Sombart, W.: *La industria*, Barcelona, Labor, 1931, p. 56.

[92] Véase Solow, R. M.: *El mercado de trabajo como institución social*, Madrid, Alianza, 1992. El sentido común —apunta Solow (*Ibid.*, p. 23)— parece que da por sabido que el trabajo como bien económico tiene algo especial y por tanto también lo tiene el mercado de trabajo.

[93] Véase Sweezy, P. M.: *Teoría del desarrollo capitalista*, México, FCE, 1974, pp. 68 y sigs., y ampliamente Sombart, W.: *La industria*, Barcelona, Labor, 1931, pp. 14 y sigs

[94] 243 En este sentido Toynbee, A. J.: *Estudio de la Historia*, Compendio, en vol. 2., Buenos Aires-Barcelona, Emecé Editores, 1.º ed., 1952, pp. 346 a 350. E incluso en un plano histórico más general, cabe decir que «en realidad, reglamentación y mercados se desarrollaron juntos». Cfr. Polanyi, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989, p. 121.

[95] Puede consultarse, Galgano, F.: *Derecho comercial, Vol. I. El empresario,* Bogotá (Colombia), 1999, Capítulo X, pp. 267 y sigs.

[96] Véase Duque, F.: *Constitución económica y Derecho mercantil*, en el vol., *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 73-74, y la bibliografía citada más arriba.

[97] Véase Cipolla, C. M. (ed.): *La revolución industrial. Historia económica de Europa,* Vol. 3, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 312 y sigs.

No obstante, la puesta en práctica de este modelo de organización autónoma de la economía pondrá de relieve su fracaso, porque las condiciones de competencia perfecta se proyectaban sobre un escenario teórico puramente imaginario, sin base de realidad. El fenómeno de la concentración de empresas, con la consiguiente concentración del poder económico, y sobre todo la aparición de las primeras crisis cíclicas del capitalismo (especialmente, la crisis económica de 1929), exigiría una intervención pública más directa y reguladora de la marcha de la economía de mercado. El cambio obedece a un complejo de razones tanto exógenas (requerimientos externos de intervención por parte de las fuerzas económicas) como endógenas (proceso de autorreflexividad de las fuerzas políticas en presencia respecto de la oportunidad y legitimidad de realizar ese tipo de intervención más incisivo; algo a tener en cuenta para evitar el frecuente neonaturalismo en el análisis de los factores de causantes del cambio de actitud del Estado respecto al gobierno de la economía[98]). Ese intervencionismo público en la vida económica, se impondría ante la constatación de que el equilibrio económico no se produce espontáneamente a través de la «mano invisible» del mercado[99]. Es a partir de ese fracaso de los esquemas liberales individuales de organización de la economía, y de la sociedad en su conjunto, como se reivindica la función directiva del poder público en la actividad económica y en la garantía del bienestar social de los ciudadanos. Todo ello conducirá a predisponer nuevas técnicas de actuación (incluidas las nuevas técnicas de legislación e intervención pública a través de los servicios públicos). El resultado es un sistema de economía mixta, cuyas bases constitutivas se hallan de ordinario en las constituciones contemporáneas, que combina la iniciativa privada y la iniciativa pública en materia económica. Aunque se ha advertido de la tendencia a transitar de la economía mixta clásica a la "metagobernanza"[100]. En cualquier caso, las tensiones han presidido siempre al Estado del Bienestar,

[98] Significativamente, Karl Marx pudo hacer suya la opinión antinaturalista de Giambattista Vico, cuando éste afirmaba que «la historia de la humanidad se distingue de la historia de la naturaleza porque a la primera la hemos hecho nosotros, mientras que a la segunda no». *Cfr*. Marx, K.: *Das Kapital*, I, en *Werke* (Obras), Vol. 23, Berlín, 1962, p. 389. Un estudio relevante sobre las relaciones entre Marx y Vico realizado por un elenco de pensadores solventes, en Tagliacozzo, G. (Compilador): *Vico y Marx. Afinidades y contrastes* (1983), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1990, espec., pp. 13 y sigs, 81 y sigs., 183 y sigs.256 y sigs., 297 y sigs., y 333 y sigs.

[99] La contribución de Keynes fue decisiva en este proceso. Véase Keynes, J. M.: «El final del laissez-faire» (1926), en Keynes, J. M.: *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Orbis, 1987; y de Beveridge, por lo que atiende a la formación del Derecho social del Estado. Consúltese, Beveridge, L.: *Seguro social y servicios afines* (1942), Madrid, MTSS, 1989; *Ibid., Pleno empleo en una sociedad libre* (1944, 2.º ed. 1960), Madrid, MTSS, 1989. Puede consultarse Monereo, J. L., Monereo, M. Y Ochando, C.: «Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo», Rev. *Sistema*, números 155-156, 2000, pp. 71 a 113; Monereo Pérez, J.L.: William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social. (2015). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm. 4. https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/62

[100] Jessop, R.: *El futuro del Estado capitalista,* Madrid, Los Libros de la Catarata, 2001 (2ª ed., 2008), espec., Capítulo 6, pp. 265 y sigs., que aprecia la existencia de la crisis de la economía mixta, cuyo papel en el modo de regulación del fordismo atlántico fue clave por determinante. Esta transformación incide en el doble papel del Estado, tanto en el momento de garantizar las condiciones para una acumulación rentable del capital privado, como para la reproducción de la fuerza de trabajo como mercancía ficticia (Karl Polanyi). Lo cual se refleja en la rearticulación del papel del Estado en el gobierno de la acumulación de capital, y en su papel más general de garantía de las condiciones de la cohesión social dentro de la formación social en su conjunto. El fracaso de los mercados para autogobernarse con eficiencia a través de los Estados y la gobernanza como soluciones para la reducción y control de la complejidad de las realidades económicas. La metagobernanza se refiere a la organización de las condiciones para la gobernanza en su sentido más amplio. El Estado desempeña un papel fundamental y cada vez mayor en la metagobernanza, a saber: garantiza la compatibilidad y coherencia de los diferentes mecanismos y regímenes de gobernanza; actúa como organizador principal del diálogo entre las comunidades políticas públicas; despliega un monopolio relativo de la información e inteligencia organizacional con el que dar forma a las expectativas cognitivas; sirve como "tribunal de apelación" para las diferencias surgidas dentro y acerca de la gobernanza; intenta reequilibrar los diferenciales de poder; y asume también la responsabilidad política en el caso de un fallo de la gobernanza. Todas las actividades y funciones específicas del Estado se realizan bajo la primacía de lo político como consecuencia de su responsabilidad última del mantenimiento de la cohesión social. Esta restricción impugna de suyo la consigna liberal de una relación distante entre el mercado y el Estado y su Derecho como guardián nocturno, porque los Estados no suelen ser capaces de resistir la presión para interferir cuando es posible predecir una ventaja política, o si resulta necesario para

pues resulta ineludible la realidad política existencial de una lucha por la redistribución del poder social[101]. Ello subyace a la misma función compleja del Estado del Bienestar en el capitalismo maduro, que ha contribuido a la pacificación de los conflictos de clase buscando un equilibrio en la siempre asimétrica relación de poder entre capital y trabajo, por un lado, y por otro, entre la racionalidad económica y la racionalidad social.

Estas constituciones jurídicas contienen un conjunto de normas y principios de ordenación económica, integrando la que se ha dado en llamar constitución económica en sentido formal (en cuanto delimitada en el propio texto constitucional). Dicha constitución económica establece el marco donde actúa el legislador infraconstitucional y los propios agentes económicos (que ostentan un poder de autonormación jurídica de las relaciones económicas). De tal manera que el conjunto formado por la constitución económica y las normas públicas y privadas de ordenación económica integran en el plano de la sistemática jurídica el llamado Derecho de la economía[102]. Siendo así que el Derecho de la economía no se limita al Derecho administrativo económico, sino que abarca también ese conjunto integrador de las normas y principios fundamentales que estructura el sistema económico (constitución económica formal, Derecho mercantil, etcétera).

En el cuadro del Derecho de la economía, el Derecho privado ha sufrido cambios de gran relevancia, modificando los esquemas de regulación de los códigos liberales. En este sentido se atenúa (no se suprime) el rigor del individualismo que inspiran los códigos (funcionalizando socialmente las categorías privatistas y protegiendo a aquellos grupos que ostentan una posición más débil en la contratación), y se hace entrar en juego los intereses generales y colectivos en las instituciones clásicas del Derecho privado. Se intenta buscar un equilibrio entre el conjunto de los intereses que subyacen a los institutos del Derecho privado, y dicha búsqueda del equilibrio comporta la introducción de límites al poder de autodeterminación de la autonomía privada[103]. El proceso, como se tuvo la oportunidad de

responder a la inquietud social. Ahora bien, reconocer las posibles contribuciones de la metagobernanza reflexiva a la organización y coordinación económica social en modo alguno supone garantizar su éxito. Con todo, se apunta que lo que se está reemplazando –en opinión de Jessop- tendencialmente es el Estado nacional del bienestar keynesiano en un régimen postnacional de trabajo suchumpeteriano. Cabe decir, que en una tensión entre naturaleza/lógica del capitalismo y Estado del Bienestar, parece difícil –a pesar de todas las contradicciones realmente existente en este binomio- que el capitalismo contemporáneo no puede prescindir de un Estado del Bienestar (intervencionista, por definición), más o menos desarrollado. Claus Offe, lo ha puesto de manifestó en diversas ocasiones, especialmente en Offe, CL.: *Las contradicciones del Estado del Bienestar* (1984/1988), Madrid, Alianza editorial, 1990, espec., pp. 41 y sigs., 135 y sigs.

[101] El poder social condicional la libertad real, véase Laski, H.J.: *La libertad en el Estado Moderno*, trad. E. Warshaver, revisión, edición y estudio preliminar, "Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón" (pp. IX-XCVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, espec., Capítulo III ("Libertad y poder social"), pp. 129 y sigs.

[102] Véanse las reflexiones hechas más arriba. Asimismo, Shonfield, A.: *El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado* (1965), México, FCE, 1967, espec., pp. 91 y sigs., 273 y sigs., y 435 y sigs; Williamson, O.E.: *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, FCE, 1989, espec., pp. 26 y sigs., 77 y sigs., 211 y sigs., 244 y sigs., y 386; Williamson, O.E., y Winter, S.G. (Compiladores): *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo* (1991), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, espec., pp. 29 y sigs., 126 y sigs., 220 y sigs., 271 y sigs.; Coase, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley* (1988), Madrid, Alianza editorial, 1994, espec., pp. 9 y sigs., 51 y sigs., 121 y sigs., y 165 y sigs.; North, D.C.: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico* (1990), México, FCE, 2006, espec., pp. 13 y sigs. 99 y sigs., y 139 y sigs.

[103] El ordenamiento jurídico reconoce la autonomía privada como autonomía social, entendida como poder de los sujetos privados de autorreglamentar los intereses recíprocos. Pero el reconocimiento de esa autonomía supone que el sistema jurídico ejerce un control sobre los actos de autonomía privada; siendo relevante aquí su concepción de la causa en términos objetivos como función económico-social de relevancia jurídica del negocio y como razón y fundamento jurídico del reconocimiento de dicha autonomía. Por tanto, ese concepto, elevado a categoría histórica fundamental en la etapa de la codificación del Derecho privado, *refleja tras su envoltura formal un modo de organización jurídica de los poderes privados*, cuyo desenvolvimiento es objeto de regulación y control por el ordenamiento jurídico. De ahí que el Derecho no se limite a tutelar la actividad negocial; su función es más compleja

decir antes, culmina a menudo con una sustracción de ciertas materias y particulares relaciones sociales de los códigos (es el caso del Derecho social del trabajo, del Derecho concursal, etcétera). En otros casos, se trata del fenómeno no menos relevante de remodelación de instituciones del Derecho privado, que afectan a una reorientación social, pero también hacia el principio de efectividad que requiere el sistema económico-social diseñado en las Constituciones de la postguerra mundial, configuradoras del Estado social de Derecho. El fenómeno puede ser contemplado como una presencia de las lógicas contradictorias del Derecho social y del Derecho económico en todos los institutos del Derecho privado. No es sólo el proceso de funcionalización de la propiedad en sentido estático y su formal subordinación a la defensa de los intereses generales, sino también los *intentos* (pues, por el momento, sólo de eso se trata...) de reformulación de la estructura interna de la empresa, que de ser ámbito exclusivo del poder directivo de su titular, se convierte ahora en centro de referencia de un complejo más amplio de intereses (la vigencia de una concepción democrático-institucional de la empresa, entendida como una organización productiva donde coexisten una pluralidad de intereses en juego[104]), y en ámbito preferente de intervención normativa de los poderes públicos en el gobierno de la economía general. No se trata solamente de la presencia del principio participativo (en los términos propios de la «democracia industrial», realzado desde las corrientes del "Derecho reflexivo"[105]), sino también del principio de eficiencia (reforzado por el acrecentamiento de las condiciones de la competencia mundial y revitalizado por las nuevas escuelas económicas, como la escuela institucionalista y el denominado «Análisis Económico del Derecho»[106]) y la tutela de los intereses de los consumidores. En este contexto, la empresa-organización productiva aparece como un valor en sí (tendencia hacia la objetivación) que puede ser liquidado, conservado o reestructurado a través de la combinación de distintas técnicas e instrumentos jurídico-económicos. Se produce, con todo, una cierta *funcionalización político-jurídica*

y persistente, al ejercer una tarea de control de la iniciativa privada en atención a su función específica. Con todo, los tipos negociales —surgidos de la autonomía privada— son relativamente autónomos en un doble sentido; es decir, en la medida en que no se limitan a ser reflejo juridificado de las relaciones económicas, ni tampoco pueden ser objeto de comprensión y explicación con independencia de las categorías económicas en las que se resuelve la realidad económico-social. Sólo así, en esa doble vertiente de la juridificación del mundo de la vida, pueden presentarse las relaciones económicas como relaciones típicamente jurídicas.

[104] Aunque, ciertamente, los cambios operados en el capitalismo tardío desde finales del siglo XX parece que ha contribuido a retomar la vieja idea del *absolutismo* del poder directivo del empresario. Véase, al respecto, Rivero Lamas, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza (Universidad), 1986; Rivero Lamas, J.: *La democracia en la empresa,* edición y estudio preliminar, "Juan Rivero Lamas. Semblanza intelectual" (IX-XXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010; Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992; Benedetti, L. (Coord.): *Democrazia económica e democracia industriale. La prospettiva europea, il caso italiano,* Milano, Franco Angeli, 1994; Monereo Pérez, J. L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426. De interés, Albert, M.: *Parecon. Vida después del capitalismo,* Madrid, Akal, 2005, espec., Parte II ("La visión de la economía participativa"), pp. 105 y sigs., y 259 y sigs., con una apuesta por un modelo de economía participativa; Schweickart, D.: *Más allá del capitalismo,* Prólogo de Luis de Sebastián, Maliaño (Cantabria), 1997, espec., pp. 133 y sigs., 195 y sigs, y 263 y sigs.

[105] Véase Teubner, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, PUF, 1993.

[106] Véase Posner, E. A., & Sykes, A. O.: Economic Foundations of International Law, Harvard University Press, Cambridge, 2013. Posner, R.d A.: «The law and economics of the economic expert witness», The Journal of Economic Perspectives, 13(2), 1999, pp. 91-99; Calabresi, G.: *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, 2016. Calabresi, G.: *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 2008. En castellano: Un análisis de conjunto de sus fundamentos originarios en Torres LÓPez, J.: *Análisis económico del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1987; Mercado Pacheco, P.: *Análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994. También Vásquez, O.: *Una introducción al Análisis Económico del Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. https://acortar.link/86v4Xa. Y las traducciones al castellano, Posner, R. A.: *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2007; Calabresi, G.: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

del conjunto del Derecho privado[1073], que no supondría un modo de «colonización» sustitutiva de las libertades económicas en el marco de una economía de mercado[108].

En ese marco general el Estado del capitalismo tardío tiene una doble naturaleza: por un lado, es la organización política de la sociedad capitalista, y por otro, es, al mismo tiempo, elemento de su organización económica[109]. El Estado capitalista actual siendo elemento de la organización económica pertenece a la estructura del sistema económico y ostenta un papel configurador de las relaciones de producción. Ya no se estaría simplemente ante el Estado del capital propio de la época del capitalismo liberal individualista, sino ante el Estado capitalista moderno, conformador de la sociedad y mediador en los conflictos sociales[110]. Este Estado contemporáneo es protagonista, junto con otros agentes, de los procesos de reproducción del capital (y de la fuerza de trabajo), partícipe directo de las relaciones sociales de producción, elemento de la «base», y no una simple «sobreestructura». De manera que, en la medida en que el Estado actúa como instancia reguladora suprema de los procesos de reproducción y acumulación del capital, la misma economía capitalista, sus mecanismos de desarrollo, su estrategia se convierte en tema central del debate político parlamentario.

Se puede decir, que las características distintivas de la política económica interior de los Estados del capitalismo moderno son básicamente las siguientes[111 257]:

En su organización jurídico-económica se produce originariamente una neta *separación entre Derecho público y Derecho privado.* En función de ello, la actividad económica individual se enmarcó principalmente en el ámbito del Derecho privado. Con la construcción de la forma de Estado social, se relativiza dicha separación y se da nacimiento a una nueva categoría sistemática, el Derecho social.

En los orígenes del capitalismo concurrencial la ordenación *jurídica* de la vida económica se ha resuelto en un *sistema de derechos subjetivos*, sin predisponer deberes correlativos ante ellos. En realidad, el *derecho económico* había extendido extraordinariamente las esferas de la conducta discrecional del sujeto económico. Es así que el empresario está en situación jurídica de realizar la actividad económica, tan sólo con una mínima limitación del sistema legal establecido. Se ha señalado que en sus orígenes el concepto de empresario, antes que un concepto del Derecho, fue un concepto de la economía, porque fue elaborado, en la época moderna, para caracterizar uno

[107] Para esas transformaciones del Derecho privado, véase Zöllner: *Die politische Rolle des Privatrechts*, en «Juristische Schulung», núm. 5, 1988, pp. 329 y sigs.

[108] Véase Habermas, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998; Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 21 y sigs.; Zagrebelsky, G.: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional,* Madrid, Trotta, 2014, espec., pp. 17 y sigs., y 137 y sigs. Para Zagrebelsky la Constitución es la forma de la convivencia, la ley es la forma de la fuerza; la Constitución señala los límites de la inclusión y de la exclusión de la vida constitucional, la ley es la expresión forma de esta vida; la Constitución es en sí misma una norma de compromiso que media entre las fuerzas incluidas en la Constitución, la ley es una decisión que escoge entre las oportunidades aceptadas por el compromiso; la Constitución es una norma que aspira a durar, la ley es una norma fugaz que depende de las circunstancias; la Constitución es una norma en la que se expresa la autonomía de los miembros de la sociedad, la ley es una norma expresa la superioridad de una parte de los elementos de la sociedad sobre las otras. Atendiendo a esto, se puede afirmar que la Constitución es la única forma posible en la actualidad de restaurar la vertiente material del Derecho, la que tiene que ver con su justedad.

[109] Véase Galgano, F.: *Instituciones de la economía capitalista*, *cit*., cap. I.

[110] El Estado capitalista moderno es el Estado de pluralidad de clases (Estado Constitucional contemporáneo), sujeto a una complejidad creciente. Véase Giannini, M. S.: *El poder público*, Madrid, Civitas, 1991; Zolo, D.: *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994; Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020, y la bibliografía allí citada.

[111] Para esas características, véase, en gran medida, Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 1, México, FCE, 1984, pp. 67 y sigs.

de los sujetos del sistema económico, es decir, de la organización social de la producción y de la distribución de la riqueza. El empresario transforma o combina los factores de la producción, esto es el capital y trabajo, en un producto idóneo para satisfacer las necesidades de los consumidores, y, por lo mismo, se presenta como el que desempeña una función *creadora de riqueza;* al menos es así en el paradigma típico de empresa organizada para la producción y no para simple especulación. El mercado es, en la más amplia acción del término, el campo ideal para el encuentro entre la demanda y la oferta de los diversos sujetos económicos; y así se hace referencia de mercado de capitales, de mercado de trabajo, de mercado de consumo, etcétera. También es esencial en el concepto de empresario desde el punto de vista jurídico la asunción de riesgos de empresa y del poder de dirección del conjunto de la actividad desplegada. Desde esa perspectiva, el empresario se presenta como el titular del poder económico o sea del poder de decidir qué se ha de producir, cómo, dónde, cuándo y qué condiciones. Esta prerrogativa suya es lo que se define como control de la riqueza en el marco de la activad empresarial propiamente dicha. Por demás, la esencia del capitalismo industrial reside en la separación del trabajador de la propiedad de los instrumentos o medios de producción[112]. En la perspectiva del mercado, el empresario no es un sujeto económico aislado, ya que se actividad es para el mercado y se enmarca en un determinado sistema económico. Y tanto la libertad de empresa en el marco de una económica de mercado, como el mercado mismo es objeto de intervención pública a través del Derecho de la Economía. Se trata de un intervencionismo público preordenado en los textos constitucionales que en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho diseña una "constitución económica" en estrecha coordinación con la "constitución social"; cuya combinación potencialmente permitiría establecer un nuevo derecho de la organización empresarial, una de cuyas bases podría ser el reconocimiento de la "cogestión", que lejos de partir de la pretendida idea de empresa como comunidad de trabajo, toma como punto de partida la pluralidad de intereses que se percibe en su interior, siendo el conflicto connatural al actual sistema económico. Los que deciden son actores sociales que codeciden a partir del conflicto, pero buscando puntos de encuentro entre sí para alcanzar limitadas formas de gobierno concertado de las grandes empresas societarias. En la cultura jurídica del sistema de relaciones laborales es posible establecer espacios para la codecisión negocial (negociación colectiva entre los interlocutores sociales) coexistentes y articulados con formas de cogestión en las estructuras jurídicas internas de las grandes sociedades mercantiles. El caso del modelo de cogestión alemán resulta elocuente al respecto, al reflejar un modelo de democracia económica jurídicamente institucionalizada. También ha influido en ello la legislación de la Unión Europea en materia de sociedades[113].

[112] Puede consultarse, Galgano, F.: *Derecho comercial. Volumen I. El empresario,* Bogotá (Colombia), 1999, Capítulo I, pp.11 y sigs. Respecto a la sociedad y la empresa colectiva y la sociedad como empresa colectiva (esto es, explotada en común por un grupo organizado de personas sobre la base de un contrato de organización societaria), véase Galgano, F.: *Derecho comercial. Volumen II. Las sociedades,* Bogotá (Colombia), 1999, Capítulo I, pp. 1 y sigs., Capítulo VII, pp. 205 y sigs., y Capítulo XI, pp. 393 y sigs.

[113] La Directiva (UE) 2017/1132 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada), codifica parcialmente el Derecho de sociedades a escala europea, si bien los Estados Miembros siguen rigiéndose por leyes propias en la materia, que de vez en cuando se modifican en cumplimiento de los Reglamentos y Directivas de la Unión. La labor que se desarrolla en la actualidad para establecer un Derecho de sociedades y un marco de gobernanza corporativo modernos y eficaces para las empresas, los inversores y los trabajadores europeos tiene como finalidad la mejora del entorno empresarial de la Unión Europea. La base jurídica fundamental viene constituida por el grupo normativo formado por el art. 49, el art. 50, apartado 1 y apartado 2, letra g), y el art. 54, segundo párrafo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). https://www.boe.es/doue/2017/169/L00046-00127.pdf . Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores4 y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores; Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (véase el estudio de su Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, de mayo de 2012, sobre relaciones entre los órganos de vigilancia y dirección de las empresas, que

Con todo, el *derecho económico* aparece formalmente, en lo esencial, como un sistema de derechos de libertad *individual*. Esto no significa que la libertad empresarial sea ilimitada (ni que pueda realizarse de modo incondicional), ya que el sistema jurídico-político impone límites a fin de garantizar los equilibrios económicos y sociales (política de ordenación económica, legislación protectora de los trabajadores). Esas limitaciones a la libertad empresarial no pueden considerarse, al modelo liberal de organización jurídica, como meras excepciones a las libertades económicas individuales, sino que debe contemplarse como formando parte de un conjunto de límites en el interior del sistema de derechos constitucionalmente garantizados.

Es de significar que el *derecho económico moderno* presenta el rasgo constitutivo en el modelo económico vigente de establecer una protección preferente a los intereses de la clase empresarial, aunque, como se hizo notar, en el marco de una constitución económico-social como la que caracteriza a los países capitalistas europeos, el principio «pro empresarial» (a veces oculto detrás del principio de eficiencia o del principio de competitividad) ha de conciliarse con el principio de protección social. Ese equilibrio necesario se deriva de la normatividad de la cláusula del Estado social contemporáneo. En el lado empresarial, el derecho económico se resuelve en el reconocimiento de un conjunto de libertades económicas, a saber: (a) La libertad de adquisición, la llamada libertad de industria en sentido restringido, o sea la libertad de ejercer la actividad económica cómo, cuándo, dónde cada uno quiere; la libertad de «dónde» lleva consigo la libertad de residencia. (b) La libertad de acuerdos contractuales, la llamada libertad de contratación. (c) La libertad de apropiación, que a su vez abarca: la libertad de utilización de los bienes; la libertad de enajenación. (d) La libertad de sucesión hereditaria; y, en fin, (e) la protección de los derechos privados legítimamente adquiridos[114]. Este conjunto de libertades exigió originariamente una intervención directa de la legislación de tipo liberal individuales: liberaciones (concernientes a la agricultura, la industria, el comercio y el tráfico), garantías de tráfico (garantías del proceso económico; garantías jurídicas mediante una organización «adecuada» —es decir, siempre y ante todo de acuerdo con las necesidades del capitalismo— del orden jurídico privado y de la administración de justicia; por tanto: introducción de un Derecho mercantil adecuado —derecho mercantil, cambiario, de sociedades—; establecimiento de un procedimiento judicial rápido —tribunales de comercio—; introducción de una protección de patentes, muestras y marcas, *garantías de la vida económica* misma mediante una reorganización del *derecho económico público*..., etcétera.

propone modificar la Directiva 2002/14/CE sobre información y consulta general de los trabajadores para incluir a los representantes de estos en los órganos corporativos de las empresas); Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria9 (Directiva sobre el comité de empresa europeo). Propuesta de Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23.2.2022 COM(2022) 71 final. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo (2021/2005(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0508_ES.pdf- Véase Monereo Pérez, J.L.: "El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la "constitución social" europea", en Álvarez Conde, E., y Garrido Mayor, V. (Dirs.): *Comentarios la Constitución Europea. Libro II. Los derechos y libertades,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A., García Valverde, M. y Maldonado Molina, J.A.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007; Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, espec., Capítulo 3, pp. 189 y sigs., Capítulo 8, pp. 447 y sigs., Capítulo 9, 497 y sigs., Capítulo 11, pp. 565 y sigs., y Capítulo 13, pp. 657 y sigs.

[114] Como hace notar W. Sombart, el derecho de sucesión hereditaria comprende la posibilidad de prolongar la voluntad de domino más allá de la muerte; la protección de los derechos privados legítimamente adquiridos lleva consigo la perpetuación de los intereses económicos individuales más allá de toda la serie de generaciones futuras. En estos derechos llega a su máxima expresión el predominio de la voluntad individual sobre la voluntad colectiva. Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 1, *cit*., p. 67.

Este proceso de reorganización de la economía y de su soporte jurídico e institucional se consolida durante la primera postguerra mundial[115], y se formaliza en las transformaciones político-institucionales introducidas después del Tratado de Versalles. Es allí donde se construye un nuevo orden internacional, en el plano político, económico y social, pero también con la mirada puesta en la reforma de las ordenación jurídica de la económica y de las relaciones sociales de producción[116]. Es ahí cuando se da nacimiento al Estado social contemporáneo, como factor central y especialmente caracterizador de la sociedad de capitalismo organizado. Forma de Estado que supone una modificación de las fuerzas del mercado por la protección social pública de los individuos. Es una respuesta a las exigencias de racionalización del capitalismo, pero también a las crecientes demandas de igualdad socio-económica. Con todo, el Estado social es una respuesta política y jurídica a la creciente necesidad de regular las complejas relaciones económicas y sociales, vinculadas al proceso de industrialización y modernización, y al mismo tiempo a las exigencias de una mayor protección social de los ciudadanos. Este tipo de Estado se basa en la «idea social», conforme a la cual el Estado Social sería la «continuación lógica de la democracia política hacia la democracia económica»[117].

La transformación del Estado liberal individualista[118] en Estado Social deriva no sólo de factores económicos y sociales, sino también de carácter cultural y estrictamente político. En

[115] La historia no ha dado plenamente la razón al pronóstico de W. Sombart, en el sentido de que según su opinión hasta el año de la declaración de la guerra «en ese momento la época del apogeo del capitalismo llegaba repentinamente a su término, después de haber mostrado en los últimos años que precedieron al de 1914 síntomas precursores de su declinación». Véase Sombart, W.: *El capitalismo moderno*, t. 1, *cit*., p. 9. Sombart, pensaba que el nuevo sistema económico organizado se apartaría de los principios constitutivos del capitalismo moderno, pero quizá *lo que Sombart percibía era un cambio de modelo de capitalismo hacia la economía mixta, no su desaparición o irreversible declive, sino más bien su acomodación contradictoria al desarrollo del capitalismo avanzado.* Es decir, una de las tantas «adaptaciones» del capitalismo a los cambios en la civilización industrial. Un dato significativo es la consideración de los que él estimaba como síntomas del declive irreversible: «Estos síntomas —dice Sombart— eran: la penetración de ideas normativas en el seno de un capitalismo puramente naturalista; la atenuación del impulso de lucro como la única fuerza motriz y determinante de la conducta económica; la disminución de la fuerza expansiva económica; la cesación de las bruscas oscilaciones en el desarrollo; la sustitución de la concurrencia libre por el principio de la buena inteligencia, la estructura constitucional de las empresas. Todos estos síntomas no son otra cosa que fenómenos de envejecimiento: el primer diente que cae, el primer indicio de gordura y "engrasamiento", el primer cabello gris. Quien ha observado atentamente el desarrollo de los hechos después de la guerra, no puede abrigar duda alguna de que el capitalismo ha entrado ya en la *edad crítica*, y si no en la vejez, sí en la declinación. Los años de plena actividad han sido traspuestos y los últimos de la década de «los cuarenta» han empezado». Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, t. I, *cit*., p. 8.

[116] El proceso es descrito históricamente en un conjunto de obras que, sin embargo, suelen tener el grave inconveniente de realizar un análisis «sectorial» del proceso, con el riesgo de que la fragmentación en partes impida en algún caso una satisfactoria perspectiva de conjunto que permite el sentido de los cambios estructurales. Para el campo jurídico puede verse Galgano, F.: *Instituciones de la economía capitalista*, cit., *passim*. Desde el punto de vista de la ciencia política, la política y el Derecho social, puede verse Ritter, G. A.: *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, MTSS, 1991; Ashford, D. E.: *La aparición de los Estado de bienestar*, Madrid, MTSS, 1989; Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

[117] Véase Heller, H.: *Grundrechte und Grundpflichten*, en Heller, H.: *Gesammelte Schriften*, vol. 2., Leiden, 1971, p. 291; Heller, H.: *Las ideas políticas contemporáneas* (1930), trad. M. Pedroso, trad. de M. Pedroso, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, espec. cap. VII («Las ideas socialistas»). Un estudio completo sobre su pensamiento político y jurídico, en Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. Es clásica la construcción realizada por Gurvitch,G.: *La idea del derecho social,* traducción, edición y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

[118] 262 Nótese el carácter no democrático del sistema político liberal originario, donde «La burguesía enriquecida abandona la ideología romántica que había comprometido, por un momento en 1848, la obra del capitalismo», y «acepta una política autoritaria que la protege contra las coaliciones obreras». Cfr. Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), edición y estudio preliminar, "La organización jurídico-económica del capitalismo:

realidad, cada etapa histórica, cada fase de la economía, presenta su propio *espíritu* característico que lo inspira. Max Weber consideró al desarrollo de la cultura como un proceso de racionalización en constante aumento. De suerte que a los cambios económico-sociales se hace acompañar los cambios culturales. En los inicios del siglo veinte ya se había avanzado bastante en el *proceso de racionalización de las relaciones económicas y sociales* (la organización jurídica los derechos y de las libertades económicas, la dominación del mercado, la organización industrial, etcétera). El capitalismo organizado presupone de suyo un avance en el *pensamiento organizador* y un amplio desarrollo de las libertades económicas típicamente capitalistas y asimismo la orientación decida de las actividades empresariales hacia el ánimo de lucro. Sin embargo, el proceso de racionalización no paraliza toda posibilidad de intervención activa sobre la transformación del curso histórico: como hizo notar Max Weber, el hombre se halla atrapado en la red institucional que él mismo creó (la famosa «jaula de hierro») pero, en ciertos períodos de crisis, puede ser capaz de romperla y volver a formarla acercándola a sus nuevos deseos y motivaciones. El problema que él detecta consiste en verificar que el proceso de racionalización creciente refleja una sumisión mayor del universo a la mente del hombre, pero, al mismo tiempo, no hay señales inequívocas de que el hombre tenga libertad para trastrocar ese proceso aunque cambien sus ideas acerca del mismo[119]. El sistema capitalista requiere para alcanzar su pleno desarrollo, la confluencia de *tres factores*: capital, trabajo y mercados. La efectiva realización de este conjunto de condiciones representa los pilares fundamentales del capitalismo. Ahora bien, sobre todos y cada uno de estos factores el *ordenamiento jurídico ejerce su fuerza reguladora*. En una sociedad jurídica, donde todos estos factores están ampliamente penetrados por el Derecho, el desarrollo del capitalismo racionaliza la dinámica de la vida económica y, en consecuencia, determina un desarrollo forzado en la dirección conforme a su idea, es decir, supone una *configuración capitalista tendencialmente uniforme de la vida económica*[120]. En este proceso de configuración capitalista del mundo de la vida, el Derecho estatal ha permitido garantizar jurídicamente el sistema de derechos y libertades económicas fundamentales para la marcha del capitalismo, formando un derecho económico acorde con las exigencias de funcionamiento del sistema. Pero todavía es más significativa (y no de menor importancia) la *conformación política y jurídica del tipo de mano de obra*, como tercer factor esencial en el desarrollo del capitalismo organizado. En efecto, el Estado, muy lejos de una pretendida visión abstencionista liberal (y desde luego de la muy alejada representación ideal de una supuesta actitud neutral respecto al desenvolvimiento de la economía en el marco de la sociedad

El Derecho de la Economía (pp. XII-CL)", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm. 1, 2021, pp. 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525: Monereo Pérez, J.L. «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm.10, 2024, pp. 279-333.

[119] Véase Weber, M.: *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Nueva York, Charles Scribner's Sons, 1958 (existe traducción castellana, *La* ética *protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Península, 4.ª ed., 1977). El cual hace notar, por otra parte, evitando cualquier suerte de determinismo, que «reconociendo la fundamental importancia del factor económico, todo intento de explicación tiene sobre todo que tomar en cuenta las condiciones económicas. Pero al mismo tiempo no debe dejarse a un lado la correlación opuesta. Pues aunque el desarrollo del *racionalismo económico depende en parte de la técnica y el derecho racionales*, está determinado al mismo tiempo por la capacidad y la disposición de los hombres para adoptar ciertos tipos de conducta racional práctica. Cuando esos tipos han sido obstruidos por obstáculos espirituales, el desarrollo de la conducta económica racional ha encontrado también seria resistencia interior. Las fuerzas mágicas y religiosas y las ideas éticas del deber fundadas en ellas siempre figuraron en el pasado entre las influencias formativas más importantes de la conducta». Para un estudio exhaustivo del pensamiento jurídico y político de Max Weber, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Modernidad y Capitalismo. *Max Weber* **y** *los dilemas de la Teoría Política* **y** *Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; *Ibid.,* "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 225–301. https://doi.org/10.24310/rejlss7202317160

[120] Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 1, *cit*., p. 11, y ampliamente, Capítulo XXXVI.

civil) intervino *directamente* (aunque también a través de medidas indirectas) en la formación de la masa de trabajadores (es decir, en el desarrollo del proletariado industrial potencial). Esa intervención se realiza tanto respecto a la constitución de la mano de obra *no libre* como respecto a la población *libre asalariada*. Respecto a la primera (la mano de obra no libre), el problema se plantea en términos ya típicamente jurídicos (carácter no libre de la mano de obra). Es, por consiguiente, un problema de Derecho establecido, más allá de otros factores como los demográficos, la desestructuración de las estructuras del antiguo régimen agrario, etcétera. Debe subrayarse que el capitalismo originario funcionó también mediante la utilización de mano de obra en situación *jurídica* de esclavitud (a través, pues, de técnicas jurídicas indiferenciadas de apropiación del trabajo ajeno[121]). Debe recordarse que la esclavitud como institución jurídica (que degrada al esclavo a condición de cosa productiva susceptible de explotación económica, formalizando la relación de trabajo a través del mecanismo indiferenciado del Derecho de cosas), persistió en muchos países, siendo tan sólo abolida en el sistema legal durante la segunda mitad del siglo XIX, manteniéndose de forma especialmente alarmante en períodos posteriores durante bastante tiempo más.

No menos significativa es la intervención *activa* del poder público, tras el triunfo de las revoluciones «liberales» burguesas, en la formación de la mano de obra *libre* (la cual inicialmente se concibió como *población complementaria libre* en régimen asalariado). Esto fue posible mediante la destrucción consciente y deliberada de las antiguas estructuras económicas[122]. En efecto, en gran medida la formación de una población complementaria libre en la época del apogeo del capitalismo fue el resultado de la disolución de las antiguas comunidades económicas que actuaban de marco institucional a la vida humana hasta la etapa final del capitalismo emergente. Es cierto que el factor jurídico fue extraordinariamente importante, pero en realidad existe un cúmulo de factores de causación, ya que la disolución estuvo vinculada al *avance de los principios racionales y modernos en la economía, en la legislación*, en la administración y en la dirección de la economía y de las empresas, del predominio del modo de producción capitalista y —lo que fue de gran trascendencia para la agricultura— de la intensificación creciente de la economía, que puede apreciarse como un fenómeno general en Inglaterra desde mediados del siglo XVIII y en la Europa continental desde principios del siglo XIX.

Con todo, no cabe duda de la importancia en la formación de una mano de obra libre (vale decir, *mercantilizada*), a través de la disolución por vía jurídica de las comunidades sociales precapitalistas (las comunidades de aldea, comunidades de trabajo en los dominios señoriales, en las grandes economías campesinas y en el artesanado, y las comunidades domésticas o familiares)[123]. Es evidente que este factor de impulso no fue el único motor de la proletarización, toda vez que es preciso

[121] Véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, pp. 48 y sigs.

[122] Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 1, *cit*., pp. 353 y sigs. Asimismo, Thompson, E.P.: *La formación de la clase obrera en Inglaterra* (1963, 2ª ed., 1980), Prefacio de Eric Hobsbawm, Prólogo de Antoni Domènech, Madrid, Capitán Swing Libros, 2012, espec., pp. 441 y Tercera Parte ("La presencia de la clase obrera"), pp. 491 y sigs.; Thompson, E.P.: *Tradición, revuelta y consciencia de clase. Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial,* Barcelona, Crítica, 1979, espec., pp. 62 y sigs. ("La economía "moral" de la multitud en la Inglaterra del siglo XVIII)", y 239 y sigs., *passim*; Hobsbawm, E.J.: *Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera,* Barcelona, Crítica, 1979, espec., pp.140 y sigs., 352 y sigs., y 384 y sigs., *passim*; Laval, C., y Dardot, P.: *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI,* Barcelona, Gedisa, 2015, espec., Segunda Parte ("Derecho e institución de lo común"), pp. 263 y sigs., en particular pp. 415 y sigs.

[123] Para el proceso de disolución de las comunidades económicas precapitalistas, en la dirección expresada en el texto, véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, t. I, *cit*., pp. 353 y sigs. En particular, por lo que se refiere a la disolución de las comunidades de trabajo, cabe señalar que «el régimen de trabajo en los dominios y en las grandes economías campesinas hasta el final de la era del capitalismo naciente tuvo un carácter patriarcal, bastante homogéneo, en todos los países europeos. Era «patriarcal» el régimen de trabajo porque, gracias a la participación que tenían los trabajadores en la economía señorial o campesina, existía una amplia comunidad de intereses entre el patrón y el obrero y, por tanto, no había llegado todavía a exteriorizarse la oposición latente entre empresario y trabajador asalariado» (*Ibid*., p. 368).

tener en cuenta que el excedente de población libre (en el plano jurídico-formal) para trabajar, que sobrepasó las posibilidades del empleo y favoreció las malas condiciones de trabajo, se debió también al incremento natural de la población durante el siglo XIX (a lo que contribuyó, entre otras causas, los avances de la medicina).

Un elemento importante de comprensión del proceso histórico en la formación de la clase trabajadora fue la tarea de adaptar la población a las necesidades del sistema capitalista. En este sentido la formación del proletariado se efectuó originariamente a través de un proceso de adaptación calculada de la mano de obra. Esta adaptación consistió en una *adaptación local* (que incidió sobre la liberalización *forzosa* de la mano de obra en la economía agraria, y su consecuencia más relevante fue que una gran parte de la población campesina fijada al suelo, que formaba una unidad orgánica agrícola, fuese desarraigada, movilizada, deshecha. Con todo, se produjo un aumento de población en el campo durante la etapa del capitalismo naciente); una *adaptación técnica* (que partía de la asimilación del espíritu capitalista en la masa de trabajadores, ya que el capitalismo requería de un nuevo tipo de hombre, el individuo-masa —«hombre incompleto»— indiferenciado apto para someterse a las unidades de producción capitalista; pero para ello era necesario no sólo la compulsión efectiva, sino también la interiorización de la necesidad de trabajar para otro en régimen asalariado, y de la conveniencia de aceptar la realización de un trabajo técnicamente riguroso y bajo principios de eficiencia productiva y tecnológica[124]); y, por último, una *adaptación económica* (es

[124] Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 1, cit., pp. 393 y sigs.; igualmente, Weber, M.: *Historia económica general* (1923), Madrid, FCE, 1983. En esta transformación interior de las mentalidades, más allá de la simple coacción exterior, la disciplina, intervino el cambio de valores, y sobre todo la fuerza transformadora de la religión. Sombart, puso de relieve la relevancia en este proceso de mutación interna de la «religión, y precisamente el cristianismo, en algunas direcciones protestantes, como las de los puritanos, los menonitas, los cuáqueros, los metodistas, etc., que para emplear una expresión de Max Weber proclamaban «*un ascetismo intramundano*» y que, en consecuencia, había llegado a aquella actitud psíquica en relación con el trabajo y la ganancia que era precisamente la que necesitaba el capitalismo. La tesis de Weber, que el puritanismo (en amplio sentido) ha ayudado a formar el espíritu capitalista, de una justeza bien limitada en relación con el «empresario», me parece ser exacta y en muy vasta medida en relación los trabajadores. La posición ascética a este respecto representa de hecho una acicate esencial de la mentalidad capitalista» (Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, cit., p. 450). Respecto a esta problemática, sobre la que aquí —por obvias razones— no puede entrarse en detalle, véanse los estudios de González León, R.: *El debate sobre el capitalismo en la sociología alemana. La ascesis en la obra de Max Weber*, Madrid, CIS, 1998, especialmente pp. 53 y sigs. (sobre la definición weberiana del «espíritu» capitalista y el significado de la ascesis empresarial en el pensamiento económico); Troeltsch, E.: *El protestantismo y el mundo moderno*, México, FCE, 1959; Tawney, R. H.: *Religion and the Rise of Capitalism. An historical study*, Londres, J. Murray P. Ltd., 1926. Asimismo, Marshall, G.: *En busca del espíritu del capitalismo. Ensayo sobre la tesis de Max Weber acerca de la ética protestante,* México D.F., 1986, espec., pp. 73 y sigs., 130 y sigs., 188 y sigs., y 260 y sigs. ("La continuación de una controversia"); Rodríguez Martínez, J. (Ed.): *En el centenario de la ética protestante y el espíritu del capitalismo,* Madrid, CIS, 2005, espec., Capítulo I, pp. 3 y sigs., y Capítulo II, pp. 77 y sigs.; Aronson, P. y Weisz, E. (eds.): *La vigencia del pensamiento de Max Weber a cien años de la "Ética protestante y el Espíritu del capitalismo",* Buenos Aires, Gorla, 2007, espec., pp. 107 y sigs.; Morcillo Laiz, Á.y Weisz, E. (Eds.): *Max Weber en Iberoamérica. Nuevas interpretaciones, estudios empíricos y recepción,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2016, espec., pp. 95 y sigs., y 555 y sigs. Para el rol del espíritu del capitalismo en el proceso de racionalización jurídica e institucional de capitalismo moderno, véase Monereo Pérez, J.L.: *"La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología",* estudio preliminar a Weber, M.: *Sociología del Derecho,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición que incluye la "*Sociología del Estado*", Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pp. IX-CLII; 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 I, pp. 15 y sigs., Capítulo II, pp. 169 y sigs., y Capítulo III, pp. 261y sigs., situando el análisis enmarcándolo en una perspectiva más amplia de la génesis de la Modernidad democrática y el desencantamiento del mundo. Para ello la obra de referencia continúa siendo la de Gauchet, M.: *El desencantamiento. Una historia política de la religión,* Madrid, Trotta, 2005, espec., 35 y sigs., 145 y sigs., y 231 y sigs. El proceso de la moderna racionalidad ha penetrado en prácticamente todos los ámbitos fundamentales de la vida (economía, cognición, cultural, poder y política). Sobre ello, consúltese Gellner, E.: *Razón y cultural,* Madrid, Síntesis, 1992, espec., pp. 25 y sigs., 57 y sigs., y 181 y sigs. ("La racionalidad como modo de vida").

decir, la acomodación de las masas de trabajadores a las exigencias de valorización del capital. Lo cual se traducía en una relación de correspondencia entre beneficio y cuantía del salario, de tal manera que éste se situara muy por debajo de las ganancias de capital. Dicho de otro modo, el rendimiento del trabajador debería permitir una ganancia superior a la cuantía del salario percibido por el trabajador. Aquí tuvo una gran importancia del marco contractual de la relación jurídica de trabajo, que ya originariamente permitía situar jurídicamente al empresario y al trabajador en una posición asimétrica, en cuanto que el trabajador era típicamente un contratante más débil como parte de un contrato de adhesión estricta. No se olvide que los trabajadores asalariados aceptaron por compulsión la aplicación a las medidas rigurosas que se les aplicaron para acabar con su resistencia al régimen de horas regulares y de trabajo estrechamente vigilado y vinculado a la máquina como «apéndice»[125]).

Con todo, el capitalismo organizado pudo disponer libremente de una amplia mano de obra barata en todos los países mínimamente industrializados. Pudo contar con una mano de obra libre para la que no se exigía especialización profesional, lo que permitió incorporar al proceso productivo a una cantidad creciente de fuerzas humanas en la producción, como menores (niños), mujeres, campesinos, emigrantes, etcétera. Ello dio lugar a un verdadero «ejército industrial de reserva»[126] integrado por una población libre, solamente en sentido jurídico-formal[127].

Esa organización de la mano de obra se despliega sobre la organización jurídica del mercado de trabajo, ya que el poder normativo del Estado interviene en la dinámica de funcionamiento de los mercados supuestamente «libres» de toda regulación directa por parte del poder público (ahí debe atenderse a la legislación laboral y de protección social de trabajo en general). Pero, es de señalar que la intervención del Estado siempre fue incisiva respecto a todos los mercados económicos, entrando en la regulación del tráfico mercantil, estableciendo impuestos, aranceles, concesión de patentes, garantizando las libertades de asociación y de negociación colectiva, etcétera.

Un elemento importante de comprensión histórica del papel del Derecho en la estructuración de los mercados de trabajo es el de la objetivación de las relaciones de mercado, que caracteriza al capitalismo moderno. La objetivación (impersonalización, «espiritualización») de las formas de negocio supone la sustitución de las relaciones de base personal (formalizadas en convenios personalísimos) por «formas de contrato», en las que los contratantes penetran en un *sistema normativo* de disposiciones objetivas que regulan con carácter previo la celebración del contrato y de las que se sirven como de un mecanismo para la realización de sus intereses. Es de señalar que el *esquema*

Hay que tener una especial cautela en el estudio de la influencia del factor religioso en la formación de la mentalidad típicamente capitalista. En general, el progreso científico y el protestantismo no pueden identificarse, sin más. La Iglesia católica ha cohibido en ocasiones el progreso técnico; pero también las sectas ascéticas del protestantismo han concedido poca atención a la ciencia pura. Es cierto que una de las realizaciones específicas del protestantismo consistió en haber puesto a la ciencia al servicio de la técnica y de la economía capitalista. Sin embargo, en opinión de Max Weber la raíz religiosa del hombre económico moderno ha muerto. Hoy el concepto profesional aparece como un *caput mortuum* en el mundo. La religiosidad *ascética* quedó suplantada por una concepción pesimista, pero nada ascética, como es la representada por la *Fábula de las abejas* de Mandeville, según la cual los vicios individuales pueden ser, en circunstancias, ventajosos para la colectividad. La ética económica nació del ideal ascético, pero al tiempo fue des pojada de su sentido religioso. Ha sido posible que la clase trabajadora se conforme con su suerte mientras pudo prometérsele la bienaventuranza eterna. Pero una vez desaparecida la posibilidad de este consuelo, tenían que revelarse todos los contrastes advertidos, en una sociedad que, como la nuestra, se halla en pleno crecimiento. Con ello se alcanza e fin del protocapitalismo y se inicia la era de hierro en el siglo XIX. Cfr. Weber, M.: *Historia económica general*, cit., p. 399).

[125] Véase, en este sentido, Mantoux, P.: *La revolución industrial en el siglo XVIII*, Madrid, Aguilar, 1926, pp. 392 y sigs.

[126] Véase Marx, C.: *El capital*, L. I, vol. 2.º *OME-40 Obras de Marx y Engels*, Trad. M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976, pp. 274 a 292 («Producción progresiva de una sobrepoblación relativa o ejército industrial de reserva») y 353-354.

[127] Puede verse, al respecto, Mantoux, P.: *La revolución industrial en el siglo XVIII*, Madrid, Aguilar, 1926; Ashton, T. S.: *La revolución industrial*, México, FCE, 1991; Deane, PH.: *La primera revolución industrial*, Barcelona, Península, 1991; Landes, D. S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1979.

contractual —como forma jurídica institucionalizada— tiene existencia previa al momento en que los sujetos negociadores adopten la decisión de alcanzar un acuerdo. Dicha *objetivación es la forma en que son* «racionalizadas», *en sentido capitalista*, las operaciones de mercado. No se olvide que, la objetivación se realiza igualmente en la época del apogeo capitalista en los «tres mercados»: el mercado de capital, el mercado de trabajo y el mercado de mercancías[128].

En esta línea de pensamiento, debe atenderse a la *funcionalización del instrumento contractual* en el tránsito del Estado de Derecho liberal al Estado social. Bajo este nuevo esquema la autonomía negocial continúa siendo un instrumento idóneo para formalizar y actuar el orden de las relaciones económicas. Esa funcionalización se opera en el cuadro de una sindicalización o colectivización de los intereses privados a través de los convenios colectivos que pueden elevar la *autonomía colectiva* a fuente de normas de Derecho objetivo; marcando diferencias con la función tradicional de la autonomía privada individual en cuanto simple fuente de las obligaciones entre los sujetos contratantes. De manera que puede ordenar directamente, de forma inmediata e inderogable singularmente, las relaciones individuales de trabajo en un determinado ámbito. Por otra parte, esa funcionalización de la forma de contrato se produce por la intervención heterónoma de las normas públicas del Estado social (actuando así la cláusula social contenida en las constituciones de los países occidentales, que se traduce en el surgimiento de un Derecho social que atiende a la posición del individuo en los grupos sociales de pertenencia) en una serie de relaciones económicas y sociales, donde se hace necesaria la *racionalización* de las mismas y la *tutela* preferente de aquellos contratantes considerados más débiles, constituyendo en este caso una expresión del principio de igualación jurídico-económica a través de técnicas promocionales o de fomento[129]. Las técnicas de intervención del poder público en la contratación privada son diversas, como también la razones que la fundamental, como la búsqueda de la estabilidad económica (en materia de precios, abuso de la posición dominante, etc.), la seguridad del tráfico, la protección de los consumidores y de otros sujetos. Pero en el cuadro del Derecho social adquiere una impronta fundamental la introducción de un *componente estatutario* (estatuto protector y homogeneizador), encaminado a garantizar los derechos y libertades fundamentales en el contrato de trabajo[130]. En todas estas manifestaciones de la contratación privada el sistema jurídico legitima la regulación heterónoma externa de los poderes públicos en las relaciones intersubjetivas privadas, lo que comporta una coexistencia de fuentes de regulación de los tipos contractuales intervenidos públicamente («contratos normados»). Ello refleja con nitidez la ruptura del antiguo esquema liberal de la contratación, según la cual el interés público es el dominio de la ley estatal y el interés privado es el espacio propio del dominio del contrato. Precisamente dicha separación radical es lo que queda cuestionado ampliamente en el Derecho contemporáneo que exige una contratación en masa (estandarización del contrato...) y la inserción de estatutos reguladores de reglamentación del contenido contractual, de manera que la autonomía privada individual de los contratantes muestra sus límites para realizar las nuevas exigencias de ordenación de las relaciones de tipo económico y la tutela promocional que impone realizar la constitución económica y social de los Estados contemporáneos.

[128] Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, t. II, México, FCE, 1984, pp. 146 y sigs.

[129] V.gr., las previstas en los artículos 3 de la Constitución Italiana y 9. 2 de la Constitución Española. Como ha sido advertido, también respecto de la Constitución Alemana, "A la cabeza de la constitución se hallaba el reconocimiento de la persona: la dignidad de la persona es intangible". Cfr. Hattenhauer, H.: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho Alemán,* Madrid, Edersa. 1981, p. 384; Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática,* Barcelona, Ariel, 1987, espec., pp. 13 y sigs.

[130] Así se indica que «no es ocioso recordar que el principio de autonomía de la voluntad «aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores del principio de igualdad» (SSTC 34/1984, fj. 2.º, 142/1993, fj. 11.º). Respecto a la dimensión «estatutaria» de la ordenación de las relaciones de trabajo, se ha podido decir igualmente que «La calificación de una relación como laboral conlleva un importantísimo cúmulo de consecuencias jurídicas en cuanto determina la aplicación del ingente *bloque normativo* constituido por las normas de trabajo y seguridad social. Se trata, en definitiva, de alcanzar el «estatuto del *trabajador* -entendido, como parece hacerlo el art. 35. 2 CE, como conjunto de normas que disciplinan la prestación de trabajo por cuenta ajena». Cfr. STC 71/1991, fj. 5.º).

En el caso del mercado la transformación económico-jurídica se hizo sentir rápidamente. En la etapa precapitalista inmediata precedente las relaciones de trabajo (artesanado, agricultura en el modo de producción feudal), se basaban en una relación de comunidad regulada por una ordenación normativa supraindividual. En ella las condiciones de trabajo quedaban fijadas por la ley, la costumbre y la tradición. En este modelo, el interés económico está cubierto por un sistema de normas morales. Pues bien, el sistema capitalista rompe con este modelo realzando el contenido económico del contrato de trabajo. Ese esquema contractual se utiliza esencialmente para sostener el movimiento de la economía capitalista, siendo ello el primer paso hacia la *racionalización*. El contrato «libre» de trabajo *es en sí un mecanismo de racionalización* del sistema de trabajo en la empresa. A esta funcionalidad contribuye el ser un *contrato normado*, no sólo por la acción heteroreguladora del poder público, sino también la regulación de la autonomía colectiva negocial a través del convenio colectivo de trabajo. Esta forma jurídico-negocial es el resultado de un proceso de negociación colectiva realizada entre los grupos sociales operantes en el mundo del trabajo. Ello supone *introducir un componente democrático estatutario en el contrato de trabajo*[131], aunque, nótese, que el propio convenio colectivo nace en el mismo interior del orden establecido: nace de las exigencias de racionalización del propio sistema capitalista, pero lleva el germen de la contraposición de intereses en su seno. En efecto, el convenio colectivo puede permitir una idónea organización del trabajo en la empresa, garantiza igualmente la estabilidad y la seguridad del cálculo en el sistema de derechos y deberes implicados en las relaciones laborales[132]. La prestación laboral se convierte en gran medida en una prestación en masa, debido a esa objetivización y normación del contrato individual de trabajo.

2. LA EMPRESA. LA FORMA JURÍDICA DE LA EMPRESA CAPITALISTA

Las bases del capitalismo moderno no se han presentado de forma estática en las distintas etapas históricas. La generalización de las formas capitalistas de producción y el régimen del trabajo asalariado sólo se pro- duce en realidad en el siglo XIX después de hacerse sentir los efectos de la revolución industrial y las medidas de liberalización pública establecidas tras el acceso de la burguesía al poder político[133] . Nótese que tras el reconocimiento del sufragio universal, la gran burguesía se ve afectada en el plano político, por una inferioridad fundamental, que es consecuencia del pequeño número de sus miembros. Ello permitió reflexionar a los pensadores más lúcidos, en el sentido de que con la generalización del derecho de sufragio el poder político no puede ya proteger del mismo modo y con la misma eficacia ni con la misma impunidad las antiguas fuerzas económicas[134].

[131] Que, acaso, puede contribuir igualmente a que el «trabajo» sea título de participación en la empresa, garantizando derechos de participación en la gestión limitadores de las estructuras autoritarias de la empresa moderna. Para ese doble componente contractual-estatutario presente en la fórmula jurídica diferenciada de ordenación de la relación laboral (el "contrato de trabajo") y sus fundamentos, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos doctrinales del Derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999, Capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"; "Reforma social y 'constitución del trabajo'"; "La combinación de *status* y contrato en la 'constitución del trabajo'"), pp. 191 y sigs.

[132] Desde este punto de vista puede verse en el convenio colectivo un avance del proceso de racionalización de las organizaciones, en el sentido originariamente formulado por Weber, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (1922), 2 Vols., México, Fondo de Cultura Económica, 1969. Ese proceso no ha hecho sino reforzarse a través de nuevas formas como la que representa su funcionalidad en combinación con el *derecho reflexivo legal y, en general, con el derecho procedimental*, que ha encontrado su apogeo en las últimas décadas del siglo veinte. Véase, al respecto, las reflexiones jurídico-críticas hechas en Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho,* Estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. XI-CLXIII; Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, espec., pp. 13 y sigs., 57 y sigs., y 83 y sigs. Es clásica la obra de Alonso Olea, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979.

[133] Véase L'Homme, J.: *La gran burguesía en el poder*, Barcelona, Lorezana, 1965.

[134] Véase L'Homme, J.: *La gran burguesía en el poder*, cit., p. 263. Para la relevancia histórica del sufragio universal, la lucha por su realización; sus éxitos y sus fracasos, véase Confora, L.: *La democracia. Historia de una ideología,*

Es, éste, uno de los factores determinantes del tránsito del Estado del capital al Estado del capitalismo moderno de pluralidad de clases[135]. Esta forma de Estado persigue la integración política y jurídica de toda la «nación», integrando el poder constituyente en el poder democrático constituido[136] [280]; y reconociendo la existencia de una pluralidad de centros de poder jurídico y político. Esta nueva forma política hace factible la gobernabilidad del capitalismo complejo, a través de la instauración de mecanismos de planificación del capitalismo y de participación de las organizaciones de intereses en la formación de las decisiones políticas. Sólo de este modo puede pretender la asunción de una función de representación y mediación de intereses en la sociedad de pluralidad de clases. Así, se puede afirmar que el poder constituyente ingresa «en la categoría de las fuentes de producción del derecho objetivo, en cuanto fuente de producción de las normas constitucionales»[137]. En el fondo lo que singulariza al poder constituyente es situarse en un punto medio entre la dimensión jurídica y la política[138]. Desde el punto de vista técnico, una de las premisas del capitalismo moderno es «la *contabilidad racional del capital como norma para todas las grandes empresas lucrativas que se ocupan de la satisfacción de las necesidades cotidianas».* Por otra parte, las modernas unidades de producción (empresas) se constituyen sobre una serie de elementos: a) Apropiación de todos los bienes materiales de producción como propiedad de libre disposición por parte de a las empresas lucrativas autónomas; b) La libertad mercantil, es decir, la libertad del mercado con respecto a toda irracional limitación del tráfico; c) La implantación de una técnica racional, es decir, contabilizable hasta el máximo; d) La formación de un sistema de *Derecho racional*, es decir, un derecho *calculable*. El capitalismo requiere del *Derecho*

Barcelona, Crítica, 2004, Capítulos 4 a 16, y Epílogo, pp. 107-289; y al también el estudio histórico sobre la legislación del derecho al sufragio universal en Francia, en Rosanvallon, P.: *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia,* México D.F., Instituto de Investigación Mora, 1999, espec., pp. 41 y sigs., 171 y sigs., 273 y sigs.

[135] Véanse las consideraciones realizadas más arriba sobre el sentido político-jurídico de esa transición de formas de Estado. Consúltese, al respecto, Giannini, M. S.: *El poder público. Estados y administraciones públicas*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, pp. 85 y sigs. También en una perspectiva histórica, consúltese Mann, M.: *Las fuentes del poder social, II*, Madrid, Alianza, 1997, pp. 70 y sigs. Las nuevas funciones del Estado en el capitalismo organizado reclamaban (y reclaman aún, en la medida en que aquéllas se renuevan continuamente) una específica fundamentación política y jurídica de sus poderes de intervención. Una fundamentación de poderes de intervención significa en la práctica la legitimación de dicha intervención estatal en el sistema económico-social y un replanteamiento de las relaciones existentes entre el poder económico (antes inscrito exclusivamente en el ámbito mitificado de la «sociedad civil») y el poder político (encuadrado en los orígenes históricos del liberalismo político, también míticamente, en el ámbito de la «sociedad política»). Esa fundamentación se articuló en gran medida a través de las corrientes del *reformismo social*, incluidas, evidentemente, las tendencias heterogéneas del llamado «socialismo jurídico» y del «socialismo de cátedra». Véase, al respecto ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, *passim*.; Monereo Pérez, J.L.*: La 'Escuela Histórica Nueva' en economía y la política de reforma social*, estudio preliminar a Schmoller, G.: *Política social y economía política,* trad. Lorenzo Benito, revisión, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pp. V-XXXVI: 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 políticas y de las instituciones públicas,* Nº. 11 (2017), pp. 33-120. También, Barcellona, P.: *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, pp.102 y sigs.

[136] Véase para esa integración del poder constituyente en el poder constituido y su significación política y jurídica, Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, espec., pp. 13 y sigs., 21 y sigs., y 41 y sigs.

[137] Véase Barile, P.: «Potere costituente», voz en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, 1996, p. 444.

[138] Sobre esta problemática y la persistencia del poder constituyente en la democracia constitucional, véase Palombella, G.: *Constitución y soberanía, Sentido de la democracia constitucional*, trad. y Prólogo de J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2000, cap. 3.º, pp. 33 y sigs. Para el autor «el sujeto constituyente o la fuente de producción de constituciones son categorías jurídicas, y no mero hecho que se disipa al fondo una vez que las constituciones vienen «reconocidas»» (*Ibid.*, p. 38). Puede consultarse también, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulos I, pp. 9 y sigs., Capítulo II, 241 y sigs., y Capítulo III, pp. 227 y sigs.

racional propio del Estado moderno. Un Derecho formalista *calculable*[139] [283]. Cuestión distinta, como se vio, es que ese Derecho formal calculable y objeto de conocimiento mediante una jurisprudencia formal entraría en una relativa crisis ante los procesos de fragmentación propios de la «edad de la descodificación». Es necesario para la racionalidad de la economía capitalista el establecimiento de un sistemas garantista de derechos y una administración de justicia adecuada para resolver los conflictos planteados en el tráfico económico; e) La implantación de un sistema de *trabajo libre*, es decir, que existan personas, tanto en el *aspecto jurídico* como en el *económico* que se encuentran obligadas contratar «libremente» su actividad en un mercado de trabajo (cuya naturaleza siempre ha sido especial). El capitalismo necesitó para su desarrollo de la existencia de una *capa social desheredada*; una clase social cuya necesidad le obligaba a contratar su energía productiva. Es significativo que sea precisamente con el sector del trabajo libre cuando se hace posible un cálculo racional del capital en sentido moderno, esto es, cuando se dispone de trabajadores que disponen con libertad, en el aspecto formal, pero realmente necesidades para hacer frente a las necesidades más apremiantes; f) Finalmente, otro elemento es la comercialización de la economía, que comprende el uso general de títulos de valor para los derechos de participación en las empresas y para los derechos patrimoniales. En definitiva, ello significa la posibilidad de una *orientación exclusiva en la satisfacción de las necesidades en un sentido mercantil y de rentabilidad.* Es la suma de todos esos rasgos característicos lo que constituye la esencia del capitalismo, y que en su conjunto realzan la existencia de un nuevo elemento, que se añade —e integra— a los anteriores: el de la *especulación*[140]. Pensadores brillantes como Thorstein Veblen realizarían una crítica al capitalismo financiero y especulativo que conduciría al tiempo al "crack de 1929"[141]. Veblen se muestra crítico respecto al "hombre de negocios" del modernidad, pero encuentra positiva la función del "ingeniero" o experto técnico que trabaja productivamente y asumen una función consciente con la sociedad de su tiempo. Veblen llegó a afirmar que el empresario estaba siendo un obstáculo al progreso, pues su afán de beneficios y su tendencia a la especulación (ésta sobre todo en el mercado de valores) suponen una pérdida neta para el resto de la sociedad; y convertirían al empresario de negocios en "parásito", pues expropia, incurre en despilfarro y retrasa las innovaciones. Un enfoque éste que se contrapone al análisis más optimista de Schumpeter[142] y su teoría de la "destrucción creadora"[143]. Tras los pasos del institucionalismo de Veblen se situarían una pléyade de excelentes investigaciones críticos en economía, Derecho económico y relaciones industriales[144].

[139] Véase, en general, Weber, M.: *Historia económica general*, México, FCE, 1983, pp. 285 y sigs.

[140] Weber, M.: *Historia económica general*, México, FCE, 1983, p. 237; ya antes el Marx, K.: *El capital*, L. I., vol. 2.º, cit., pp. 274 y sigs., 359 y sigs., y 391 y sigs. Sobre la conexión entre ambos pensadores, véase Mattick, P.: *Marx y Keynes. Los límites de la economía mixta* (1969)*,* México, D.F., Ediciones Era, 1975.

[141] Galbraitch, J.K.: *El crack del 29,* Barcelona, Ariel, 1973.

[142] Schumpeter, J.A.: *Teoría del desenvolvimiento económico* (1911), México, D.F., 1978; Schumpeter, J.A.: "La respuesta creadora en la histórica económica" (1947), en Schumpeter, J.A.: *Ensayos,* Barcelona, Oikos-Tau, 1966, pp. 221-231; Schumpeter, J.A.: *Capitalismo, Socialismo y Democracia* (1942), Madrid, Aguilar, 1971; Schumpeter, J.A.: *Historia del Análisis Económico* (1954), Barcelona, Ariel, 1994.

[143] Veblen, TH.: *Teoría de la empresa de negocios* (1904)*,* trad. C. Alberto Trípoli, revisión técnica y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; Veblen, TH.: *Teoría de la clase ociosa* (1899), trad. V. Herrero, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1944, con varias reimpresiones.

[144] Sobre su pensamiento, véase la monografía de Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010, espec., capítulo I ("La teoría social de Veblen. Teoría evolucionista del cambio social: Darwinismo e institucionalismo"), pp. 1 y sigs., y Capítulo II ("Teoría de la Empresa"), pp. 87 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: "El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", *Revista De Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022, pp. 20–49. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.15043; Monereo Pérez, J.L.: La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 8, 2023, pp. 41-66. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816

Ese capitalismo moderno fue capaz de crear una *organización racional de las unidades productivas basadas en la utilización sistema del trabajo asalariado*. Hay que indicar que el elemento más decisivo que contribuyó al surgimiento del capitalismo fue la creación de la empresa moderna (fruto del matrimonio entre las máquinas y el poder, o entre la energía y el poder[145]), racional y duradera, la contabilidad racional, la técnica racional y el Derecho racional. Además, a ello hay que añadir la *ideología racional, la racionalización de la vida, y la presencia de la ética racional en la economía*[146]. Esa generalización de las formas capitalistas de producción contó no sólo con el desarrollo de las fuerzas productivas (especialmente con la revolución industrial y la incorporación de la tecnología como fuerza productiva directa) y con la transformación de las estructuras de dominación política y jurídica. En particular, interesa realzar la formación del «Estado del capital» inscrito ya en la filosófica económica del mercantilismo, pues éste suponía el traslado del ánimo de lucro capitalista a la política. Se trata de una forma política en la que el *Estado procede como si estuviera* única *y exclusivamente integrado por empresarios capitalistas*. En realidad, el mercantilismo representaba una alianza del Estado con los intereses capitalistas[147].

Pero la empresa como organización económica es una noción que ha servido siempre como centro de referencia del ordenamiento jurídico del capitalismo organizado, aunque la noción jurídica de empresa ha sido siempre una *noción misteriosa* para los sistemas jurídicos y para la misma ciencia del Derecho. El lugar de la empresa en el Derecho contemporáneo es fundamental, y no sólo para el Derecho mercantil. La empresa es en sí una realidad económico-social objeto de regulación por el sistema jurídico, aunque no existe un «derecho *especial* de la empresa»[148], sino una conjunto heterogéneo de núcleos normativos, cuyo punto de conexión es recibido del grupo de normas constitucionales reguladoras de la economía. No obstante, el orden jurídico somete la empresa a su propia lógica de

[145] Cfr. Landes, D. S.: *La riqueza y la pobreza de las naciones*, Barcelona, Crítica, 1999, p. 200; y, ampliamente, Landes, D. S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1979. pp. 15 a 55, *passim*. La empresa moderna ha sido definida como una actividad económica profesionalmente ejercitada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios; y el empresario, como aquel sujeto económico que ejercita o ejerce esa actividad. Los códigos de derecho privado dedican normas específicas que conforman el «estatuto» *del empresario mercantil*. Forman parte de ese «estatuto» e conjunto de libertades económicas de los sujetos privados que les permiten actuar en las relaciones de mercado (libertad de iniciativa económica, libertad de concurrencia…) y sus garantías jurídicas e institucionales. Véase Galgano, F.: *Diritto privato*, 8.ª ed., Padova, Cedam, 1992, pp. 427 y sigs.

[146] Véase Weber, M.: *Historia económica general*, cit., p. 298; Weber, M.: *La* ética protestante y el espíritu del capitalismo, Barcelona, Península, 1969; Tawney, R. W.: *La religión en el orto del capitalismo*, Madrid, Edersa, 1959. Recientemente se ha hecho referencia a la razonable exactitud de la opinión de Weber sobre la influencia de la ética protestante en el desarrollo del capitalismo moderno. Véase Landes, D. S.: *La riqueza y la pobreza de las naciones*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 169 y sigs. Max Weber fue el primero en introducir la hipótesis de que la aparición del protestantismo, en su versión calvinista sobre todo, había sido un factor importante (aunque no el único) para la creación de una economía industrial moderna en Europa occidental. Él propuso que la doctrina calvinista de la predeterminación provocaba en sus creyentes una profunda ansiedad acerca de su salvación que sólo podían mitigar conduciéndose según el tipo de vida que suponía deberían llevar los destinados a la salvación. Este tipo de conducta conducía a la acumulación de la riqueza. Véase, con reflexión crítica moderada, LANDES, D.S.: *Progreso tecnológico y revolución industrial*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 37 y sigs. También sobre el significado de la religión para el individuo del capitalismo incipiente, véase Sombart, W.: *El burgués. Introducción a la historia espiritual del hombre económico moderno* (1913), Madrid, Alianza, 1993, cap. 18, pp. 235 y sigs.

[147] Esta certera afirmación procede de una mente tan prudente y sosegada como la de Max Weber. En este sentido, Weber, M.: *Historia económica*, cit., pp. 292 a 294.

[148] George Ripert pudo mantener que no existe un Derecho *especial* de la empresa que regule la empresa moderna. Hay que crearlo. El capitalismo no se preocupa de este «derecho nuevo. *El derecho común le base*. La gran empresa industrial y comercial ha nacido en tiempo del liberalismo, bajo la protección del Código civil. El nuevo derecho de la empresa tiene que superar esa concepción liberal individualista. Véase Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), edición y estudio preliminar, "La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía (pp.XII-CL)", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pp. 253-254. Indica, por otra parte, que la formación del derecho de empresa hemos de descubrirla en los textos que insertan nuevas reglas en el derecho tradicional (*Ibid.,* pp. 256 y sigs.).

política legislativa, sin tener que plegarse a los dictados aportados por la ciencia económica y la sociología. Es así que la realidad institucional de la empresa (la empresa como organización de medios personales y materiales para realización de una actividad productiva o de distribución) es representada por el sistema jurídico *desde su propia y peculiar finalidad ordenadora*, aunque teniendo en cuenta las aportaciones de aquéllas ciencias sociales. Es cierto, que el ordenamiento jurídico no es un mero reflejo de la realidad económico-social (a la cual reproduciría fielmente, con exactitud fotográfica); su función es más bien ordenar la realidad económico-social de la empresa y dirigirla hacia los fines relevantes en el plano de la política del Derecho. Tras los diversos tipos legales de empresa (en atención a los distintos sectores del ordenamiento jurídico) subyace la tipología real del empresario y de la empresa en sentido económico-social. Por lo demás, el legislador es capaz de adoptar distintas configuraciones de la misma realidad económico-social de la empresa, y al servicio de las lógicas de cada sector de orden jurídico igualmente diferenciadas (Derecho mercantil, Derecho financiero, Derecho del Trabajo, etcétera). De este modo, existe una tipología heterogénea (o paradigma múltiple) de la empresa en el sistema jurídico, que a menudo se corresponde una diversificación del «tipo real-empírico» existente en la realidad fenomenológica. Las disciplinas jurídicas que se ocupan de la empresa inciden tanto en su configuración externa (Derecho administrativo económico, Derecho fiscal...), como en su misma estructura interna (Derecho de sociedades, Derecho del Trabajo...). En general, se puede retener que la empresa (jurídicamente institucionalizada como persona física o jurídica) adquiere en el ordenamiento jurídico la cualidad de ser un centro de referencia de normas y, al tiempo, un núcleo organizativo de imputación de responsabilidades de diversa naturaleza: responsabilidades jurídicas de todo orden, hacia dentro (señaladamente, en relación a los trabajadores que forman parte de la organización socio-económica) y hacia fuera (en el ámbito de las responsabilidades frente a los consumidores; de obligado respeto al medio ambiente; e incluso en marco de ordenaciones jurídicas de "derecho blando" usualmente calificadas de "responsabilidad social corporativa": en términos de *soft law,* por contraposición al *hard law*).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha dejado un amplísimo campo autorregulador de la empresa en manos del poder directivo de su titular. Dentro del marco ordenador de la libertad de empresa, se garantiza al empresario un poder de organización de la empresa, en cuyo interior existía durante la etapa del Derecho liberal individualista un espacio «vacío» de Derecho[149] (y todavía hoy existen ámbitos «vacíos» de poder para el orden jurídico democrático, vestigios contemporáneos del despotismo, pero también a través de las nuevas tecnologías digitales de control social que propicia la actual "sociedad de la vigilancia"...)[150].

El sistema capitalista construye la empresa sobre la propiedad y el contrato, esto es, la propiedad de los bienes y el contrato con los trabajadores, puestos al servicio del capital[151]. Es el empresario,

[149] Lo cual era coherente con el principio del individualismo propietario, que en su «traslado» a la empresa se resolvía en la afirmación del *absolutismo del empresario en el gobierno de la organización productiva*. Para las bases filosóficas del individualismo posesivo, véase Macpherson, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. J.R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970. Ripert puso de relieve que en la forma capitalista, el factor capital toma la dirección de la empresa y remunera, mediante un salario, al factor trabajo. Pero éste no quiere seguir «fuera de la empresa», desea entrar en ella. El problema es que aquí se constata también que todo derecho privado es un poder con fines egoístas que tiende al absolutismo. *Cfr*. Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., pp. 266 y sigs.

[150] Véase, por todos, Zuboff, S.*: La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020. Pero conviene tener en cuenta que el capitalismo de la vigilancia no ha sustituido al "capitalismo de la flexibilidad", más bien lo ha intensificado y hecho más fuerte. Para la empresa del capitalismo de la flexibilidad, puede consultarse Harrison, B.: *La Empresa que viene. La evolución del poder empresarial en la era de la flexibilidad* (1994)*,* Barcelona, Paidós, 1997, espec., Tercera Parte ("El sistema emergente de producción en red global"), pp. 137 y sigs.; Carnoy, M.: *El trabajo flexible en la Era de la información,* Madrid, Alianza editorial, 2007, espec., pp. 19 y sigs, y 79 y sigs., y 227 y sigs.

[151] En este sentido Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., pp. 268-269.

titular del poder de dirección de la empresa, quien determina el modelo de dirección científico-técnica del trabajo, exigido por las exigencias de racionalización y de utilización social-productiva del trabajador[152]. En este cuadro debe insertarse el proceso de *espiritualización de la empresa moderna*, vinculada al sistema de dirección científica de la organización productiva. Ese proceso de «espiritualización» —esta sustitución del alma por el espíritu[153]—, había sido intuido por Taylor que llamaba la atención sobre el hecho de que hasta ahora estaba la personalidad en primer lugar, *en el futuro será la organización y el sistema lo que aparezca en primer término.* La «espiritualización» es en gran medida consecuencia y en parte condición previa de la dirección técnica de la empresa como conjunto integrado. La «espiritualización» es también objetivación, es decir, *en lugar de las relaciones humanas la centralidad es ocupada por los* «sistemas» *en donde que se insertan* las personas y las cosas. El sistema organizacional está formado por una triada de subsistemas integrados y mutuamente dependientes: un sistema de normas (sistema de reglas de gobierno y administración), un sistema de contable (sistema de cómputo) y un sistema de instrumentos (sistema tecnológico, de máquinas y aparatos)[154].

El proceso de «espiritualización» y racionalización de las empresas encuentra su razón de ser en una disminución de los costes, vinculada a la deshumanización de las empresas; en una mayor garantía de un *cálculo más exacto* y un control más riguroso; y en que se procura al empresario más *independencia* respecto a los trabajadores que integran la plantilla. Esa independencia se específica en relación a cada trabajador singular, ya que una de las consecuencias de la *deshumanización del trabajo en las empresas* reside en el carácter indiferenciado de la persona del trabajador, lo que permite la sustitución del trabajador individual por otro trabajador. Por lo demás, la organización jurídico-económica del mercado de trabajo permite un margen amplio de libertad de adquisición y uso de la fuerza de trabajo (no se olvide que en sentido estricto la fuerza de trabajo es el trabajador mismo, al ser inseparable de su propia personalidad).

Es éste un proceso de racionalización de la totalidad de los elementos del proceso económico, los cuales son adaptados a las exigencias del capitalismo. Esta objetivación hace referencia a la forma económica apoya en un marco jurídico e institucional idóneo para su correcto funcionamiento. Se trata de la empresa moderna capitalista y el establecimiento de un mercado para la libre circulación de personas y bienes (comercio, crédito, etcétera).

El «respaldo» jurídico ha sido, al respecto, absolutamente fundamental. El sistema jurídico no se ha limitado a sancionar la sustancia económica (las categorías económico-sociales), sino que también ha servido de impulso directo a ese proceso de racionalización. En este sentido, el elemento principal de la organización jurídica de la empresa moderna es la forma jurídica de «sociedad anónima». La sociedad anónima como principio de organización capitalista. Ésta constituye, en efecto, la forma jurídica típica de la empresa capitalista. Más precisamente es la forma jurídica de la gran empresa[155]. La sociedad anónima es una institución que gozando de una base material, sin embargo es originada en el Derecho estatal. Es significativo que su formación y evolución histórica se produce a la par que la construcción del Estado moderno. La institución de la sociedad anónima es configurada en

[152] Puede verse, al respecto, Gaudemar, J. P. DE.: *El orden y la producción. Nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Madrid, Trotta, 1991, espec., pp. 41 y sigs.

[153] «En *una empresa* «moderna», *esto es, en una empresa que corresponda a las más altas exigencias de la dirección capitalista de la economía, no deba haber alma.* En la empresa no debe haber alma, sino espíritu. La explotación moderna debe servir, por decirlo así, de *ropaje* conveniente a la empresa capitalista la en sí misma es una formación puramente espiritual. Dicho llanamente: el sentido de la moderna estructuración de la explotación se agota totalmente al realizarse en ella una aproximación a la idea de la empresa capitalista ideal, que se convierte en realidad en la empresa». *Cfr*. Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. II, *cit.,* p. 383.

[154] Véase Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. II, *cit*., p. 384.

[155] Véase Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., p. 91.

sí como persona jurídica, una estructura subjetiva artificial separada de las personas de sus socios y tercero respecto de ellos. Esta estructura artificial, desempeñó una función de «enmascaramiento» del tejido social subyacente. En efecto, dicha categoría jurídica asumió la función ideológica de ocultar la existencia, a favor de la clase empresarial, de una situación jurídica de privilegio o preferencia nítidamente jurídico-política, como la que representa el beneficio de la responsabilidad limitada[156].

La forma jurídica de la sociedad anónima permite la «socialización» del riesgo de empresa y la concentración de riqueza con fines productivos. Es de significar que muy pronto se origina el fenómeno de los grupos de sociedades (fenómeno, éste, que se presenta en una infinita multiplicidad de posibles combinaciones de relevancia jurídico-económica)[157], según el cual la sociedad anónima no siempre se corresponde con una empresa diversa, sino que se corresponde, a menudo, exclusivamente con un fragmento de la empresa económica. En el plano económico, existe una empresa única, pero desde el punto de vista jurídico se articula como una pluralidad de sociedades, cada una dotada de personalidad propia, a pesar de que las acciones corresponden a las mismas personas o existen otros mecanismos jurídicos que permiten el control de la pluralidad de empresas (unidad de empresa y pluralidad de empresarios). La forma de la sociedad anónima en combinación con esas formas de control societario consigue también un aprovechamiento intensivo del beneficio legal de la responsabilidad limitada[158]. Aunque desde la perspectiva económica se trata de una gran empresa, pero con estructura jurídica múltiple: esa gran empresa de estructura compleja está organizada internamente en una pluralidad de secciones, desde el punto de vista estrictamente jurídico, se advierte que se está ante una pluralidad de sociedades distintas entre sí, que ostentan individualmente un nombre propio, un patrimonio propio, administradores y representantes propios, derechos y obligaciones propias; e incluso deberá considerar que se halla ante una pluralidad de empresas, porque la actividad productiva o de cambio que cada sociedad realiza —aunque constituye, económicamente, sólo un fragmento de una más vasta y unitaria empresa— deberá ser jurídicamente considerada, siendo distinto el sujeto que la realiza, como una empresa distinta[159].

Con todo, sea la empresa simple o sea de estructura jurídica compleja, es un hecho empírico e histórico incontrovertido que la responsabilidad limitada supone que el riesgo de la empresa recae sobre los socios sólo en los límites de su aportación a la sociedad, siendo así que lo que excede de este límite patrimonial *el riesgo se transfiere* a los acreedores de dicha sociedad (proveedores, auxiliares, trabajadores, usuarios de la sociedad y, en términos generales, especialmente aquéllos que le han concedido crédito). De manera que la situación de insolvencia de la sociedad no garantizará la satisfacción de aquellos créditos que sobrepasan el patrimonio social. Es éste un privilegio que inicialmente se justificó por los riesgos innumerables a los que se veía sometida la explotación de la

[156] Véase Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., p. 98. Hace notar Galgano que la función ideológica de la noción de persona jurídica no se limita a la justificación de la técnica de la responsabilidad limitada, ya que es un concepto encaminado, más ampliamente, a encubrir toda aspiración hegemónica de la nueva clase. Se utilizaba instrumentalmente para realizar esta función tanto en el campo del derecho privado como en el ámbito del Derecho público (*Ibid.,* p. 98).

[157] Marx había realzado la tendencia al surgimiento de grandes empresas, estructuras monopólicas, que extenderían sus enormes tentáculos por todo el mundo en busca de nuevos mercados que explorar. Véase Marx, K.: *El capital*, Lib. I, vol. 2., trad., M. Sacristán, Barcelona, 1976, quien, por otra parte, destacó la importancia de las «leyes fabriles» para el desarrollo del proceso de racionalización de la gran empresa (*Ibid.*, pp. 106 y sigs.).

[158] Véase Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., p. 104.

[159] Véase, en este sentido, Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., p. 108. Sobre la problemática de los grupos de empresas, véase Molina Navarrete, C.: *El Derecho nuevo de los grupos de empresas*, Madrid, *Ibidem*, 1997; Monereo Pérez, J. L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 1997; Monereo Pérez, J. L., Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021.

empresa, pero que encuentra factores de causación más profunda, de carácter político y económico[160]. Hay que tener en cuenta que los acreedores no se encuentran en un mismo plano, siendo así que los acreedores económicamente más fuertes tienen, a diferencia de los más débiles, el poder de imponer mecanismos complementarios de garantías (incluida la posibilidad de exigir garantía personal o real de responsabilidad directa de los socios)[161]. Por lo demás, al tiempo en ese proceso de socialización de riesgos y costes empresariales, cabe situar las políticas de reestructuración industrial y los mecanismos de flexibilidad laboral, las cuales operan un verdadero transvase de fondos públicos a la iniciativa privada. Hay que tener en cuenta que la sociedad por acciones es la *forma jurídica típica de la empresa capitalista*, y que su proceso de formación histórica está ligado al desarrollo del moderno Estado capitalista, y viceversa, el capitalismo no hubiera podido desarrollarse plenamente sin la existencia de la sociedad por acciones. La gran industria exige esa forma de sociedad mercantil[162]. Sin embargo, la sociedad anónima no es una institución estática, su desarrollo refleja las transformaciones económicas y sociales (lo que podría decirse también de otras instituciones del capitalismo).

Es así que la sociedad por acciones tiene una naturaleza compleja. En primer lugar, la sociedad por acciones en los orígenes es una institución al servicio del Estado del capital, lo cual se refleja en la concesión del beneficio de la responsabilidad limitada. Es una institución jurídica que tiene un *carácter artificial*, ya que ha sido creada por el Estado. En este sentido las leyes que la regulan son esencialmente leyes permisivas y constructivas, encaminadas a crear una forma societaria para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas[163]. Por otra parte, la sociedad por acciones constituye una institución de dominio asegurada mediante la técnica del control accionario[164]. Teniendo en cuenta esa naturaleza compleja de la sociedad por acciones parece que la construcción de la figura refleja que el Derecho esta tal mantuvo el poder de los grupos dominantes en su interior y la estructura esencialmente autoritaria de la sociedad por acciones. Modelo de regulación que se implantó desde los orígenes, y ha

[160] Se ha hecho notar que el origen de la sociedad anónima o su precedente más inmediato, se halla en las Compañías de las Indias, fundadas en 1600, siglo de la primera explosión capitalista y del expansionismo vinculado a la actividad colonial. La creación de esa estructura jurídica «responde a una alianza entre la incipiente burguesía industrial y comercial y la Monarquía, que se explica porque la primera está interesada en realizar la colonización siempre que le sean concedidos determinados privilegios para llevarla a cabo, a su vez, la monarquía ve en estas empresas un instrumento adecuado para aumentar su poderío político y económico». Por otra parte, la sociedad permitió acumular, concentrar y organizar grandes masas de capital, para destinarlas a una finalidad económica, precisamente cuando el maquinismo y la revolución industrial exigían grandes cantidades de capital para la explotación y extensión de la actividad económica. En este sentido, abundando en la función económica de la sociedad anónima, véase Broseta Pons, M.: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 192-193. Véase también Castro Y Bravo, F. De.: *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 21 y sigs., y *passim*.

[161] Véase, poniendo de manifiesto esa situación asimétrica de los acreedores de la sociedad, Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., pp. 110-111.

[162] Véase Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), *cit*., cap. 2.º («La era de las sociedades por acciones»), pp. 41 y sigs.

[163] En este sentido Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), *cit*., p. 104. Señalar Ripert que la sociedad por acciones ha sido creada con la finalidad de servir al capitalismo. Para eso ha sido imaginada, creada. El legislador que la ha creado podría suprimirla, pero puesto que su creación ha sido aconsejada por las necesidades económicas, no se concibe la manera cómo la economía se acomodaría a su supresión, al menos, si se quiere que siga siendo una economía privada» (*Ibid.,* p. 106).

[164] Como hizo notar Sombart, la estructura de la sociedad por acciones es la imagen de la moderna democracia; en un plano formal manda el pueblo (los accionistas), en realidad un pequeño grupo de hombres con influencia es el que ejerce una función dominante en los procesos decisorios. Cfr. Sombart, W.: *El apogeo del capitalismo*, vol. 2, cit., *passim*.; Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pp. 84 y sigs. («La organización democrática de la sociedad por acciones»). Una sociedad mercantil no es un Estado dentro del Estado; es una agrupación de fuerzas destinadas a reunir y emplear capitales. Esta agrupación *copia la forma del Estado democrático* (*Ibid.,* p. 84). La estructura de las organizaciones empresariales debe enmarcarse para ser correctamente entendida dentro la más amplia problemática de la estructuración de las organizaciones, y las tensiones que se plantean en términos de organización de los recursos, eficiencia y poderes de decisión. En este sentido es magistral la obra de Mintzber, H.: *La estructuración de las organizaciones* (1979)*,* Barcelona, Ariel, 2002, espec., 25 y sigs., 41 y sigs., 218 y sigs., 330 y sigs., la Cuarta Parte, pp. 341 y sigs.

persistido en lo fundamental en la época contemporánea. Esta conformación autoritaria se evidencia tanto por la vía de la preeminencia de la propiedad como a través de una multiplicidad de instrumentos de control intersocietario. De manera que constituye una simplificación hacer referencia a todos los casos de una radical disociación entre propiedad y control (Berle y Means[165]; Despax[166]), ya que incluso en la sociedad de estructura simple (no vinculada en estructura de grupo) el poder de control sobre la marcha de la sociedad, es detentado por uno de los sectores capitalistas que ostentan capital del mando[167]. En la práctica los administradores son impuestos por aquellos que «tienen en sus manos la sociedad»[168]. En la sociedad de estructura compleja, junto al poder de la propiedad o tenencia de acciones, se unen los diversos mecanismos jurídicos y económicos de control societario. Es así, que la estructura autoritaria de la sociedad anónima realiza plenamente la voluntad de poder hegemónico de la burguesía industrial y mercantil.

Debe, sin embargo, reconocerse que existe una complejización de las *fuentes de poder económico*, que tienen su base no sólo la propiedad, sino también en las posibilidades de control sobre el gobierno de la empresa social. Pero, desde luego, se plantea el equívoco de entender que el poder económico en el capitalismo contemporáneo no estaría ahora residenciado en la propiedad de la riqueza, sino en una estructura difusa (en términos de clase) de dirección: la burocracia o la «tecnostructura» empresarial[169]. En esa línea de pensamiento, se afirma que en la empresa moderna el poder se encuentra en manos de quienes elaboran las decisiones. En la empresa contemporánea ese poder ha pasado irreversiblemente del individuo al grupo. Este fenómeno se debe a que sólo

[165] Véase Berle, A. A. Y Means, G. C.: *The modern corporation and private property*, Nueva York, Macmillan, 1932, *passim*. Para Berle y Means era dudoso ya que la motivación de ganancia fuese la explicación idónea del comportamiento del capitalismo moderno. Pensaban, por otra parte, que en la organización jurídica de la sociedad contemporánea se había producido la desaparición de la naturaleza absolutista de la propiedad privada. Creían, además, que los administradores ostentaban un poder no sólo económico, sino de carácter eminentemente público (*Ibid.*, pp. 307 y sigs.). No menos riguroso es el acercamiento al tema que realizara Rudolf Hilferding, según el cual uno de los aspectos más relevantes de la forma de organización societaria era la disolución del lazo unificador entre la propiedad del capital y la dirección efectiva de la producción industrial. Véase Hilferding, R.: *El capitalismo financiero*, Madrid, Tecnos, 1985, *passim*. De interés, Berle, A.A.: *La revolución capitalista del siglo XX,* Barcelona, Labor, 1958;. Monereo Pérez, J.L.: "La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen", en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* núm. 8, 2023, pp. 41-66.

[166] Véase Despax, M.: *L'Entreprise et le Droit*, París, L. G. D. J., 1957. Véase también una concepción institucional democrática de la empresa en Jaeger, P. G.: *L' interesse sociale*, Milano, Giuffré, 1963, pp. 13 y sigs.; Cavazzuti, F.: *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 1974.

[167] Ello supone que la organización jurídica de la empresa se sigue en gran medida construyendo sobre el derecho de propiedad. Aunque en numerosas ocasiones es necesario diferenciar entre propiedad y control de la riqueza, no puede desconocerse la persistente centralidad del poder accionario detentado por los accionistas —propietarios—, y en la práctica por el grupo de accionistas que ostenta un poder de control suficiente (capital dirigente), frente a la masa de pequeños accionistas ahorradores (capital monetario). Son éstos y no los administradores quienes ejercer el verdadero gobierno de la empresa societaria. Véase Ariño, G.: *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 199-200; Galgano, F.: *Instituciones de la economía capitalista*, cit., pp. 142-143, para quien «no existe en la esencia del fenómeno ninguna disociación entre el poder económico y la propiedad de la riqueza: el poder está siempre en manos de quien tiene el capital, aunque minoritario, suficiente para dominar la junta general; los administradores están, siempre, al servicio del capital de mando y cuando ello no ocurre, la situación es inestable y pronto se restablece el «cordón umbilical» entre administradores y capital».

[168] Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., p. 272.

[169] Este concepto constituye la aportación de Galbraith (Galbraith, J. K.: *El nuevo Estado industrial*» (1961 y 1971), 6.ª ed., Barcelona, Ariel, 1974, cap. VI, pp. 91 y sigs. Señala Galbraith que la dirección de la organización mercantil se identificó en el pasado con el empresario, el individuo que unía la propiedad o el control del capital con la capacidad de organizar los demás factores de la producción y, en la mayoría de los casos, con la capacidad también de innovar. Al formarse la gran sociedad anónima moderna y a constituirse la organización requerida por la tecnología y la planificación modernas, con la separación del propietario del capital y el control de la empresa, el empresario ha dejado de existir como persona individual en la empresa industrial madura. El empresario como fuerza directora de la empresa queda sustituido por la dirección. El grupo directivo es la «tecnostructura», como nueva forma de organización del proceso de toma de decisiones (*Ibid*., pp. 103-104).

el grupo directivo tiene la información requerida para la decisión. Aunque la constitución de la gran sociedad anónima pone el poder en manos de los propietarios, los imperativos de la tecnología y de la planificación privada lo desplazan a la tecnostructura[170].

Este modo de concebir la estructura interna de la sociedad anónima parte de una concepción institucionalista de la sociedad por acciones, que postula la existencia de un interés de la empresa en sí como interés prevalente respecto al singular de cada uno de los socios, satisfecho a través de la eficiencia productiva de la empresa. No obstante, la pretendida contraposición entre los accionistas y los administradores es falsa, porque los que ejercen el dominio son el grupo de accionista dominante, y por consiguiente, propietarios con poder de control, también a ese título. Por otra parte, los órganos de administración societarios sólo tienen una autonomía muy relativa respecto de las juntas generales de accionistas. Su autonomía es meramente funcional. En consecuencia no existe una verdadera disociación entre poder económico y propiedad de la riqueza. En realidad, «los administradores, si no reciben ya más directrices de la junta general, obedecen siempre a las directrices del grupo de mando, al cual deben su elección y la determinación de su retribución, y por el cual podrían no ser reelegidos al vencimiento de su mandato». El control, en la empresa de estructura jurídica simple, en la práctica lo ostenta el grupo de control accionario. Por tanto, el poder económico pertenece a los propietarios que poseen el capital necesario para ejercer un dominio de la junta general. En realidad, lo que a muchos parece una reducción de la clase propietaria, refleja un incremento de su poder jurídico, que es el fenómeno que se oculta detrás del debilitamiento del principio de soberanía de la junta general de accionistas. Este proceso de centralización del poder reflejaría el reforzamiento de las tendencias autoritarias de esta institución esencial del capitalismo moderno. El nuevo modelo de sociedad anónima, ya no es democrático en su estructura interna, sino un modelo autoritario[1710]. Con todo, la propiedad parece ser todavía en lo esencial el fundamento de la empresa capitalista.

Un dato que debe retenerse es el declive de la sociedad anónima, vinculado a la coyuntura actual del sistema capitalista, en la que desde hace tiempo los capitalistas industriales y comerciales están formados y en donde las grandes empresas pueden autofinanciarse. El elemento más significativo es la financiación externa de la sociedad anónima a través de las subvenciones públicas, directa o indirectas (mediante impuestos)[172]. Lo cual tiene una clara implicación en el plano político, ya que el Estado ayuda financieramente a las empresas a través de los impuestos recaudados al conjunto de los ciudadanos. Ello plantea un problema de legitimidad política. Esa relativa decadencia de la sociedad anónima tradicional (dado el replanteamiento de su función, la crisis de la democracia interna y la transferencia de fondos públicos a manos privadas), ha suscitado un interés por su reforma legislativa, aunque la reforma de una institución jurídica central en el sistema económico no puede separarse de una reforma más amplia sobre una ordenación jurídico-política más democrática de las instituciones económicas del capitalismo avanzado[173].

La sociedad anónima tuvo desde luego un papel importante desde el punto de vista económico (concentración de riqueza para el ejercicio de la actividad económica) y desde el punto de vista social, al ser una institución mediante la cual el Estado pudo mediar en las relaciones entre clases (entre la clase empresarial y las demás clases poseedoras de riqueza). Esta es la obra de los códigos de comercio del siglo

[170] En este sentido, Galbraith, J. K.: *El nuevo Estado industrial*», cit., p. 135.

[171] Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pp. 138 y sigs. Para el autor, los administradores están, siempre, al servicio del capital de mando. En la práctica un fenómeno real de disociación entre propiedad y control de la riqueza solo aparece en casos marginales: en las sociedades, especialmente la estadounidense, cuyo capital está difundido entre una masa inmensa de accionistas, carentes de un grupo de control, ni siquiera minoritario. Sobre la problemática de la democratización de la sociedad anónima en el siglo XIX, véase la obra de Garrigues, J.: *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas* (1933), Madrid, Civitas, 1998, cap. III, pp. 17 y sigs.

[172] Véase Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., p. 155.

[173] En este sentido Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, *cit*., p. 161.

diecinueve. Ese modelo decimonónico de sociedad anónima es el propio de la democracia accionaria, que debería funcional de modo análogo a la democracia política del Estado liberal[174].

Con posterioridad, las exigencias de integración de los trabajadores como mecanismo para garantizar su eficiencia productiva[175] ha suscitado la propuesta, en una lógica interna del capital productivo, de la participación accionaria de los trabajadores. Se mantiene el criterio de que se requiere una transformación básica de los arreglos de compensación a los empleados para asegurar que una razonable estabilidad de precios sea compatible con un empleo razonablemente pleno. Piensa Weitzman que mientras se insista en limitar las opciones de la política económica a las medidas habituales de la política fiscal y la política monetaria agregada, no se podrá vencer la estanflación. Se añade que se trata de convertir un sistema salarial (que tiene el atributo subyacente de pocos o ningunos empleos vacantes en todo momento) en una *sistema de acciones* (con la propiedad básica de que siempre existe un número relevante de empleos vacantes)[176]. Se pretende instaurar un «capitalismo compartido», que superaría la mera lógica salarial. Ello supondría la implantación de unas «nuevas reglas de juego» sobre la base de un sistema de participación económica, que llevaría también a una mayor prosperidad de los trabajadores: el «sistema de participación es un juego mejor que el sistema salarial, pero se juega con reglas estrictas; y una de ellas es que la empresa de participación recibe con beneplácito a los nuevos trabajadores» en una lógica de integración y de implicación»[177].

En este sentido la política de reforma de la empresa (que lo era, ante todo, de la sociedad anónima), ha tratado de establecer mecanismos de integración de los trabajadores en la empresa societaria. El modelo más incisivo, en este sentido, ha sido la experiencia de la *cogestión* alemana (*Mitbestimmung*), de formación de órganos societarios con capacidad decisoria en ciertas materias de carácter económico y social, en los que los trabajadores tienen una relevante participación a través de representaciones específicas[178]. Los modelos de cogestión tratarían de poner en práctica sistemas de poder compartido democráticamente mediante instrumentos internos de participación de la estructura empresarial: una participación en el poder en el seno de las organizaciones económicas. Sin embargo, existe una tendencia a la «devaluación» de las aspiraciones clásicas en materia de participación institucional, interna a las estructuras societarias, inclinándose las políticas legislativas y empresariales en el

[174] Véase, al respecto, Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., cap. 2.ª.

[175] 314 Significativamente el título de la obra de Weitzman (*La economía de la participación*, México, FCE, 1987), lleva el subtítulo «Para *vencer el estancamiento con inflación»*, lo cual pone de manifiesto la perspectiva funcional en el enfoque de los derechos de participación en la propiedad accionaria. Una perspectiva que se sitúa muy lejos ya —en esa lógica instrumental— de las aspiraciones de «democracia industrial», entendida como la inserción en las organizaciones productivas de formas de gobiernos afines a la democracia política. Sobre esa problemática, véase Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, 48 y sigs., y 77 y sigs., *passim*.; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la información y a la consulta" (artículo 21 de la Carta Social Europea), Márquez Prieto, A.: "Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo" (artículo 22 de la Carta Social Europea", y Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo" (artículo 29), en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. Y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Granada, Comares, 2017, pp. 773 y sigs., 809 y sigs., y 905 y sigs., respectivamente.

[176] Cfr. Weitzman, L.: *La economía de la participación*, México, FCE, 1987, pp.9-10, para quien el secreto principal para combatir la estanflación consiste en aprovechar las propiedades macroeconómicas naturales muy superiores de un sistema de acciones» (*Ibid.,* p. 10).

[177] Weitzman, L.: *La economía de la participación*, cit., p. 79, indicando, además, que «un sistema de participación que ofrece empleo pleno para todos a una *paga variable* que puede fluctuar un poco con los cambios específicos de la empresa que ocurran en la composición relativa de la demanda, si se liga a los ingresos a las ganancias de la compañía, pero que es en promedio mayor que la compensación fija del sistema salarial» (*Ibid.,* p. 79). Es problemática de la *participación retributiva*, incluida la participación accionaria y otras formas de participación en la propiedad de los trabajadores (en lógica prevista genéricamente en el art. 129. 2 CE).

[178] Véase Esteban Velasco, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982, cap. III, pp. 185 y sigs.

reconocimiento de *derechos de participación externa*, vía información y consulta (en sus distintos grados) y negociación colectiva, bajo la lógica de la necesidad de hacer frente a las exigencias de la competencia en una economía mundializada[179]. Por otra parte, conviene tener en cuenta que existen otras lógicas de participación accionaria más incisivas que se sitúan en la antigua aspiración de las clases trabajadores de aumentar su participación en la vida económica de la empresa, desde la perspectiva de la «democracia industrial», como mecanismo de profundización en la democracia en todos los ámbitos de la vida económica y social. Un ejemplo muy significativo fue la propuesta sueca de formación colectiva de capital, que trataba de incrementar la democracia interna de las empresas y el principio de eficiencia productiva. En ella se abundaba igualmente en la distribución de la propiedad accionaria y en la creación de fondos de inversión de los asalariados, como mecanismos para realizar la democracia económica[180] [319]. Estas aportaciones pueden tender a desplazar la concepción autoritaria de la empresa por una concepción más democrática de la misma. Sin embargo, su desarrollo posterior ha sido muy limitado.

Por otra parte, un rasgo caracterizador de la empresa contemporánea ha sido su constante transformación y creciente aceleración, en una dialéctica compleja entre centralización y descentralización. Esa permanente mutación –la empresa se inviste y desinviste en razón a la lógica de la economicidad- da lugar a la construcción de diferentes modelos de empresas y formas correspondientes de ordenación jurídica[181]. Al igual que el mercado pretende hacerse total, la empresa

---

[179] Véase Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992; Baylos Grau, A. Y Aparicio Tovar, J. (Eds.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992.

[180] Véase Meidner, R.: *Capitale senza padrone. Il progetto svedese per la formazione collettiva del capitale* (1976), Roma, Lavoro, 1980. Véase también Fernández Steinko, A. y Lacalle, D. (Eds.): *Sobre la democracia económica.* Vol. I. *la democracia económica en la sociedad,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2001; Fernández Steinko, A. y Lacalle, D. (Eds.): *Sobre la democracia económica.* Vol. II. *La democracia en la empresa,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2001. Para el enfoque clásico precedente, véase la obra de referencia de los esposos Webb, S. y B.: *La democracia industrial,* trad. M. Á. Simon, edición y estudio preliminar de J.J. y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva/Fundación Francisco Largo Caballero, 2004; Philip, A.: *La democracia industrial,* Madrid, Tecnos, 1965.

[181] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones Laborales,* núm. 1 (2011); *Ibid.,* "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (II). Teoría jurídica y modelos de regulación de la empresa", en *Relaciones Laborales,* núm. 2 (2011); *Ibid., Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral,* Granada, Comares, 2006. Para la teorización general, véase Harrison, B.: *La Empresa que viene. La evolución del poder empresarial en la era de la flexibilidad* (1994)*,* Barcelona, Paidós, 1997, espec., pp. 15 y sigs., y 137 y sigs.; Carnoy, M.: *El trabajo flexible en la Era de la información,* Madrid, Alianza editorial, 2007, espec., pp. 19 y sigs, y 79 y sigs., y 227 y sigs.

Asimismo, Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018; Sanguinetti Raymond, W., y Bivero Serrano, J.B. (Dirs.): *Impacto laboral de las redes empresariales,* Granada, Comares, 2018; *Ibid., La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales,* Granada, Comares, 2019; Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021; Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales,* Ruíz Santamaría, J.L. y Muros Polo, A. (Coords.), Granada, Comares, 2024. Una análisis de conjunto, en Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, 2017, espec., Capítulos I y II, pp. 9 sigs.; Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, espec., pp. 161 y sigs.; Sen, A.: *la idea de justicia* (2009)*,* Madrid, Taurus, 2010, pp. 255 y sigs., y 351 y sigs.; Supiot, A.: *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total,* Barcelona, Península, 2011. La tesis principal de Alain Supiot es la de que en el 10 de mayo de 1944 se proclamó la primera Declaración Internacional de Derechos de Filadelfia con vocación de universalidad. Adoptada algunos días tras del desembarco aliado en Normandía, esta Declaración de la Organización Internacional del Trabajo fue también la primera expresión de la voluntad de edificar, al final de la Segunda Guerra Mundial, un nuevo orden internacional que no estuviera fundado en la fuerza, sino en el Derecho y la justicia. Hasta tal punto se sitúa en las antípodas de la dogmática ultraliberal que rige las políticas nacionales e internacionales desde hace

como institución central del sistema tiende, igualmente, a hacerse total (como organización de capital y trabajo que eleva la racionalidad económica instrumental al principio prevalente y unificador del conjunto, pese a que la relación entre los actores es asimétrica y los fines unidireccionales), reivindicando en su apoyo una forma de "Estado de Mercado" o "Estado de competencia económica" que esté al servicio de la competitividad de las empresas. Hoy se podría hablar, aunque sin forzar las categorías analíticas de una doble dimensión de rol del Estado en el capitalismo tardío, a saber: de un Estado-mercado y de un Estado de seguridad[182]. Lo cual está produciendo un paulatino y sigiloso desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal y la consiguiente ruptura del paradigma de democracia sustancial. Pero también el peligro de disolución de la democracia en una nueva forma de autoritarismo ante los nuevos poderes soberanos que operan al margen de los poderes de los Estados democráticos[183].

3. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA ECONÓMICO: LA FUNCIÓN ARTICULADA DE LAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

«El orden es el agotador trabajo de Sísifo con el que la humanidad se encuentra constantemente comprometida»

GUGLIELMO FERRERO[184]

Como señalara Santi Romano, respecto a la "mitología jurídica", es superfluo destacar que el mito no es verdad o realidad, y hasta que es lo opuesto y, por consiguiente, la mitología jurídica debe contraponérsela a la realidad jurídica. La verdad o realidad jurídica es la que ha sido acogida o hasta incluso creada por un determinado derecho positivo, aunque sea diferente de la realidad que, en contraposición a la puramente jurídica, se dice efectiva, o de hecho, o material y, por consiguiente, aunque sólo existe en la conciencia de un ordenamiento jurídico, con tal de que él sea vigente y

más de treinta años, que no se puede releer este texto sin asombro y perplejidad. La voluntad de hacer reinar un mínimo orden de justicia social en la producción y el reparto de las riquezas a escala mundial ha sido sustituida por la fe en la infalibilidad de los mercados financieros, lo que condena a la migración, la exclusión o la violencia a la inmensa multitud de los perdedores del nuevo orden económico mundial. El fracaso actual de este sistema invita a reencontrar, bajo los escombros de la ideología ultraliberal, la obra normativa de la postguerra que esa ideología se ha esforzado en hacer desaparecer.

182 Puede verse respectivamente, Robert Jessop (*El futuro del Estado capitalista*, trad. Antonio de Cabo y Aniza García, revisión de Juan Carlos Monedero, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008) y Loïc Wacquant (*Las cálceles de la miseria*, trad. Horacio Pons, Madrid, Alianza editorial, 2001). Igualmente, Hirsch, J.: "Globalización y democracia: Una evaluación del *Estado Competitivo,* en http://www.rcci.net/globalización/fg049.htm; Hirsch, J.: *El Estado de la competencia nacional. En segundo lugar la democracia y la política en el capitalismo global,* México D.F, Universidad Autónoma Metropolitana, 2002. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulo II. ("Soberanía y nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global"), pp. 277-631. En otra perspectiva, Foessel, M.: *El Estado de vigilancia. Crítica de la razón secundaria,* Madrid, Lengua de Trapo, 2011, el cual señala que en la coyuntura histórica actual se vive bajo el régimen de la seguridad. Desde las reformas penales a las cumbres sobre el clima, pasando por las medidas sobre la salud: el imperativo de la precaución invade nuestra existencia. El estado de vigilancia se impone tanto a los individuos como a las instituciones: designa la obligación de permanecer alerta y contemplar el presente bajo el prisma de las amenazas que lo acechan. Esta ética de la movilización permanente es, por encima de todo, la del mercado. Al discurso de la seguridad subyace una vinculación estrecha entre la omnipresencia de factor de la seguridad y la ideología política neoliberalismo que poco tiene ya que ver con las filosofías y las políticas liberales clásicas.

183 Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec.,pp. 460 y sigs. ("El nuevo sistema mundial en una "situación de excepción": Globalización neoliberal y crisis económica"; "El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos"; "El paulatino desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal. La ruptura del paradigma de democracia sustancial"; "La 'criminalización" de los más débiles: el advenimiento del "Estado penal" o "Estado de Seguridad" y las políticas migratorias "represivas"").

184 Ferrero, G.: *The Principles of Power*, Nueva York, 1942, p. 318.

operante. Es así que, cuando el Derecho, el Derecho positivo, se ha formado una realidad suya y en ella persiste sin extralimitarse a simples concepciones doctrinarias que no vinculan a quien tiene que observar sus posiciones, sus normas, sus principios, carecen de los extremos del mito. Desde la perspectiva de quien tiene que ponerse en actitud de jurista, esto es innegable, aunque no se pueda excluir que desde otros puntos de vista sea mito lo que para el Derecho y, en consecuencia, para el intérprete de ese Derecho, es realidad[185].

Las constituciones democrático-sociales de la postguerra construyen un sistema económico de economía mixta o neocapitalista basado en el reconocimiento jurídico de un sistema de libertades de iniciativa económica privada y pública, donde el Estado asume una función de regulación directa en las relaciones económicas y una función mediadora entre los intereses divergentes en juego. Una función típica del poder público será la substracción de ciertos bienes y servicios esenciales para los individuos a la dinámica exclusiva del mercado (los «intercambios obstruidos»[186321]). Esa limitación de los mecanismos del mercado se realiza precisamente al amparo de la cláusula del Estado social y su proyección sobre la constitución económico-social. Es en este marco cómo adquiere pleno sentido la configuración de los derechos económico-sociales como derechos de «desmercantilización» o «descomercialización», lo cual supone una intervención reguladora directa del poder público para asegurar ciertos derechos de la persona más allá de su posición de poder individual en las relaciones de mercado. También se producen intervenciones encaminadas a la funcionalización social de la propiedad privada, subordinando toda la riqueza a la satisfacción de los intereses generales. De este modo, el ordenamiento del Estado contemporáneo conforma el sistema económico del capitalismo desarrollado, desde una propia opción de política organizativa. Pero las instituciones jurídicas predipuestas no tienen una evolución autónoma y completamente «interna», al imprimir en ellas su presencia las fuerzas económico-sociales reales. Sin por ello convertirse en una simple traducción de la estructura económico-social subyacente.

Dentro de la lógica imperante en la constitución económica del Estado social, el sistema económico es un campo abonado para la intervención de la iniciativa privada y la iniciativa pública sin que existan ámbitos prefijados respecto su lugar en la economía. Con todo, la iniciativa económica, núcleo de las funciones económicas, es, en cierta medida, *encuadrada, controlada, rectificada y compartida con la actividad económica del Estado.* De este modo, el Estado contemporáneo no se limita a cumplir sólo la función (de por sí ya importante) de *encuadramiento jurídico*, al establecer las normas que delimitan el marco formal en que se desenvuelve libremente la acción económica de los particulares[187 322]. Además, el Estado social interviene activamente, participa, en el proceso económico, a través de un conjunto de mecanismos de intervención en la economía y mediante la su actuación directa como empresario público. Es así que se diseña en los países industrializados de economía de mercado una constitución de economía mixta, en la que están presentes la iniciativa privada y la iniciativa pública. Este modelo de regulación de la iniciativa económica redefine la *lógica del capitalismo como modelo de desarrollo de una formación histórica y económico-social en su globalidad*[188]. A partir de ese momento, se puede decir que la política económica del Estado social no debería ser interpretada como sobreestructura que se impone a la economía («natural»), sino como un *estabilizador* económico y político-jurídico *inserto en el propio sistema económico jurídificado*. En el cuadro del Estado contemporáneo no se produce así una real separación funcional y una absoluta autonomía de las relaciones económicas; la lógica económica no se rige sólo por la autorregulación de las fuerzas del mercado, ya que la esfera política y jurídica actúa desde el mismo interior del sistema, y

[185] Romano, S.: "Mitología jurídica", en Romano, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico,* trad. S.Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Crítica del Derecho), 2002, pp. 165-175, en particular p. 166.

[186] Véase, al respecto, Walzer, M.: *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993.

[187] Véase Duque Domínguez, J. F.: «Iniciativa privada y empresa», en Sánchez Agesta, L. (Coord.): *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Madrid, Edersa, 1977, p. 59.

[188] Véase Offe, CL.: *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, Etas Libri, 1979, pp. 17 y sigs.

no se limita supuestamente a garantizar desde el «exterior» la condiciones generales de funcionamiento de la economía capitalista, considerando a ésta como una «cuestión privada» objeto de regulación por el Derecho civil. El sistema político y jurídico no se limita a garantizar desde el exterior las condiciones de la acumulación capitalista. El sistema político y jurídico organiza, programa y controla la vida económica a través de una articulación capilar y plurifuncional integrada por organismos y técnicas de planificación, política fiscal, de crédito, política de empleo, política social, política educativa, etcétera. Sin embargo, debe precisarse que las fuerzas de política del Derecho y las fuerzas económicas interactúan, siendo de realzar cómo dentro del sistema económico institucionalizado el sistema productivo (dominado por las fuerzas económicas) ejercita un poder sobre el sistema político. El Estado contemporáneo, sin ser un Estado del capital, presenta, sin embargo, una relación de interconexión e interdependencia funcional con el proceso de acumulación y distribución (es así *Estado de la economía*) y trata de establecer, desde el interior y no desde el exterior de su aparato institucional, los mecanismos necesarios para el funcionamiento del orden económico y social, el cual, como es verificable empíricamente, es objeto de regulación jurídica por el ordenamiento estatal. La necesaria intervención del Estado en el sistema económica pone de manifiesto la utopía de un mercado libre de toda intervención pública[189]. Esa utopía es en realidad una ideología económica interesada que sirve a intereses precisos –aunque no esté exenta de pasión- que oculta deliberadamente la realidad del intervencionismo público en el desarrollo del capitalismo histórico: ha ejercido como una compañía necesaria.

En una constitución económico-social propia de la economía mixta, intensamente regulada por el Derecho, se ha venido formando un sistema de Derecho privado que actúa a modo de un derecho común aplicable a la actividad de los sujetos privados y públicos. Se trata de una transformación de envergadura que pone de relieve la conexión entre la sociedad política y la sociedad civil, del ordenamiento público y del ordenamiento de los particulares, en el interior del Estado constitucional[190]. El Estado contemporáneo intenta dominar efectivamente la distribución del poder político y económico. Para ello trata de evitar que las fuerzas políticas y económicas se muevan conforme a sus propias reglas, que actúan al margen de las formas jurídicas democráticamente establecidas. Por ello en el Estado constitucional, el Derecho no se limita a justificar las relaciones de poder existentes. El sistema jurídico tiene una fuerza propia, aunque limitada, capaz de ordenar la vida política y económico-social. En realidad, existe una mutua relación de dependencia entre el ordenamiento jurídico y la realidad política y socio-económica, que impide que la norma esté vacía de realidad o que la realidad se halle normalmente vacía de normatividad. En situaciones de normalidad, estos distintos ámbitos de la realidad no están aislados entre sí. En particular, desde su pretensión de vigencia, el orden jurídico trata de ordenar y conformar la realidad político-social y económica. Esto es, *condiciona y es condicionante* de dichos ámbitos de realidad, con los que se encuentra en conexión el Derecho.

[189] Para los argumentos ideológicos de esa idea de mercado autorregulado, puede consultarse Ronsavallon, P.: *El capitalismo utópico. Historia de la idea de progreso,* Buenos Aires, Nueva Visión, 2006, espec., pp. 21 y sigs., y 137 y sigs. La exigencia de la intervención y regulación pública se ha mantenido por las distintas escuelas institucionalistas. Es el caso de la Escuela de la Regulación. Un balance autorreflexivo en Boyer, R.: *La teoría de la regulación. Un análisis crítico,* Valencia, Alfons el Magnànim, 1992.

[190] Véase Galgano, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pp. 165 y sigs. Como se ha hecho notar, en el Derecho del capitalismo tardío asiste una mutación del derecho privado que le convierte en el «derecho común a sujetos públicos y privados de la actividad económica, que existía de forma compacta en el pasado, que se había convertido en débil criatura, y a que ahora estaría renaciendo». Cfr. Giannini, M. S.: «Diritto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, Milano, Giuffré, p. 866. Asimismo, Irti, N.: *L'ordine giuridico del mercado,* Roma-Bari, Laterza, 2004, Capítulo I, pp. 3 y sigs., 97 y sigs., y 121 y sigs.; ; Monereo Perez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* núm. 1, 2021, pp. 197-322.

Ahora bien, la eficacia del sistema jurídico descansa en su vinculación permanente a las tendencias vitales de la época, en su idoneidad para ordenar objetivamente esas fuerzas, constituyéndose así en ordenación general de las relaciones sociales concretas; no mostrando una mera capacidad de adaptación a las circunstancias. Esto significa que, por supuesto, el orden jurídico está condicionado por la realidad histórica, entre otras cosas, porque es parte de ésta. Lo que ocurre es que el Derecho no puede reducirse a ser la mera expresión de ciertos ámbitos de la realidad en cada momento, porque, como se acaba de decir, su pretensión de normatividad le lleva a ordenar y conformar a su vez la realidad política y económico-social. Por ello mismo, el ordenamiento jurídico debe construirse con estructuras flexibles y dinámicas[191], como condición necesaria para persistir en su función típica en una realidad política y socio-económica extraordinariamente cambiante. En esa misma coordinación correlativa entre ser y deber ser estriba la amplia adecuación de la maquinaria jurídica para configurar la sociedad, muy lejos de posiciones naturalistas y sociologístas extremas. De su éxito, sometido a prueba constante en la experiencia jurídica, depende que los conflictos económicos y sociales se resuelvan como cuestiones de Derecho (cuestiones de poder jurídico) y no como simples problemas de poder de hecho.

Esa fuerza conformadora del ordenamiento jurídico se refleja en el giro importante que se imprime respecto del esquema liberal de organización de la vida social y económica cuando desde el poder público se construye una nueva forma política que mantiene, pero revisada la fórmula clásica del Estado de Derecho: el Estado social de Derecho. Una formulación que *condensa en sí el proceso de transformación* de un sistema de Derecho, que ya no conoce de derechos absolutos (como el derecho de propiedad que el pensamiento jurídico liberal individualista había elevado a rango de derecho natural inviolable; como «derecho sagrado»[192]), todos son relativos en cuanto que incorporados en un orden jurídico constitucional que garantiza el poder del Estado democrático respecto a la conformación de todo el orden social y su dirección hacia la satisfacción de los intereses generales. En este marco, la nueva forma de Estado se inserta dentro de la «constitución económica»[193], entendida como el conjunto de normas que configuran las estructuras jurídicas del sistema económico construido en la Constitución. Dentro de ella se inserta la empresa. Los derechos fundamentales dejan de ser simples derechos negativos, que impondría obligaciones de abstención a los poderes públicos. Ahora se comprende que todos los derechos (civiles, políticos, y no sólo los de carácter económico-social) exigen que el sistema jurídico contribuya a crear las condiciones adecuadas para su real efectividad, incluidas las libertades económicas en general[194].

---

[191] Véase la bella obra de Carbonnier, J.: *El Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Prólogo y traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 115 y sigs. Realza Carbonnier que todas las reglas de Derecho tienen un carácter esencialmente provisional y relativo (*Ibid.*, p. 16), pues ha de estar atento a los cambios sociales.

[192] 326 Para los supuestos filosóficos e ideológicos de la concepción liberal absolutista de la propiedad, véase el análisis de Jouvenel, B. DE.: *Los orígenes del estado moderno* (1976), Madrid, Magisterio Español, 1977, pp. 193 y sigs. Lejos del absolutismo del derecho de propiedad, el Derecho contemporáneo opone ahora un relativismo y un funcionalismo del derecho de propiedad. La propiedad es, así, un *derecho-función, en el cual los poderes están condicionados por los deberes.* En este sentido, Carbonnier, J.: *El Derecho flexible*, *cit*., p.222. Ello se vinculaba a un cambio de perspectiva, al entender que no podía lograrse un orden social justo a través de la regulación autónoma de los particulares. Era necesaria una intervención directa del poder público en las relaciones económicas y sociales; y la instauración de una política activa de remoción de las desigualdades sociales.

[193] Sobre ello véase Font Galán, J. I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 131 y sigs.; Irti, N.: *L' ordine giuridico del mercado,* Roma-Bari, Laterza, 2004, Capítulo I, pp. 3 y sigs., 97 y sigs., y 121 y sigs.

[194] Una libertad económica fundamental es la libertad de iniciativa económica, la cual comprende en su contenido esencial, la libertad de acceso al mercado por parte de los agentes económicos, libertad de ejercicio o de permanencia en el mercado, y libertad de cesación o de salida del mercado. Véase, al respecto, Gispert Pastor, M. T. De.: «La noción de empresa en la Constitución Española», en AA. VV.: *La empresa en la Constitución Española*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1989, pp. 44 y sigs.

Es en esta línea de pensamiento, que parece muy fecunda, donde debe tenerse en cuenta el problema actual de una relativa depreciación del carácter mediador del ordenamiento jurídico, derivada de la concurrencia de una serie de factores. Se puede afirmar, en este sentido, que existe una pérdida de significado del Derecho: se asiste a un proceso de depreciación de la función del Derecho estatal que se hace especialmente ostensible en el análisis de las controversias judiciales[195] [329]; muchos de los grandes conflictos quedan fueran del sistema jurídico institucional, siendo resueltos a través de ordenamiento autónomos, unilaterales o bilaterales, que se articulan con arreglo a su propia lógica interna. A ello se une la *fractura interna* del propio Derecho estatal, que ha provocado la ruptura del sistema de Derecho igualitario, abstracto y general. Ese sistema de Derecho liberal había elaborado categorías jurídicas pensadas para comprender la regulación de todos los actos de circulación económica y asignación de los recursos. Precisamente a través de las normas del ordenamiento jurídico que regulan la adquisición y la transmisión de los derechos sobre los bienes se ordena el fenómeno de la *circulación de los bienes* mismos y se hace posible el subingreso de un sujeto en el lugar ocupado por otro en relación con las cosas[196]. La complejización de los procesos económicos y las nuevas formas de concentración del capital y de la riqueza en el capitalismo tardío determina una crisis institucional de la forma de entender las categorías jurídicas tradicionales. En este sentido el sistema jurídico general se disgrega internamente en ordenamientos públicos y privados, como exigencia de racionalización funcional y de reconocimiento de poderes económicos y sociales autónomos en la producción de reglas jurídicas: esa *disgregación de esquemas de regulación* expresa las lógicas conflictivas existentes entre los grupos económicos y sociales operantes. Es evidente aquí el riesgo de que la visión instrumental del Derecho se sitúe al servicio de las fuerzas preeminentes en el sistema social. Un Derecho ordenador dotado de categorías jurídicas encaminadas a la ordenación funcional de una praxis prefigurada, de manera que la función del Derecho es reproducir y organizar de la realidad de las relaciones económicas y sociales. Es la pretensión nuevamente de una «despolitización» (aparente) del ordenamiento jurídico pluralista. Así, la realidad (reconducida al hecho, a lo ya «dado») es apreciada «tal como es» sin margen para la crítica del sistema social. En coherencia, el jurista puede limitarse a describir modelos de comportamiento extraídos de la misma realidad, siendo así que renuncia –al menos aparentemente- a ofrecer un conocimiento crítico del Derecho; y en el caso de jurista-juez, rehúsa a asumir su rol en la formación "creativa" del Derecho en el momento de su aplicación[197].

Dentro de la constitución económico-social la propiedad se funcionaliza socialmente, amortiguando el punto de vista liberal individualista originario. Esta cláusula social específica supone la predeterminación desde la política jurídica de los diversos modos de atribuir y usar los bienes a título de propiedad. Ésta aparece no sólo como condición sino también como relación de alteridad; su uso y control corresponde no sólo al individuo sino también a la sociedad general. Esta lógica interna

[195] Véase Barcellona, P.: «La formación del jurista», en Barcellona, Hart Y Mückenberger.: *La formación del jurista. Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1983, p. 21. En cualquier caso, la efectividad de las garantías del Estado constitucional exige de un modo de jurista comprometido por la fuerza vinculante de las normas de principios y no sólo por las normas de conducta y de procedimiento establecidas en la Constitución como Norma Fundamental del ordenamiento jurídico. En tal sentido, Monereo Pérez, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejto Topo, 2020, Capítulo 3 ("La función y el papel del jurista en el Estado constitucional"), y Capítulo 4 ("La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La "fórmula Radbruch"), pp. 141 y sigs., y 161 y sigs.

[196] Véase, en una perspectiva de conjunto, Tarello, G.: «El derecho y la función de distribución de los bienes», en Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del derecho*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. 241 y sigs.

[197] Frente a esta autolimitación, se ha insistido en que el proceso de creación del derecho a través de la función judicial ha tenido lugar de manera incesante y todavía persiste en todos los sistemas de Derecho, con independencia de hasta qué punto su teoría pretende dejar reducida la función de juzgar a una operación mecánica. Cfr. Pound, R.: *El espíritu del 'Common Law"* (1931)*,* trad. J. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954, p. 172.

del Derecho social, comparta una renuncia al viejo esquema ideológico del «laissez-faire»[198] y de la *absolutividad* del derecho de propiedad (propia del individualismo propietario)[199]. En efecto, en el paradigma liberal individualista (edad del individualismo propietario), el propietario es titular de un poder absoluto respecto al objeto de su derecho individual. Un modo de «tener» y de «disponer» que era, a pesar la apariencia, garantizado por la legislación estatal[200]: la legislación liberal era precisamente una garantía necesaria para el funcionamiento del individualismo propietario. De este modo se pasa de la propiedad como «derecho natural» a la propiedad como «derecho civil», reconocido en el sistema codicístico de Derecho privado[201], manteniendo en los inicios de ese proceso su carácter fundamental de «absolutividad». No obstante, las constitucionales sociales contemporáneas tratan de limitarlo introduciendo el correctivo de la función social de la propiedad, acompañada de las nuevas funciones del poder público en las relaciones económicas y sociales. Desde este punto de vista puede decir que el límite de la función social opera en un doble plano: como criterio de unión entre bienes privados e intereses sociales y como criterio para la determinación del contenido de la propiedad[202]. Con todo, la absolutividad del tradicional derecho de propiedad encuentra un criterio de atenuación.

Por otra parte, en el nuevo modelo de Estado social la propiedad estática pierde su centralidad en favor de la propiedad dinámica (empresa; propiedad considerada como capital, como capacidad de ganancia), determinado nuevos modos de regulación pública que se realizan atendiendo no sólo a una «idea social», sino a una precisa «idea económica» vincula a las exigencias de la producción. Ese desplazamiento traduce un fenómeno realmente complejo, cual es «el desplazamiento del interés desde los valores de la tierra a los de la empresa industrial»[203]. El sistema jurídico adquiere la cualidad de mecanismo positivo en la regulación de los procesos económicos, interviniendo decididamente como agente directo en la vida económica[204]. En el plano constitucional, la función social de la propiedad permite la limitación de los poderes dominicales por la acción de los poderes públicos a fin de realizar intereses públicos («propiedad funcionalizada»). El ámbito de intervenciones del legislador social, suponía una relativización del carácter absolutista de la propiedad estática[205]. Ahora la propiedad se constituye en centro de referencia normativa de una pluralidad de intereses divergentes. Hoy existe, sin embargo, un cierto regreso, o mejor reforzamiento del carácter absoluto de la propiedad privada, planteado ahora por las doctrinas jurídicas neoliberales[206].

---

[198] Ese paradigma siempre fue incompleto, e incluso ha constituido, a menudo, una máscara ideológica que ha ocultado que el Estado siempre ha intervenido de algún modo, y en una cierta medida sobre el funcionamiento de los mercados, económicos y de trabajo (reconocimiento de los derechos y libertades económicas fundamentales; remoción de los obstáculos que se oponían la libre iniciativa económica, y a la libre circulación y disponibilidad de los trabajadores, etcétera). Véase Polanyi, K: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989; igualmente la perspectiva de conjunto ofrecida por Taylor, A. J.: *Laissez-faire and State Intervention in Nineteenth-Century Britain*, Londres, 1974.

[199] Véase Barcellona, P.: *El individualismo propietario*, cit., *passim*; Rodotá, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 105 y sigs.

[200] Llama la atención sobre este intervencionismo individualista Rodotá, S.: *El terrible derecho*, cit., p. 131. En el Estado liberal la injerencia activa del Estado no presentaba una contradicción con el *Laissez-faire*. Cfr. Schumpeter, J. A.: *Storia dell' analis economica*, Torino, 1959, p. 277.

[201] Véase, en general, Barcellona, P.: *Gli istituti fondamentali del Diritto privato*, Napoli, Casa Editrice Dott. E. Jovene, 1971, pp. 126 y sigs.

[202] Véase Barcellona, P.: *Gli istituti fondamentali del Diritto privato*, cit., pp. 173 y sigs., y 182 y sigs.; Barcellona, P.: *Diritto privato e processo economico,* Napoli, Jovene Editore, 1973, Cap. III (Utilización de los bienes y derecho de propiedad), pp.125 y sigs., y 190 y sigs., y Cap. IV (Autonomía privada y circulación de los bienes). Con todo, se produce una *erosión* del derecho de propiedad en su originaria configuración absolutista; es decir, como derecho absoluto, incondicionado e inalienable según el modo de pensar propio del dogma iusliberal del Derecho privado de los orígenes.

[203] Rodotá, S.: *El terrible derecho*, cit., p. 141.

[204] Véase Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., *passim.*

[205] Que era la lógica específica del individualismo posesivo rigurosamente analizada por Macpherson, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo* (1962), trad. J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970.

[206] Véase Hayek, F. A.: *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1988, espec., pp. 193 y sigs.

La empresa privada, uno de los núcleos o pilares fundamentales de la constitución económica, es también objeto de regulación desde la Constitución y desde cada uno de los sectores económicos que inciden sobre su funcionamiento. Esa centralidad de la empresa en el Derecho moderno (muy lejos quedan las posiciones que pensaron que la empresa como organización era una realidad refractaria al Derecho), determina que el Derecho privado esté condicionado por la actividad de la empresa moderna (y en cierta medida otro tanto sucede respecto del Derecho administrativo económico). Los distintos sectores del Derecho privado inciden sobre la empresa (institución del Derecho moderno) como organización, y regulan también las relaciones internas y externas entre los sujetos implicados en las actividades económicas. Esa relevancia de la empresa, como organización de la actividad económica, está en la base del fenómeno de la *comercialización del Derecho privado*, el cual hace referencia esencialmente a la paulatina *objetivación* del Derecho mercantil, consistente en la sustitución de un criterio basado en la condición de los sujetos a otro fundado en la delimitación del contenido de los fenómenos objeto de regulación por el orden jurídico. Códigos de comercio y códigos civiles se conjugan entre sí respecto a la ordenación de la actividad económica y de las relaciones privadas que confluyen entorno a ella, produciéndose una modulación de las instituciones del Derecho civil en su proyección respecto de la actividad económica de los particulares[207].

La empresa es una institución que ha penetrado *horizontalmente* en todos los ámbitos del Derecho de la economía. La fuerza conformadora del ordenamiento jurídico respecto de la empresa no puede ser minusvalorada. Es cierto que existe una correspondencia sustancial entre los modelos económicos y los modelos jurídicos de empresa, pero en el mundo jurídico la empresa no es exclusivamente una institución económica, sino también un fenómeno regulado por el Derecho que es la cristalización de un largo proceso de institucionalización de la empresa. En este sentido el Estado contemporáneo intenta someter a la economía y a sus instituciones a sus propias reglas (formuladas, y encuadradas, en las respectivas lógicas los sectores jurídicos que se ocupan de la empresa), lo que se traduce en la conformación del llamado «estatuto jurídico de la empresa»[208]. Ese carácter multívoco de la empresa autoriza a afirmar la existencia de diversos modelos jurídicos y modelos económicos en la individualización de la actividad empresarial. Efectivamente, el vocablo «empresa» tiene una pluralidad de sentidos, y tanto en el lenguaje común, como en el lenguaje de los economistas y de los juristas. La forma empresa puede significar tanto una realidad objetiva que opera en el mercado, una unidad económica destinada a la producción mediante la utilización de capital y de trabajo, como la misma actividad económica que conduce a la constitución de esa organización y que se desarrolla gracias a la misma.

Una tal *polisemia* se encuentra en la misma legislación, porque el término «empresa» hace referencia a la actividad desplegada por el empresario, o bien al conjunto de bienes y de fuerzas de trabajo por él organizados. Esta diversidad de significados se ha justificado por exigencias de técnica legislativa (se trataría de descomponer un fenómeno unitario con la finalidad de establecer una regulación jurídica articulada en sus diversos aspectos). Se ha destacado, por lo demás, que con esa unidad de organización económica y social (en sí misma diversa y plural) que es la empresa no se corresponde en el campo del Derecho una figura jurídica unitaria[209]. En este sentido hay que señalar

[207] Una perspectiva de conjunto puede encontrarse en Lipari, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegido de España, 1980, pp. 503-504.

[208] Sobre el concepto jurídico-normativo de «empresa», véase ampliamente Monereo Pérez, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ibidem, 1999, pp. 47 y sigs., donde se critica el llamado «método de la economía». Igualmente Verdera y Tuells, E.: «La dialéctica empresa-sociedad en el marco de la democracia industrial: experiencia española y perspectivas de futuro», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, 1995, p. 3953.

[209] Véase Girón, J.: «Sobre las características generales desde el punto de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Polo*, Madrid, 1981, pp. 282-283.

que no existe un concepto jurídico único de empresa con pretensión de validez para todo el campo del sistema jurídico. Es más, el mismo legislador puede adoptar, según la perspectiva ordenadora en la que se sitúe, distintos conceptos jurídicos de una misma realidad; es decir, partir de representaciones más o menos diferentes de la forma empresa, lo que se traduce una *diversificación de la estructura tipológica del concepto jurídico de empresa*[210], dentro del sistema jurídico general, e incluso, a menudo, en el mismo interior de cada rama diferenciada.

Con todo, la empresa es una *institución jurídicamente reglamentada*, atendiendo a su importancia económica y social. Los trabajadores y los empresarios disponen de su propio «estatuto jurídico» respectivo, la empresa-organización (el elemento organizativo es el que predomina en la forma empresa) se halla *estatuida*, en cuanto que se le somete a reglas jurídicas de funcionamiento y gobierno. Desde el punto de vista institucional, la empresa industrial es también un sistema de relaciones sociales. La empresa es una organización pero es también una institución económico-social, y dispone por tanto de una propia *constitución social* (penetrada por la Constitución jurídica general), que regula las relaciones jurídicas internas. En el ámbito jurídico la empresa aparece siempre en una doble dimensión: como una espacio de cooperación y como espacio de conflicto entre el empresario y la colectividad de los trabajadores; atendiendo a su confrontación con las exigencias de funcionamiento de la organización productiva. A la actividad de estos agentes se suma el poder público que proporciona el marco de regulación de la empresa e interactúa con los demás actores intervinientes, lo cual determina un desplazamiento del esquema privatista tradicional de organización jurídica de la empresa por un esquema propio del Derecho social, situado en la intersección entre el Derecho privado y público[211].

La actividad de reguladora y de control del poder público respecto de la actividad económica de los empresarios, afecta al funcionamiento de la empresa en el mercado y a su vida interna, poniendo así de manifiesto las dificultades de las categorías privatistas tradicionales para comprender la nueva configuración de la iniciativa económica[212]. Respecto a la estructura interna de la empresa, las relaciones de trabajo son objeto de regulación por el sistema jurídico. En la empresa el empresario asume la función típicamente organizadora de los factores de la producción, es a él a quien si atribuye originariamente el poder de dirección sobre el complejo empresarial[213]. Entre empresario y trabajador existe una relación jurídica y económica de conflicto, en la cual el legislador y la autonomía colectiva deben mediar para atenuar las desigualdades de poder jurídico entre los sujetos implicados en dicha relación de cambio[214]. Esta regulación constituye la tarea específica asignada al ordenamiento laboral, cuyos fundamentos históricos y constitutivos entroncan con la misma base de la constitución jurídica del Estado social[215]. Es de señalar que, desde el punto de vista de dicha constitución jurídica, la empresa es una organización económica donde coexisten una pluralidad de intereses divergentes en juego, teniendo en cuanta que los trabajadores no serían un elemento «externo» a la empresa, sino un elemento «interno» cuyos intereses específicos son merecedores de protección por el Derecho. Es un

[210] Puede consultarse Gondra, J. M.: *Derecho mercantil. Introducción*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 127 y sigs.; Alonso Ureba, A.: *Elementos de Derecho mercantil*, Madrid, 1989, pp. 40 y sigs., y 60 y sigs.

[211] Cfr. Monereo Pérez, J. L.: *La noción de empresa…,* cit., pp. 55-56.

[212] Las formas de intervencionismo público son —y lo han sido siempre, incluso en los tiempos del *laissez faire*— muy varias y complejas. Cfr. Barcellona, P.: *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, pp. 286 y sigs.

[213] Véase, en una perspectiva general, Rivero Lamas, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza (Universidad de Zaragoza), 1986; Rivero Lamas, J.: *La democracia en la empresa,* edición y estudio preliminar, "Juan Rivero Lamas. Semblanza intelectual" (IX-XXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

[214] La situación jurídica de conflicto entre trabajadores y empresarios es un elemento intrínseco al actual sistema económico. En este sentido Mengoni, L.: «Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa», en *Rivista delle società*, 1958, p. 715.

[215] Véase Monereo Pérez, J. L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, *passim*.

aspecto distorsionador de este esquema pluralista (frente al monista liberal), la mitificación actual del principio de eficiencia (en términos de competitividad, o de rendimiento económico; que puede llevar a la restauración de la organización liberal bajo nuevas formas)[216] de la organización como punto de confluencia indiferenciado respecto a la diversidad de los intereses en presencia en el seno de la misma. Todo ello sin perjuicio de la localización de ámbitos de interés común entre empresarios y trabajadores dentro de la organización productiva.

Ese esquema pluralista es perfectamente compatible con las más elevadas fórmulas de democracia industrial, a través de los más incisivos cauces de participación en la gestión de la empresa[217]. En una dirección de concebir la empresa en su dimensión institucional democrática, las constituciones contemporáneas tratan de afrontar la configuración de las relaciones sociales dentro de la *estructura interna* de la empresa, como combinación de facto- res productivos[218], con la pretensión de que es actividad organizativa de la producción, no queda situada al margen del ordenamiento jurídico, como si fuera un «espacio vacío de derecho» estatuido por el Estado social y por la autonomía colectiva atribuida a los actores sociales en presencia. De ser así se estaría ante una *constitución pluralista de la empresa moderna*.

El avance del proceso de juridificación es especialmente significativo en el caso de la empresa moderna, en una dirección que llevado a la empresa de ser para el Derecho una categoría del cambio (esto es, la noción de empresa entra en el mundo de las categorías jurídicas como actividad del empresario intermediaria o especulativa sobre el trabajo) a una categoría de producción (donde el empresario asume una función directiva de la organización productiva para el mercado, como entidad creadora de riqueza)[219]. En este sentido existe una tendencia progresiva hacia el encuadramiento de la empresa dentro de un nuevo proceso de sectorialización en el interior del ordenamiento jurídico, representado por un nuevo «derecho de la producción», que haría transparente para el Derecho la realidad de la empresa como organización regulada por el Derecho, superando la existencia de espacios vacíos de Derecho inscrito en su misma naturaleza económico-jurídica[220]. Esa normalización jurídica de la empresa como organización productiva es reflejo de la consideración democrático-institucional de la empresa dentro de la constitución económica del constitucionalismo social contemporáneo; y es un exponente del triunfo de la concepción pluralista sobre la concepción monista, propia del individualismo posesivo. En ella, el conjunto del personal es considerado como un elemento interno de la organización productiva en el prisma democrático-social, no como un elemento externo en las relaciones de mercado que se incorpora al ámbito patrimonial propio del empresario titular de la empresa como propiedad en sentido dinámico. Esa concepción de la empresa se situaría en el marco del nuevo «derecho de la economía»[221], como ámbito del ordenamiento jurídico que regula las actividades económicas privadas y públicas. Sin embargo, ese derecho de la economía es actualmente un derecho

[216] Hay que tener en cuenta que el crecimiento económico se ha convertido en la religión secular de las sociedades de capitalismo avanzado. Cfr. Belli, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), *cit*., p. 225.

[217] Es el caso de la cogestión, admisible en el cuadro de la constitución económica. V.gr., la textura abierta que se formula expresamente en el art. 129 de la Constitución Española, en relación necesaria con el art. 9.2 de la misma.

[218] Véase Chandler, A. D.: *Stratégies et structures de l'entreprise*, París, 1989.

[219] Véase, ampliamente, Galgano, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., cap. 8.

[220] Es la realidad de la empresa como combinación de factores productivos. Para esta concepción, véase Chandler, A. D.: *La mano visible. La revolución en la dirección de la empresa norteamericana*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

[221] Ténganse en cuenta ya originariamente los trabajos ciertamente lúcidos de Lorenzo Mossa, aunque dentro de lo que se dio en llamar «método de la economía» y el marco problemático del Derecho corporativo como punto de referencia que contextualiza la reflexión del jurista, según el cual las categorías jurídicas deberían de coincidir (transponiéndolas en lo esencial) con las categorías económicas aportadas por la ciencia de la economía. Mossa, L.: *Principios del Derecho económico*, Madrid, Signo, 1935; Mossa, L.: *I diritto alla Impresa*, Pisa, Nistri-Lischi-Editori, 1933-A. XI; Mossa, L.: *Il Diritto del Lavoro*, Discorso Inaugurale nella R. Università di Sassari de novembre 1922 (Separata), Pisa, Arti Grafiche Pacini Mariotti, Emilio Pacini, Successore, 1930 (VIII).

inorganizado (más allá de los elementos fundamentales aportados por las constituciones económicas nacionales y el sistema de los Tratados de la Unión Europea), fragmentándose en diversos sectores del orden jurídico, como el Derecho mercantil, el Derecho del Trabajo[222], el Derecho Financiero, etcétera[223]. Este nuevo derecho económico realzaría el carácter social de la producción, destacando su relevancia para la sociedad y, en coherencia, dando entrada al personal en las decisiones atinentes al funcionamiento de la empresa. El porvenir nos dirá si el Derecho de la economía —nacido al amparo de la constitución económica— será capaz de abrazar en síntesis todas las ramas jurídicas específicas incluibles en dicho Derecho económico. Con todo, el ordenamiento constitucional garantiza el derecho de iniciativa económica y la empresa como institución nuclear del sistema económico, pero las funcionaliza socialmente. Las libertades económicas se mueven en un manto jurídico tejido en la constitución de la economía. La empresa privada se convierte en centro de referencia normativo, ámbito de controles sociales se intervenciones públicas que intentan conciliar los distintos intereses en juego, lo cual refuerza la condición de la libertad de iniciativa económica de «derecho-función» dentro de la constitución jurídica de la economía. En la constitución de la economía mixta confluyen la iniciativa privada y la iniciativa pública, pero en este plano la gestión pública de la economía no supone necesariamente el destino social de la riqueza. Por otra parte, la funcionalización social de la empresa es principio general del orden constitucional cuya efectividad exige leyes específicas que permitan alcanzar en la práctica esos objetivos constitucionales[224]. Cuestión diferente es la actividad de programación económica, donde el gobierno de la economía debería orientarse en puridad a la satisfacción de los intereses generales (v.gr., art.128 CE) y la libertad de empresa debería articularse con otras libertades garantizadas en la Constitución jurídica. De ahí, la búsqueda de un equilibrio entre la iniciativa privada, por un lado, y, por otro, la iniciativa económica pública y control social de las actividades económicas a cargo del poder público. Por tanto, el Derecho de la economía agrupara al Derecho privado (Derecho estatal y Derecho autónomo emanado de los propios agentes implicados en las relaciones económicas y sociales privadas[225]) y al Derecho administrativo económico.

Los condicionamientos que impone la constitución económica obligan a una revisión del modo de acercamiento de todo el Derecho privado codicístico bajo el prisma de una interpretación conforme a la Constitución[226]. De este modo las categorías clásicas del Derecho privado son analizadas desde la mirada atenta del texto constitucional; es decir desde el programa cristalizado en la Constitución. Las constituciones sociales contemporáneas aportan un proyecto de «orden» social abierto a distintas opciones político-ideológicas.

En coherencia con este marco constitucional, en el ámbito científico se tiende a producir una nueva relación de cooperación interdisciplinar entre la ciencia jurídica y la ciencia económica. Los términos generales de la relación se asientan sobre el apoyo mutuo: la ciencia del Derecho es útil para la ciencia económica, porque organiza jurídicamente las organizaciones y los espacios económicos y porque inserta en las relaciones económicas los valores superiores del orden constitucional; la ciencia de la economía es útil para el Derecho porque aporta datos nucleares para la explicación de

[222] En la doctrina histórica, el Derecho del Trabajo «no es más que una parte de Derecho de la Economía». Cfr. Mossa, L.: *Principios del Derecho económico*, Madrid, Signo, 1935, p. 16.

[223] Se tiende a dar una visión totalizadora y omnicomprensiva del nuevo Derecho de la economía. En este sentido Casanova, M.: «Teoría dell'impresa e teoria dell'azienda in un trattado di diritto dell'economía», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, p. 333.

[224] Véase Galgano, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pp. 208-209.

[225] 358Aquí se incluyen no sólo la actividad contractual de los empresarios en el mercado económico, sino también la negociación colectiva realizada entre empresarios y trabajadores para regular las condiciones de trabajo y, cada vez más, para organizar las condiciones de la producción; es decir, para regular las condiciones de adquisición y utilización del factor trabajo y para consensual determinados procesos decisorios concernientes a las empresas. Sobre el tema puede verse, Monereo Pérez, J. L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo*, cit., *passim*.

[226] Véase Hesse, K.: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1992, pp. 31 y sigs.

las realidades económicas y traduce en datos precisos las consecuencias económicas de las decisiones jurídicas.

Ahora bien, se trata de una colaboración interdisciplinar en la que la racionalidad político-jurídica de las categorías jurídicas no debería ser sustituida por la lógica que inspira a las categorías extraídas de la ciencia económica. El Derecho ha de servir a la lógica específica que le es propia dentro del sistema constitucional. En este sentido se debería de buscar un nuevo equilibrio entre equidad y eficiencia, es decir, un equilibrio entre el «*modo economizante*» de la sociedad capitalista actual (la doctrina de la productividad o el esfuerzo para lograr una mayor producción a menos costes, el cálculo exacto de los costes y ganancias monetarios) y el criterio social de los valores no económicos. Es cierto, en este sentido, que el «modo economizante» ha mostrado su eficiencia en la organización de la producción, pero ha supuesto grandes costes sociales, como el de tratar a las personas como cosas (mercantilización) en la esfera de la producción, y utilizar el medio ambiente como «un bien gratuito» y por ello mismo descuidó su conservación para las generaciones futuras[227]. Ha regulado el «trabajo» en vista de una unilateral lógica de rentabilidad, pero con ello ha desconocido que el trabajo puede ser orientado también hacia la «acción» humana, entendida como el momento en el que el hombre desarrolla la capacidad que le es más propia, es decir, la capacidad de ser libre[228] y autorrealizarse como persona[229] En este sentido es necesario realzar el papel central del poder público y del sistema jurídico en la organización de la economía y en la delimitación del modelo de sociedad en su conjunto[230]. El Derecho puede conformar un orden social incidiendo sobre la distribución del poder político y económico, el desarrollo económico, el modelo de crecimiento y la distribución de la riqueza. Todo ello permite que el Derecho contribuya a crear un mundo más habitable y hacerlo con la lucidez de una mirada crítica y reflexiva sobre su propio quehacer.

[227] Véase, en general, Bell, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), cit., pp. 252-253. Realza Bell que el principio axial de la sociedad moderna es la racionalización funcional, y el modo regulativo es economizar. Véase la reflexión crítica de Sen, A.: *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza, 1989, pp. 94 y sigs.; Sen, A.: *Nuevo examen de la desigualdad,* Madrid, Alianza, 1995; Sen, A.: *Bienestar, justicia y mercado,* Barcelona, Paidós, 1997; Sen, A.: *Desarrollo como libertad,* Barcelona, Planeta, 2000.

[228] Sobre la diferenciación entre «trabajo» y «acción, como referentes a dos actividades fundamentales bajo las que se ha dado al hombre la vida en la tierra, véase la bella e impresionante obra de Arendt, H.: *La condición humana* (1958), trad. M. Cruz, Barcelona, Paidós, 1993, cap. IV («Trabajo») y cap. V («Acción»).

[229] Véase Maslow, A.: *El hombre autorrealizado. Hacia una psicología del Ser*, 10.ª ed., Barcelona, Kairós, 1993.

[230] Véase Commons, J. R.: *I fondamenti giuridici del capitalismo* (1924), Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 397 y sigs.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Cita Sugerida: MORENO VIDA, M.N. «Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 227-270.

1. CRÓNICA LEGISLATIVA, LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. MEDIDAS URGENTES: REFORMA DEL SUBSIDIO DE DESEMPLEO Y OTRAS REFORMAS

-Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (BOE 22-5-2024)

Los dos objetivos principales de esta norma son la reforma del nivel asistencial de la prestación por desempleo y la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

El real decreto-ley se estructura en tres artículos en los que se recogen las modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, relativas a la modificación del permiso de lactancia y la protección por desempleo, así como del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cinco disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y catorce disposiciones finales.

I. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

En el artículo primero, se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en lo que respecta:

— a la regulación del permiso de lactancia, prevista en el artículo 37.4;

— a la concurrencia respecto de los convenios colectivos autonómicos, que se regula en el artículo 84.3 y 4

— y, por otra parte, para introducir una nueva disposición adicional vigesimoctava que tiene por objeto, dada la especialidad del ámbito artístico, la previsión de especialidades en la condición de elector y elegible.

a) *Modificación del permiso de lactancia*

Mediante la *modificación del art. 37.3 ET* se trata de completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que tiene por fundamento la igualdad entre mujeres y hombres, estableciendo medidas de conciliación que deben servir para contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado.

En esta norma se procede a abordar una modificación del permiso de lactancia con la finalidad de mejorar los términos del ejercicio del derecho y a la vez se refuerza y complementa el ya reconocido permiso parental.

En la actualidad el derecho a ausentarse queda condicionado a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con la empresa. La modificación del artículo 37.4 ET elimina estas restricciones, convirtiendo todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras.

Con ello, se avanza en la mejora y se incrementa el nivel de reconocimiento y protección de los permisos de conciliación, cumpliéndose por tanto la exigencia de un permiso parental retribuido, tal y como aparece en el artículo 8.3 en relación con el artículo 20.2 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

b) *Modificación del artículo 84 ET*

Se lleva a cabo una modificación del artículo 84 ET respecto a la regulación de la negociación colectiva en el ámbito de las Comunidades Autónomas, asegurando la prioridad aplicativa de los acuerdos o convenios de comunidad autónoma más favorables para las personas trabajadoras (se modifica el apartado 3, se introduce un nuevo apartado 4 y se renumera el anterior apartado 4 como apartado 5 del artículo 84).

La modificación del art. 84 ET por el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, si bien limitó al ámbito negocial autonómico la posibilidad de afectar a convenios colectivos estatales, introdujo importantes condicionantes, al dejar esta posibilidad al arbitrio de los propios acuerdos interprofesionales o convenio de ámbito estatal.

Con la modificación que se introduce en este RDL se procede a matizar la regulación actual de modo que, manteniéndose los requisitos de que los acuerdos y convenios autonómicos sean suscritos por los sujetos legalmente legitimados y la eventual limitación de regular algunas materias, estos acuerdos y convenios suscritos en el ámbito autonómico tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

No obstante, dicha prioridad aplicativa queda condicionada ahora exclusivamente a que la regulación de los convenios o acuerdos autonómicos resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales.

Se aclara en el nuevo diseño que la prioridad aplicativa de los convenios provinciales solo se produce cuando así se establezca mediante acuerdos de ámbito autonómico previsto en el artículo 83.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y siempre que su regulación sea más favorable y no se refiera a materias expresamente limitadas por la ley.

c) *Reglas especiales para elecciones a órganos de representación en el ámbito de las personas artistas.*

Se introduce una *nueva disposición adicional vigesimoctava ET* estableciendo reglas especiales en relación con las elecciones a órganos de representación en el ámbito de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad (incluidas en el ámbito de aplicación del RD 1435/1985, de 1 de agosto). En virtud de esta nueva disposición adicional vigesimoctava ET, y como excepción a lo dispuesto en el artículo 69.2 ET, dichas personas serán electoras cuando sean mayores de dieciséis años y elegibles cuando tengan dieciocho años cumplidos y siempre que, en ambos casos, cuenten con una antigüedad en la empresa de, al menos, veinte días.

Esta modificación normativa permite incrementar los niveles de participación en las elecciones a representantes de las personas trabajadoras y, además, trata de dar cumplimiento a la Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España, de 16 de junio de 2021, que, en relación con la reforma consistente en el desarrollo del Estatuto del Artista y fomento de la inversión, el mecenazgo cultural y participación, insta a que el futuro estatuto regule, entre otros aspectos, aunque de forma literal, la representatividad sindical, señalando que la implementación de la medida habría de estar terminada a más tardar el 31 de diciembre de 2022.

II. Reforma del nivel asistencial de la protección por desempleo

El artículo segundo se ocupa de la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, referida a la reforma del nivel asistencial de la protección por desempleo.

Se enmarca dentro del Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el que se incluye la Reforma 10, «Simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo», que tiene como propósito simplificar el funcionamiento del sistema y adecuar sus objetivos para dar más claridad, seguridad jurídica y facilitar la gestión, en especial respecto de los colectivos con mayor grado de vulnerabilidad y peores condiciones de empleabilidad. Teniendo en cuenta los objetivos descritos del citado plan, la presente norma pone en marcha las medidas necesarias para llevar a cabo la transformación que el mismo señala.

Esta reforma ha sido objeto de debate en el marco del diálogo social con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y ha culminado con la suscripción de un acuerdo con los sindicatos más representativos del país.

La modificación del nivel asistencial está directamente ligada con los objetivos previstos en la Reforma 10, que se concretan en:

— la simplificación de la regulación para permitir una mayor flexibilidad en el acceso y una minoración de las cargas administrativas de manera que se facilite al ciudadano y a las

empresas el conocimiento del mismo y la tramitación de las prestaciones, y se permita que el Servicio Público de Empleo Estatal implemente una mayor automatización de los subsidios de forma similar al de las prestaciones contributivas;

— la vinculación de esta protección con el acuerdo de actividad de forma que se incorpore a los beneficiarios, que ya son personas en situación de desempleo de larga duración, de forma prioritaria en programas y acciones que posibiliten su reinserción;

— el acceso garantizado a los servicios de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo a las personas beneficiarias del nivel asistencial de la protección por desempleo;

— la constitución de esta prestación complementaria como mecanismo de transición hacia la protección social, cuando la persona beneficiaria no se reincorpore al mercado laboral y se encuentre en situación de vulnerabilidad;

— la prevención de los riesgos de conflicto competencial con las comunidades autónomas, ya que, al regularse dentro del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se trataría de una prestación de Seguridad Social vinculada a la existencia de unas cotizaciones previas:

— la consolidación de un modelo que siga la línea del modelo de protección de los países de nuestro entorno, y con la posición en la materia del Consejo de Europa.

Esta reforma se lleva a cabo con la modificación de los artículos 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 286 y 287 en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introduciendo las disposiciones necesarias para la adecuación del mismo a los objetivos señalados:

1. Se aborda la revisión de las características básicas de la protección por desempleo en su nivel asistencial, de tal forma que amplía su nivel de cobertura eliminando lagunas de desprotección, simplifica y mejora los requisitos de acceso y mantenimiento a la misma y se garantiza a los beneficiarios de los subsidios el acceso a los itinerarios personalizados de empleo con el fin de mejorar su empleabilidad y fomentar de su inserción laboral.

2. Facilita a los ciudadanos el conocimiento de los procedimientos para atender las obligaciones contraídas en materia de desempleo.

3. Con carácter general, el colectivo destinatario del nuevo régimen será el de las personas desempleadas cuya situación guarda una relación directa con la pérdida inmediatamente anterior de un empleo, o el agotamiento de la prestación contributiva.

4. Las situaciones protegidas que no guardan relación directa con la pérdida de un empleo anterior, así como las medidas de protección de las personas que agoten los derechos previstos en el titulo III LGSS deben ser reconducidas hacia otros mecanismos de protección social, con el fin de simplificar el sistema de protección por desempleo.

   Como excepción, se mantiene el supuesto de acceso al subsidio de los españoles emigrantes retornados sin derecho a prestación contributiva, colectivo históricamente incluido en este ámbito de protección y no acogido expresamente en el ingreso mínimo vital.

Además, puesto que se deroga el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, a fin de mantener la protección que a través del mismo se dispensaba a las víctimas de violencia de género o sexual, se crea el subsidio por desempleo dirigido a este colectivo.

En ambos casos, se trata de garantizar que los colectivos afectados, protegidos en la actualidad en el ámbito de la protección por desempleo, no vean mermada su protección, en razón de su exclusión o distinto nivel de cobertura en otras fórmulas de protección social.

5. Se amplía la cobertura del nivel asistencial en algunos tramos de edad anteriormente excluidos, al permitir el acceso, por un lado, a los menores de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares siempre que hayan agotado una prestación contributiva de 360 días, y por otro, a quienes acrediten periodos cotizados inferiores a seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares.

6. Se reconoce el derecho a acceder al subsidio asistencial a las personas trabajadoras eventuales agrarias, anteriormente excluidas.

7. Se simplifican y mejoran los requisitos de acceso y mantenimiento:

   - se suprime el plazo de espera de un mes desde la fecha del agotamiento de la prestación contributiva,

   - se modifica la forma actual de considerar las responsabilidades familiares en los subsidios con cargas familiares, de manera que no se excluirá al solicitante por percibir rentas propias por encima del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, estableciendo la norma que existirán responsabilidades familiares cuando el total de rentas de la unidad familiar entre el número de personas que la forman, incluido el solicitante, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

   - se simplifica la duración de los subsidios de agotamiento de la prestación contributiva igualando la duración, con independencia de la edad, para el subsidio de agotamiento de la prestación contributiva con responsabilidades familiares;

   - se mantiene la duración del subsidio por cotizaciones insuficientes, proporcional al número de meses cotizados.

8. Se modifica la cuantía de los subsidios por agotamiento y de cotizaciones insuficientes, introduciendo una fórmula de cuantía decreciente, en tres tramos, y se elimina la deducción proporcional en función de las horas trabajadas a tiempo parcial y, por último, se incorpora a la regulación de la cuantía del subsidio por cotizaciones insuficientes para la prestación contributiva una previsión análoga a la establecida respecto a esta última para los supuestos de acceso desde una situación de reducción de jornada por nacimiento de hijo, guarda legal, víctimas de violencia de género, y demás regulados.

9. Se mejora la dinámica del derecho de los subsidios por agotamiento de la prestación contributiva, por cotizaciones insuficientes y para emigrantes retornados y víctimas de violencia de género o sexual, reconociéndolos por periodos trimestrales y exigiendo que los requisitos de carencia de rentas o de responsabilidades familiares se cumplan en el mes natural anterior a la fecha de

la solicitud inicial del subsidio y de cada una de sus prórrogas, sin que proceda la revisión del derecho para verificar si se mantiene durante los tres meses reconocidos.

10. El requisito de rentas o responsabilidades familiares se configura como requisito de acceso al derecho inicial y a cada una de las prórrogas o reanudaciones del subsidio, que se acreditará mediante «declaración responsable» de las rentas percibidas en el mes anterior. La veracidad de estos datos se constatará a posteriori mediante las correspondientes declaraciones tributarias. Si en la solicitud inicial o de alguna de las prórrogas del subsidio, el interesado hiciera ocultación de alguna renta, y ésta afectara a su derecho, una vez detectada, se declararán indebidamente percibidos los tres meses reconocidos tras dicha solicitud.

11. Se mantiene el subsidio de mayores de cincuenta y dos años cuya cuantía fija, no se modifica. Ello sin embargo queda compensado por la mayor duración de este subsidio y por las cotizaciones por la contingencia de jubilación, de las cuales carece el resto de los subsidios.

12. Se cambia la fórmula de compatibilidad de los subsidios previstos en el título III LGSS con el trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, estableciendo la compatibilidad durante un máximo de ciento ochenta días, en una o varias relaciones laborales, con el objetivo de no penalizar la reincorporación al trabajo.

    En estos supuestos de compatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta ajena, éste se percibirá como un complemento de apoyo al empleo, sin que cambie su naturaleza jurídica, siendo realmente una nueva forma de compatibilidad del subsidio con el trabajo.

    El cambio terminológico se hace necesario para distinguir esta nueva regulación de la compatibilidad de la anterior compatibilidad de las prestaciones y subsidios por desempleo con el trabajo a tiempo parcial, así como durante el periodo transitorio hasta la extinción de los subsidios reconocidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma.

    Esta medida se contempla también respecto de las prestaciones contributivas por desempleo, siempre que se hayan devengado nueve meses y que el derecho reconocido fuera igual o superior a doce meses, lo que será aplicable a las prestaciones reconocidas a partir de 1 de abril de 2025.

    También se regula los efectos sobre la cotización en los supuestos de compatibilidad de las prestaciones por desempleo con el trabajo a tiempo completo.

    Además, se establece la compatibilidad del subsidio con las percepciones económicas obtenidas por asistencia a acciones de formación profesional o en el trabajo o para realizar prácticas académicas externas que formen parte del plan de estudios.

13. Con el objetivo de reafirmar la vinculación de las prestaciones por desempleo con el seguimiento de medidas de inserción laboral, se introduce una nueva causa de suspensión de la prestación por desempleo y del subsidio, por interrupción del acuerdo de actividad.

14. Respecto de las medidas de reinserción laboral y mejora de la empleabilidad, el objetivo es articular una efectiva vinculación de los beneficiarios de los subsidios con las políticas activas de empleo, para la mejora de su empleabilidad y el fomento de la inserción laboral, mediante la suscripción del acuerdo de actividad a que se refiere el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, con seguimiento de los servicios de empleo competentes, como requisito

de acceso y durante todo el periodo de percepción del subsidio, que incluirá el cumplimiento de la búsqueda de empleo por parte de los beneficiarios.

La efectividad y eficacia respecto de las medidas de mejora de empleabilidad y reinserción laboral se evaluarán por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, como se recoge en la disposición adicional quincuagésima quinta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

15. Se aborda la unificación de la protección por desempleo de las personas trabajadoras eventuales agrarias, reconociendo su derecho al subsidio por desempleo y eliminando las restricciones anteriores sobre duración de la prestación contributiva y sobre cómputo recíproco de los periodos de ocupación cotizada como eventual agrario para el acceso al subsidio por desempleo por cotizaciones insuficientes. Para ello, se modifican los artículos 286 y 287 LGSS.

16. Se incluyen otros aspectos que actualizan la regulación de la protección por desempleo en general, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, mediante la modificación de los artículos 269, 271, 272, 283, 284, 295 y 299 LGSS.

Se abordan cuestiones como la ampliación del plazo de salida ocasional al extranjero, pasando a ser de treinta días en lugar de los quince días establecidos en la actualidad; la extinción de los derechos que estuvieran suspendidos durante seis años; la aplicación del artículo 283 LGSS durante los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos; así como la actualización del léxico del artículo 284, respecto de las situaciones protegidas de nacimiento y cuidado de hijos.

Se incorpora un tercer apartado al artículo 295 LGSS, con el fin de facilitar a los ciudadanos y a las empresas el cumplimiento de las obligaciones de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, atendiendo a la más reciente doctrina jurisprudencial.

Se establece la competencia de la entidad gestora sobre los fraccionamientos de las prestaciones indebidamente percibidas por parte de las personas beneficiarias, así como la posibilidad de acceder a su compensación parcial con las nuevas prestaciones que pudieran reconocerse a la persona deudora.

Se considera especialmente importante establecer una regulación propia de ambos procedimientos en este real decreto-ley que, si bien es de alcance general, favorecerá en mayor medida a las personas beneficiarias del subsidio por desempleo, de cuantía más reducida, acomodando el cumplimiento de su obligación de reintegro a un procedimiento de descuentos parciales sobre el subsidio reconocido.

En este sentido, se considera urgente actualizar y completar la regulación de los distintos procedimientos en la materia que se inició por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, o, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, en cuanto al de reintegro de prestaciones indebidas.

Los procedimientos de fraccionamiento y compensación parcial, que se venían aplicando con carácter residual en la gestión del Servicio Público de Empleo Estatal, se han incrementado paralelamente a la gestión y revisión de los expedientes de reintegro de prestaciones indebidas derivadas de ERTE COVID-19 lo cual hace necesaria su inclusión en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

17. Las disposiciones adicionales que se incorporan al texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, por un lado, refuerzan la garantía de acceso al itinerario o plan personalizado que facilite el acceso al empleo y la mejora de la empleabilidad de las personas beneficiarias del subsidio y prevén una evaluación ex post, específica sobre los resultados alcanzados, que deben servir para tomar decisiones y adecuar la regulación normativa, y por otro lado, inician la ejecución de una de las medidas recogidas en los Planes Integrales de Desarrollo Socioeconómico de las ciudades de Ceuta y Melilla.

    Así mismo, rematan la reforma del nivel asistencial, la regulación del acceso al subsidio, en dos nuevas disposiciones adicionales, de los colectivos siguientes: de una parte, los emigrantes españoles que obtienen protección inmediata tras su retorno a España, y, de otra parte, las víctimas de violencia de género o sexual.

    Por último, completan la regulación del régimen de compatibilidad aplicable a las prestaciones por desempleo y los efectos de la compatibilidad del trabajo a tiempo completo en cuanto a la cotización que corresponde abonar a la entidad gestora.

III. Trabajo flexible en las Administraciones Públicas

El artículo tercero introduce una *modificación puntual en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, para incluir de manera expresa las fórmulas flexibles de empleo como ejercicio efectivo del derecho a la conciliación respecto de los cuidadores.

A tal fin, se modifica el artículo 47 EBEP, a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

Las fórmulas de trabajo flexible, junto con el resto de las medidas en materia de jornada, derivan de la potestad autoorganizativa de las Administraciones Públicas y se encuentran previstas en los instrumentos de regulación de la jornada de cada Administración. Con esta modificación se viene a dotar a estas medidas de conciliación de base jurídica legal, para garantizar la uniformidad en la aplicación de estos instrumentos, así como prever su aplicación con carácter básico a los cuidadores que, en los términos de la directiva, serán aquellos empleados públicos que dispensen cuidados a una persona que conviva en el mismo domicilio y necesite o cuidados por un motivo médico grave.

Así, el nuevo art. 47 EBEP establece que las Administraciones Públicas adoptarán medidas de flexibilización horaria para garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados públicos que tengan a su cargo a hijos e hijas menores de doce años, así como de los empleados públicos que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas que convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos.

IV. Empleo de las personas trabajadoras desempleadas de larga duración o de más edad y garantía de servicios para personas beneficiarias mayores de cuarenta y cinco años

La disposición adicional primera establece un conjunto de medidas dirigidas a los trabajadores mayores:

— En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará en el marco del diálogo social una Estrategia global para el empleo de personas trabajadoras en desempleo de larga duración o de más edad que incluirá medidas en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y Seguridad Social, con el objetivo de favorecer su reincorporación al mercado de trabajo o su mantenimiento en el mismo.

— Dentro de los fondos presupuestarios que se distribuyan anualmente a las Comunidades Autónomas en la Conferencia de Empleo y Asuntos Laborales, se reservará una cantidad para ser invertida en políticas activas de empleo en favor de personas mayores de cincuenta y dos años.

— A las personas beneficiarias del subsidio por desempleo, mayores de cuarenta y cinco años, se les garantizará que, a lo largo de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, se les elabore un perfil individualizado, que les permita acceder a oportunidades de empleo, emprendimiento o formación.

V. Modificaciones en el ingreso mínimo vital

Destaca la disposición final cuarta que lleva a cabo las *modificaciones necesarias en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital*, con el objeto de que la regulación del subsidio por desempleo y la del ingreso mínimo vital guarden la necesaria coherencia:

En concreto, se introduce un nuevo apartado 5.º en la letra f) del apartado 1, del artículo 20, con el objeto de excluir de las rentas computables el subsidio no contributivo por desempleo, cuando a la fecha de solicitud de la prestación se hubiera extinguido.

También se modifica el concepto de pareja de hecho para homogeneizar dicho concepto en la regulación de ambas prestaciones.

Habida cuenta que se eliminan las particularidades de acceso al subsidio por desempleo hasta el momento previstas para el colectivo de personas liberadas de prisión, se introducen las modificaciones necesarias en el régimen jurídico de la prestación de ingreso mínimo vital que atienden a las particularidades de este colectivo.

Se añade una nueva disposición adicional duodécima, para regular un procedimiento que, a través de la colaboración entre la entidad gestora del subsidio por desempleo y la del ingreso mínimo vital, permita tramitar la prestación de ingreso mínimo vital eliminando cargas administrativas a aquellas personas que agoten el periodo máximo de percepción de los subsidios por desempleo sin haberse reinsertado a una relación laboral –y, en su caso, a su unidad de convivencia– en aquellos supuestos en los que previo el consentimiento de las personas interesadas, a través de los datos que proporcione la entidad gestora del subsidio por desempleo, la cumplimentación del modelo de declaración responsable establecido al efecto, y la comprobación de requisitos por la entidad gestora del ingreso mínimo vital sin requerir la aportación de datos o documentos a las personas interesadas, ésta pueda dictar resolución sobre el derecho a la prestación. Todo ello, sin perjuicio del derecho que asiste al resto de las personas interesadas, a solicitar la prestación a través de la solicitud prevista en el artículo 27 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre. Para esta medida se establece una entrada en vigor de seis meses, desde su publicación en el BOE.

VI. Otras reformas

En las disposiciones adicionales, transitorias y finales se incluyen una serie de medidas diversas y modificaciones de aquellos textos normativos respecto de los cuales es necesario adaptar algunas de sus disposiciones para guardar la debida coherencia y complementariedad con las modificaciones legislativas realizadas. También se establecen normas relativas al régimen aplicable con carácter transitorio necesario en determinados supuestos.

Dentro de este conjunto de medidas se puede destacar:

— La reducción del número mínimo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de trabajadores eventuales agrarios residentes en el territorio de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura (disposición adicional quinta).

— La modifica del procedimiento de comunicación previsto en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, que se llevará ante el Servicio Público de Empleo Estatal, de forma electrónica a través de Certific@ (disposición final tercera). Paralelamente, se modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social para establecer la consecuencia de la falta de comunicación por parte de los obligados (disposición final primera).

— Se incorporan dos nuevos artículos en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, que, desarrollan la nueva previsión del artículo 295 LGSS (reintegro de pagos indebidos). Su objetivo es facilitar a las personas trabajadoras más vulnerables, muchos de ellas perceptoras de prestaciones por desempleo de nivel asistencial, la devolución a la entidad gestora de las cantidades adeudadas como consecuencia de la percepción indebida de prestaciones por desempleo, a través del fraccionamiento de su pago, así como de la compensación parcial de dichas cantidades con los nuevos derechos reconocidos. Así, a través de la disposición final séptima, se añaden al RD 625/1885 el art. 33 bis Fraccionamiento del pago de las deudas derivadas de la percepción indebida de prestaciones por desempleo, y el artículo 34 bis Compensaciones parciales de las prestaciones por desempleo.

— *Medidas de control de la capitalización de prestaciones por desempleo*: La disposición final octava modifica el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo, contemplando medidas para reforzar el control en el supuesto de capitalización de prestaciones por desempleo.

— *Modificaciones en la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de Andalucía y Extremadura*: La disposición final novena modifica el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de Andalucía y Extremadura: supone la simplificación y mejora en el ámbito territorial específico de protección por desempleo, y, en línea

con el objetivo de esta reforma, unifica las condiciones de acceso con las contenidas en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, respecto de las personas que acrediten trabajos realizados en el marco del Programa de Fomento del Empleo Agrario.

VII. Derogaciones (disposición derogatoria única):

Derogación del subsidio extraordinario por desempleo y del programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (queda derogada la disposición adicional vigésima séptima LGSS)-

Derogación del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

1.2. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-Acoso sexual. Real Decreto 247/2024, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos (BOE 20-03-2024)

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres prohíbe expresamente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y define estas conductas (artículos 7, 8, 48 y 62). Establece específicamente en su artículo 62 y disposición final sexta, el compromiso de las Administraciones Públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Por otra parte, el artículo 95.2.b) de la Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable a las empleadas y empleados públicos que trabajen en la Administración General del Estado (AGE) tipifica como falta muy grave toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral.

Atendiendo a la obligación establecida en el artículo 62 de la citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Protocolo se negoció en la «Comisión Técnica para la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres», dependiente de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, siendo aprobado por Acuerdo de 28 de febrero de 2024 de dicha Mesa General.

Cumplido así el primer requisito establecido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en cuanto que dicho Protocolo ha sido negociado convenientemente según lo previsto en la estructura de negociación colectiva de la Administración General del Estado, la aplicación efectiva del mismo está supeditada a su tramitación por el procedimiento y mediante el instrumento jurídico que determina la disposición final sexta, que es el de real decreto.

Este real decreto, por tanto, como resolución de carácter particular adoptada por el Consejo de Ministros, previa negociación en la Comisión Técnica para la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres y posterior acuerdo por la Mesa de Negociación de la Administración General del Estado, es el instrumento a través del cual se procede a la aprobación formal del «Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a ella», en cumplimiento de lo previsto en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Igualmente, de conformidad con la ya citada disposición final sexta, la aplicación del protocolo tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto.

1.3. EMPLEO

-Profesiones reguladas. Real Decreto 435/2024, de 30 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones (BOE 01-05-2024).

En el marco de la libre prestación de servicios, el libre establecimiento y la movilidad de los profesionales, la Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, tiene como objetivo establecer un marco común para efectuar las evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las existentes, de forma que todos los Estados miembros utilicen el mismo test al realizar la evaluación a que les obliga la normativa europea sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, todo ello con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior a la vez que se garantiza la transparencia y un nivel elevado de protección de los consumidores y las consumidoras.

Dicha directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

La técnica del test de proporcionalidad que introduce esta directiva, y que recoge el referido real decreto, busca que las autoridades efectúen un ejercicio de reflexión sobre las regulaciones que se introducen en materia de profesiones, al fin y efecto de garantizar que estas sean justificadas y proporcionadas y no mero fruto de la inercia o de la aplicación de soluciones genéricas y por tanto desapegadas del caso concreto de la profesión regulada.

Para garantizar esto, es una exigencia tanto de la directiva como del real decreto aludidos que las autoridades competentes para la regulación velen por que la evaluación se realice de manera objetiva e independiente.

Se ha detectado que los códigos deontológicos de los colegios profesionales de ámbito nacional y de los consejos generales pueden aprobarse por parte de estas corporaciones sin ningún visado ajeno, a pesar de su potencialidad para imponer regulaciones sobre el ejercicio profesional. La Comisión Europea, en su dictamen motivado de 15 de febrero de 2023, consideró que los colegios profesionales actúan, en cierta medida, como autoridades reguladoras. Indicó que el artículo 4.5 del

Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, no ofrecía garantía de que los colegios profesionales llevasen a cabo dicha evaluación de proporcionalidad de manera objetiva e independiente.

Para responder a esta situación, se considera imprescindible mejorar la adecuación normativa a la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018 a través de la modificación del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio.

Por esta razón, este real decreto modifica el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, para incorporar la evaluación de proporcionalidad de los códigos deontológicos realizada por los colegios profesionales de ámbito estatal y los consejos generales. En consecuencia, se atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en su calidad de organismo independiente– el deber de evacuar un informe preceptivo y no vinculante sobre las propuestas de códigos deontológicos y las evaluaciones de proporcionalidad remitidas por los colegios profesionales de ámbito nacional y de los consejos generales con carácter previo a su aprobación.

Si bien el informe que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realice no será vinculante para el colegio profesional o el consejo general remitente de la correspondiente propuesta de código deontológico y su evaluación de proporcionalidad, las corporaciones proponentes sí que deben motivar por qué no acogen las eventuales observaciones que se formularan en dicho informe de evaluación.

En concreto, la modificación del Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, consiste fundamentalmente en la incorporación de una nueva redacción de la disposición adicional primera con el contenido descrito (con la consiguiente remuneración de las disposiciones adicionales).

-Sistema Nacional de Empleo. Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 01-05-2024)

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, regula los servicios garantizados, directamente ligados a la mejora e innovación en el corazón de la política de empleo. En particular, el título IV de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, define un Catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo (artículo 56), un Catálogo de servicios garantizados a personas, empresas y demás entidades empleadoras (artículo 57) y una Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y carteras propias (artículo 61) para reforzar el vínculo de los servicios públicos de empleo con las personas, empresas y demás entidades empleadoras e impulsar la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

Este real decreto regula la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo en la que se recogen los servicios garantizados establecidos en el título IV de la Ley de Empleo, tanto los dirigidos a las personas como a las empresas.

Esta Cartera Común de Servicios tiene como objetivo desarrollar el marco normativo común contenido en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y una oferta integral y permanente de servicios comunes para el empleo atendida por un cuerpo profesionalizado y estable del personal técnico. Si bien es posible que los servicios públicos de empleo, en su ámbito competencial, regulen carteras propias, pudiendo incorporar en sus carteras de servicios aquellos servicios complementarios y actividades no contempladas en la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

En cuanto al contenido de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, estará integrada por los servicios de orientación para el empleo personalizada, integral e inclusiva, de intermediación, colocación y de asesoramiento a las empresas, de formación en el trabajo y de asesoramiento para el autoempleo, el emprendimiento viable y la dinamización del desarrollo económico local.

Para cada uno de dichos servicios se establece su objeto, así como las actividades que contempla, que deberán prestarse como mínimo para las personas usuarias de los servicios públicos de empleo, desempleadas u ocupadas, así como las empresas independientemente de su forma jurídica.

Este real decreto se estructura en seis capítulos, ocho disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales:

— El capítulo I (artículos 1 a 5) contiene las «disposiciones generales» y establece los objetivos de la norma y su ámbito de aplicación, así como las definiciones de los conceptos desarrollados a lo largo de la norma, los principios que regirán la prestación de los servicios garantizados plasmados en la misma y las personas, empresas y entidades usuarias de la Cartera Común de Servicios.

— El capítulo II (artículos 6 a 9) desarrolla el concepto de «demanda de empleo y servicios», incluida la previsión de la adquisición de la condición de persona demándate de servicios de empleo. Asimismo, incluye una lista cerrada de situaciones de la demanda, con una breve descripción de cada una de ellas, así como los trámites de la demanda.

— El capítulo III (artículos 10 a 37), referente a los servicios garantizados y compromisos en el ámbito del Sistema Nacional de Empleo, regula: 1.º, la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, que incluye los servicios de orientación para el empleo personalizada, integral e inclusiva, los servicios de intermediación, colocación y asesoramiento a empresas, los servicios de formación en el trabajo y los servicios de asesoramiento para el emprendimiento viable; 2.º, las Carteras de Servicios de los servicios públicos de empleo, referidas a los servicios complementarios no contemplados en la Cartera Común y que podrán ser incorporados por los servicios públicos de empleo a sus propias carteras de servicios; 3.º, los compromisos de las personas demandantes de servicios de empleo, por un lado, y los compromisos a asumir por de las personas, empresas y demás entidades empleadoras, por otro.

— El capítulo IV (artículos 38 a 44) se refiere a la prestación de los servicios de la Cartera Común y a la prestación de los servicios garantizados por el artículo 56 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, que, en todo caso, garantizará un expediente laboral personalizado único, la existencia de un canal presencial o digital alternativo de recepción de los servicios y la búsqueda de la protección social precisa que permita el mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación.

— El capítulo V (artículos 45 a 47) contempla el «Acuerdo de actividad» y desarrolla cómo se realizará su suscripción, así como toda la regulación referente al seguimiento y cumplimiento del mismo, con especial mención al suscrito por personas solicitantes o perceptoras de prestaciones o subsidios por desempleo.

— Por último, el capítulo VI (artículos 48 y 49), regula la financiación, así como la evaluación y actualización de los servicios de la Cartera Común.

Las disposiciones adicionales contienen previsiones sobre el personal que presta los servicios garantizados; la Red de Centros Públicos de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo; el aseguramiento de la calidad en la prestación de los servicios; el acceso de las personas con discapacidad; las cuentas de aprendizaje individuales; las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad en el marco del Sistema de Formación en el Trabajo; a la adaptación de las referencias a la «Formación en el Trabajo» a la regulación que resulte de la Ley de la Formación en el trabajo; y a la inscripción de las personas extranjeras cuyas autorizaciones estén en tramitación.

La disposición transitoria única se refiere a la transformación del compromiso de actividad regulado en el regulados en el Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, en el acuerdo de actividad regulado en este real decreto.

Por su parte, la disposición derogatoria única refiere la normativa a la que este real decreto sustituye. Por último, en las disposiciones finales se hace una referencia a los títulos competenciales, a las facultades de desarrollo del real decreto, y a su entrada en vigor.

1.4. FORMACIÓN PROFESIONAL

-Cataluña. Resolución PRE/735/2024 del Departamento de la Presidencia, de 7 de marzo, por la que se regula el servicio de acreditación de competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral u otras vías no formales o informales, financiado por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Unión Europea NextGenerationEU (DOGC 18 de marzo de 2024)

Esta Resolución regula «el servicio de acreditación de competencias profesionales, mediante el que se acreditan las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral u otras vías no formales o informales», establecidas en su anexo, así como deja «sin efecto la Resolución PRE/350/2022, de 16 de febrero, por la que se establece y se inicia el servicio de acreditación de competencias profesionales, mediante el que se acreditan las competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral o la formación no reconocida oficialmente, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado por la Unión Europea–NextGenerationEU».

Su anexo se dedica a «regular el procedimiento de acreditación de competencias profesionales adquiridas por la experiencia laboral u otras vías no formales o informales, que constituye un procedimiento administrativo abierto de forma permanente, de acuerdo con el Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional y la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo de ordenación e integración de la Formación Profesional».

1.5. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

-Personal directivo profesional. Orden TDF/379/2024, de 26 de abril, para la regulación de especialidades de los procedimientos de provisión de puestos del personal directivo público profesional y las herramientas para su gestión en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE 30-4-2024).

La regulación del personal directivo público profesional en la Administración del Estado se considera un elemento esencial para la modernización administrativa, que permitirá avanzar en la reforma y transformación de la Administración. Así, se incluyó en el componente 11 sobre la modernización de las Administraciones públicas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021.

En este marco, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, en su libro segundo, de medidas legislativas urgentes en materia de función pública, adoptó un modelo de personal directivo público orientado a garantizar que la gestión profesional y su desempeño estén sujetos a estándares de eficacia, eficiencia, responsabilidad y control de resultados basados en los objetivos asignados.

El artículo 125.2 del citado real decreto-ley establece que el departamento ministerial competente en materia de función pública dictará las normas necesarias para adaptar los procedimientos de provisión al nombramiento de personal directivo.

Con esta orden ministerial se establecen reglas concretas que, dentro del marco general de provisión de puestos, regulen el acceso a los puestos de personal directivo público, articulando herramientas de gestión de estos puestos y de atracción del talento para el servicio público.

-Planificación de recursos humanos. Orden TDF/380/2024, de 26 de abril, sobre planificación estratégica de los recursos humanos de la Administración del Estado (BOE 30-4-2024)

La necesidad de abordar una reforma de la Administración y del empleo público constituye un compromiso contemplado en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El cumplimiento de este compromiso requiere una revitalización de los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos, la garantía de la efectividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la transparencia y agilidad de los procesos selectivos, la regulación de la evaluación del rendimiento con arreglo a un marco basado en las competencias y el desarrollo de la figura del personal directivo público profesional.

Todos estos elementos se han abordado en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

En este sistema de reformas en materia de función pública, la planificación estratégica de recursos humanos se constituye como el principal instrumento para alinear los objetivos de la administración y sus políticas públicas, con las necesidades de personal, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.

El objeto de esta orden es dictar normas y directrices para la elaboración de planes e instrumentos de planificación estratégica de recursos humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Asimismo, esta orden tiene por objeto delimitar las actuaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública en relación con la planificación estratégica de los recursos humanos.

La planificación estratégica de los recursos humanos se llevará a cabo a través de los siguientes tipos de planes: a) Planes de ámbito general de función pública. b) Planes específicos. c) Planes de reestructuración de sectores concretos.

Estos planes serán objeto de negociación colectiva previa en los ámbitos correspondientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.5 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

La Disposición Transitoria única establece que los planes específicos y el plan general que se desarrollen en 2024 tendrán carácter de proyectos piloto, e informarán la oferta de empleo público del año 2025. Los planes del año 2025 servirán para la implantación plena del modelo y oferta de empleo público del año 2026.

1.6. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN

-Real Decreto 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE 27-3-2024)

Mediante las modificaciones que lleva a cabo este Real Decreto se adoptan una serie de medidas de mejora en la gestión recaudatoria y de liquidación de la Seguridad Social:

1. *Reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.*

Se modifica el artículo 80 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que regula el procedimiento para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

El apartado 4 del artículo 80 posibilita que el sujeto obligado pueda solicitar el establecimiento de diversos plazos reglamentarios para el reintegro de las cantidades adeudadas, si bien, su concesión se vincula a la discrecional apreciación por el órgano competente para resolver de que la situación económica y demás circunstancias concurrentes impidan efectuar su reintegro en el plazo indicado en la reclamación.

La experiencia adquirida en la práctica de gestión con relación a este procedimiento de reclamación de prestaciones indebidamente percibidas aconseja eliminar este factor de discrecionalidad en la resolución sobre las solicitudes de fraccionamiento del pago de las cantidades adeudadas, posibilitando su concesión en cualquier caso en que sea solicitado por el interesado.

De otra parte, se considera necesario atenuar los supuestos que dan lugar a entender revocada la autorización para el pago fraccionado, disponiendo que cabrá entender revocada dicha autorización únicamente cuando se produzca la falta de ingreso del importe correspondiente a tres de los plazos de

fraccionamiento concedidos, en lugar de cuando concurra la falta de pago de uno solo de los plazos, conforme establece la regulación vigente.

2. *Información sobre las cuentas corrientes objeto de embargo y Segunda subasta de los bienes embargados*.

Asimismo, son objeto de modificación los artículos 90 y 120 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, al objeto de adecuar dichos preceptos a las recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas relativas a, respectivamente, la conveniencia de completar la información sobre las cuentas corrientes objeto de embargo y permitir la celebración de una segunda subasta de los bienes embargados a un tipo inferior al de la primera.

3. *Sistema de domiciliación en cuenta abierta.*

Se modifica, también, la disposición adicional octava del mismo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, a fin de ampliar los supuestos en que el pago de las cuotas ha de realizarse mediante el sistema de domiciliación en cuenta abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social, incorporando a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, durante los periodos de inactividad, así como a los sujetos responsables del pago de la cuota correspondiente al convenio especial con la Seguridad Social, con determinadas excepciones, estableciéndose un amplio plazo para la comunicación de la cuenta bancaria para los sujetos a los que resulte de aplicación la nueva obligación que ya se encontrasen en situación de alta en la Seguridad Social.

Los sujetos afectados por esta reforma disponen hasta el último día del sexto mes natural inmediatamente posterior al de la entrada en vigor de la norma (que se inicia el 1 de julio de 2024, en este caso) para comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social la cuenta bancaria en la que han de domiciliarse los correspondientes pagos.

4. *Aplicación de la cotización adicional de solidaridad: Reforma del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.*

Se modifica, asimismo, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre), al objeto de incorporar la regulación necesaria para hacer posible la aplicación de la cotización adicional de solidaridad a que se refiere el artículo 19 bis LGSS, incorporado a dicho texto por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Se incorpora una nueva subsección 6.ª en la sección 10.ª del capítulo II del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre («Subsección 6.ª Cotización adicional de solidaridad. Artículo 72 bis. Normas para la aplicación de la cotización adicional de solidaridad).

En esta nueva norma se establece que la cotización adicional de solidaridad con relación a las retribuciones a que se refiere el artículo 19 bis LGSS se aplicará a la diferencia resultante entre el importe de la base máxima de cotización por contingencias comunes aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y el importe de la base de cotización superior a aquella que, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 LGSS les hubiera correspondido de no existir esa base máxima, si se hubiesen aplicado

las reglas de cotización a la retribución percibida durante el período de liquidación correspondiente al mes en que se hayan devengado las mencionadas retribuciones, con arreglo a los tramos y porcentajes fijados legalmente.

La distribución del tipo de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador mantendrá la misma proporción que la distribución del tipo de cotización por contingencias comunes.

Lo dispuesto en este apartado se aplicará, asimismo, en los términos indicados, en aquellos supuestos en los que la cotización a la Seguridad Social se realice mediante bases o cuotas de cotización fijas.

El plazo reglamentario de ingreso de la cotización adicional de solidaridad finalizará el último día del mes siguiente a aquél en que deban abonarse las retribuciones a las que se refiere el artículo 19 bis LGSS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 29.2 LGSS, las empresas deberán comunicar por medios electrónicos a la TGSS los datos identificativos de los trabajadores afectados por esta cotización adicional, así como el periodo en que deban abonarse las retribuciones, el importe de las retribuciones que determinen una base de cotización que supere la base máxima de cotización aplicable y el importe de las bases de cotización comprendidas entre la base máxima y la determinada por las retribuciones computables a estos efectos.

Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de estas obligaciones. Sin perjuicio de ello, la TGSS ejercerá sobre esta cotización adicional de solidaridad las facultades de comprobación a las que se refiere el artículo 36.1 LGSS, con base en los datos disponibles en cada momento y que permitan recalcular las correspondientes liquidaciones de cuotas.

5. *Ampliación del plazo de presentación de documentos para autónomos societarios*.

Se establece un nuevo plazo, que vence el 30 de junio de 2024, a fin de que los trabajadores que, en la fecha de entrada en vigor de este real decreto, figuren en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, como trabajadores por cuenta propia incluidos en el grupo primero de cotización, y que, por las peculiaridades de su inclusión en ambos, deban aportar cualquiera de los datos relacionados en los párrafos 1.º a 8.º del artículo 30.2.b) del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y que no los hubiesen comunicado con anterioridad al 1 de noviembre de 2023, procedan a la comunicación de los referidos datos a la Tesorería General de la Seguridad Social.

-Orden de cotización. Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024 (BOE 28-03-2024). [Corrección de erratas en BOE 03-04-2024]

La situación de prórroga presupuestaria automática desde el 1 de enero de 2024 (derivada de la aplicación del art. 134.4 CE y del artículo 38 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) determina que sigue siendo de aplicación el artículo 122 de la LPGE para el año 2023, que estableció las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por

cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, y que se prorrogan durante el año 2024.

En este contexto se articuló la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024.

Pero una vez aprobado el Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024, con efectos desde el 1 de enero de 2024, esta orden actualiza el tope mínimo de la base de cotización a la Seguridad Social en cada uno de sus regímenes conforme al salario mínimo interprofesional aprobado para este año 2024.

De esta manera, esta orden modifica parcialmente la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, en aquellos preceptos que contienen importes vinculados directamente al salario mínimo interprofesional, así como los importes de la base mínima superiores, de forma que se incrementen en la misma proporción de dicha subida.

Por otro lado, se subsanan unos errores advertidos en la redacción del artículo 31 de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, en cuanto a la referencia a las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las bases de cotización por conceptos de recaudación conjunta, previsión recogida en el apartado once.1 del artículo 122 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, así como en la subdivisión en apartados de dichos conceptos.

Se corrige, en el apartado 2 del artículo 45 de la orden, una referencia incorrecta al Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Por último, se incorpora un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la orden, con el fin de regular los efectos relacionados con la cotización derivados del apartado 11 de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS, ya que resulta imprescindible regular la cotización en los casos de concurrencia en un mismo mes de periodos simultáneos o sucesivos de realización de prácticas formativas reguladas en esta disposición adicional con las situaciones de alta o asimilada al alta con obligación de cotizar.

-Recaudación. Resolución de 19 de abril de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 16 de julio de 2004, sobre determinación de funciones en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social (BOE 27-4-2024).

El apartado 4 del artículo 80 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio), en el que se regula la gestión recaudatoria del reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, contempla la atribución competencial a los directores de administración de las direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social para resolver las solicitudes relativas al establecimiento de plazos reglamentarios para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, distintos del contemplado con carácter general en la correspondiente reclamación de deuda, hasta un máximo de 60 meses.

Pero dicha atribución ha sido modificada por el apartado uno del artículo primero del RD 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la

Seguridad Social, aprobado por el RD 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, tanto para eliminar la discrecionalidad en la resolución de las solicitudes para el establecimiento de diversos plazos reglamentarios para el reintegro, que han pasado a constituir solicitudes para el fraccionamiento de su pago, cuya concesión se posibilita en cualquier caso en que sea solicitado, como para atenuar los supuestos en que puede entenderse revocada la autorización del pago fraccionado, que únicamente se producirá cuando no se ingrese el importe correspondiente a tres de los plazos de fraccionamiento concedidos, en lugar de por la falta de pago de uno solo de ellos.

La reforma efectuada en el apartado 4 del artículo 80 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social ha determinado, asimismo, que los plazos de fraccionamiento para el pago del reintegro de prestaciones indebidas, cuyo establecimiento corresponderá a los órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social que determine esta Dirección General, tengan un importe mínimo de 100 euros mensuales y un límite de cinco años, plazo máximo que coincide con el anteriormente establecido.

Por todo ello, mediante esta Resolución se modifica la instrucción tercera de la Resolución de 16 de julio de 2004, al objeto de acomodarla a la nueva regulación del artículo 80.4 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

1.7. CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL: PERÍODOS DE PRÁCTICAS FORMATIVAS

-Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor (BOE 1-5-2024).

En la nueva disposición adicional quincuagésima segunda LGSS (incorporada por el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones) se regula la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas y prácticas académicas externas incluidas en programas de formación.

En su apartado 8 (modificado por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio), dicha disposición adicional establece que las personas a las que se refiere que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación en ella indicada podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas que hubieran realizado antes de esa fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de cinco años (antes de la modificación se establecía un máximo de dos años).

Con respecto a las prácticas formativas de carácter remunerado, debe tenerse en cuenta que su realización ya ha determinado la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los alumnos a los que se refiere la citada disposición adicional quincuagésima segunda desde el 1 de noviembre de 2011; por ello, en tales casos los periodos de formación a reconocer y computar mediante el convenio especial han de ser los que se hubieran realizado antes de esa fecha, sin perjuicio

de que, si esas personas hubieran suscrito el convenio especial regulado en la disposición adicional primera del citado real decreto, el período máximo a reconocer y computar por el nuevo convenio estará constituido por la diferencia entre los cinco años previstos con carácter general y el período que ya fue reconocido y computado en virtud del anterior convenio especial.

Mediante esta orden se dictan las normas necesarias para dar cumplimiento a las previsiones legales contenidas en el apartado 8 de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS y en el apartado 2 de la disposición final undécima del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre. Así, se establecen las condiciones, el plazo y las normas de procedimiento para la suscripción de este convenio especial, a efectos de poder computar la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas, en ella reguladas, que se hubieran realizado antes de su entrada en vigor.

El ámbito de aplicación de esta orden se extiende a las personas que, con anterioridad a las fechas indicadas en el apartado 2 de este artículo, hubieran realizado las prácticas formativas que se determinan en el apartado 1 de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS:

a) Como alumnos universitarios, tanto para la obtención de las titulaciones oficiales correspondientes como para la obtención de títulos propios de las universidades, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.

b) Como alumnos de formación profesional, salvo cuando las prácticas se hubieran prestado en el régimen de formación profesional intensiva.

c) Como alumnos de enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo.

En el caso de prácticas no remuneradas, su realización deberá haberse producido con anterioridad al 1 de enero de 2024, fecha de entrada en vigor de la disposición adicional quincuagésima segunda LGSS.

En el caso de prácticas remuneradas, su realización deberá haberse producido con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta orden podrán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la suscripción del convenio especial en ella regulado, por una única vez, a fin de posibilitar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de prácticas realizados, hasta un máximo de 1.825 días.

En el supuesto de prácticas remuneradas realizadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2011, si los solicitantes del convenio ya hubieran suscrito el convenio especial regulado en la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, el período máximo de prácticas a reconocer y computar por el nuevo convenio estará constituido por la diferencia entre 1.825 días y el número de días que ya fueron reconocidos y computados en virtud del anterior convenio especial.

No podrán suscribir el convenio especial los pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, salvo en los supuestos relativos a la percepción de tales prestaciones en que el artículo 2.2 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, permite su suscripción.

En la disposición final primera de esta orden se modifica, asimismo, el artículo 4.2 y el párrafo b) del apartado 2.1 del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, relativos, respectivamente, a la formalización del convenio y a la base promedio que puede elegirse para cotizar al mismo, al objeto de agilizar la gestión en dicha materia.

1.8. OTRAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. Resolución de 5 de marzo de 2024, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social (BOE 12-03-2024)

Conforme a lo establecido en el art. 130 LGSS y la Resolución de 23 de febrero de 2016, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó la Resolución de 14 de enero de 2022, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social, con una triple finalidad, primero, para que en determinados procedimientos cuya tramitación no se encontrase totalmente automatizada, como son los relativos a las prestaciones de jubilación en su modalidad contributiva, de muerte y supervivencia, y de nacimiento y cuidado de menor, se pudiera adoptar la resolución correspondiente de forma automatizada; segundo, para fijar los criterios que han de presidir el sistema de reparto de expedientes y su asignación a las direcciones provinciales; y tercero, para establecer las reglas especiales conforme a las cuales se determina la competencia para resolver los expedientes de pensiones en los que sea de aplicación un instrumento internacional de coordinación de Seguridad Social.

Posteriormente se llevaron a cabo diversas modificaciones y se han desarrollado los instrumentos informáticos necesarios para poder aplicar, también, las previsiones relativas a la adopción de resoluciones de forma automatizada utilizando como sistema de firma el sello electrónico de la entidad, a los procedimientos correspondientes a las prestaciones de pago directo de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, corresponsabilidad en el cuidado del lactante, prestaciones familiares de pago único y seguro escolar.

También es necesario actualizar la regla especial de atribución de competencias con la finalidad de aplicar el principio de especialización a todas las direcciones provinciales, ampliando a todas ellas la competencia para la gestión de pensiones al amparo de normativa internacional.

Todo lo anterior implica la necesidad de modificar la Resolución de 27 de diciembre de 2022, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, y con la finalidad de recoger e incorporar estas nuevas cuestiones, se procede a dictar una nueva resolución, de tal manera que se recojan en un único cuerpo normativo las disposiciones vigentes sobre esta materia, evitando la dispersión normativa.

-Gestión informatizada. Orden HAC/296/2024, de 20 de marzo, por la que se regula el procedimiento telemático de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (BOE 08-04-2024).

La Orden EHA/567/2009, de 4 de marzo, por la que se regula el procedimiento telemático de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social ha debido ser actualizada y modificada en varias ocasiones.

Por ello se considera necesario promulgar una nueva orden para homogeneizar el procedimiento dentro del marco de mejora en la utilización de los recursos públicos, autorizar que las especificaciones técnicas de los ficheros informáticos comprensivos de las cuentas anuales, de la generación y envío de los mismos, de las relativas al fichero con el contenido del informe de auditoría y del resto de ficheros que intervienen en el procedimiento contradictorio a que da lugar la realización de las auditorías sobre las cuentas anuales, así como las condiciones de firma electrónica que intervienen en el procedimiento de rendición de las cuentas anuales que se definan por la Intervención General de la Administración del Estado a propuesta de la Intervención General de la Seguridad Social, se publiquen en el portal de la Administración Presupuestaria. También se actualizan las referencias normativas que se contienen en la misma.

Además, como novedad se incorpora un nuevo apartado en el artículo 3 para regular la puesta a disposición del Tribunal de Cuentas de las cuentas anuales formuladas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y sus centros mancomunados.

-Procedimientos administrativos. Gestión informatizada. Resolución de 23 de mayo de 2024, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se modifica la de 5 de marzo de 2024, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social (BOE 29-05-2024)

Esta Resolución modifica la de 5 de marzo de 2024 como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Moldavia, hecho en Madrid el 21 de julio de 2022, así como el Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Moldavia, hecho en Madrid, igualmente, el 21 de julio de 2022 (publicado en el BOE de 11 de mayo de 2024).

Es necesario modificar el anexo de la mencionada Resolución de 5 de marzo de 2024, para determinar la dirección provincial a la que se le atribuyen las competencias y actuaciones en los procedimientos de reconocimiento del derecho a las pensiones de jubilación en su modalidad contributiva, de muerte y supervivencia y de incapacidad permanente en las que sea de aplicación el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Moldavia.

1.9. SANIDAD

-Orden SND/496/2024, de 20 de mayo, por la que se crean diversas categorías de personal estatutario en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (BOE 27-05-2024).

Mediante esta Orden se aprueba la creación de nuevas categorías de personal estatutario en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), hasta ahora no existentes en las plantillas orgánicas de sus instituciones sanitarias, que permitan la incorporación de profesionales, capacitados adecuadamente y que cuenten con las titulaciones oportunas, para dar respuesta a las diferentes necesidades y desafíos, y poder dar cobertura a una mayor cartera de servicios. Además, se regulan sus requisitos generales de acceso, sus funciones, el régimen de jornada y retribuciones, así como su integración en las correspondientes plantillas orgánicas.

El contenido de esta orden ha sido negociado previamente con las organizaciones sindicales más representativas presentes en la Mesa Sectorial del INGESA.

En cuanto a su régimen jurídico, a las categorías de personal estatutario creadas por esta orden les resulta de aplicación el régimen previsto por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, así como su normativa de desarrollo, pactos y acuerdos.

Las nuevas categorías de personal estatutario en el ámbito del INGESA recogidas en el anexo son las siguientes: Titulado/a Especialista en Ciencias de la Salud: Neurofisiología Clínica; Titulado/a Especialista en Ciencias de la Salud: Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia; Enfermero/a Especialista; Podólogo/a; Óptico/a Optometrista; Dietista-Nutricionista; Logopeda; Terapeuta Ocupacional; Técnico/a Superior en Dietética y Nutrición; Técnico/a Superior en Documentación y Administración Sanitaria; Técnico/a Superior en Audiología Protésica; Técnico/a Medio Sanitario: farmacia; Técnico/a Titulado Superior Rama Sanitaria/Investigación/Otros; Titulado/a Superior en Informática; Ingeniero/a Superior; Técnico/a Titulado Superior Jurídico; Técnico/a Titulado Superior Económico; Titulado/a Medio en Informática; Técnico/a Especialista de Sistemas y Tecnologías de la Información; Técnico/a Superior de Oficios/Jefe/a de Taller/encargado/a; Técnico/a Superior; Técnico/a Auxiliar de Sistemas y Tecnologías de la Información.

1.10. SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA

-Comunidad de Castilla y León. Servicios sociales. Ley 3/2024, de 12 de abril, reguladora del modelo de atención en los centros de carácter residencial y centros de día de servicios sociales para cuidados de larga duración en Castilla y León (BOE 2-5-2024).

Los centros que se regulan en la presente ley tienen su base en el modelo de atención integral y centrada en la persona (AICP), dirigido a superar el modelo existente de atención tradicional y de corte fundamentalmente sanitario, aprobado mediante el Decreto 14/2001, de 18 de enero, en el ámbito de la atención a personas mayores, y la Orden de 21 de junio de 1993, que regula los requisitos de los centros de atención a personas con discapacidad.

Con esta regulación se sigue el modelo promovido por la Unión Europea de desinstitucionalización de los cuidados de larga duración. El modelo que establece esta ley parte de la necesidad expresa de reconocimiento de la dignidad de cada persona necesitada de atención, sin distinción alguna.

Entre las medidas que se establecen en la ley destacan:

— La exigencia de que los centros cuenten con servicios de calidad adecuados para los cuidados de las personas dependientes o con discapacidad, especialmente los que se refieran a apoyos generalizados de personas con grandes déficits y discapacidades.

— La definición de centro residencial para cuidados de larga duración dirigido a preservar aquellos aspectos que integran el valor del domicilio particular que es el concepto de hogar, definido de una forma amplia, que permita que, por medio de las nuevas tecnologías, la robótica y nuevas formas de organización de los servicios, puedan existir nuevas tipologías de centros residenciales que se asemejen el máximo posible a la vivienda en la comunidad.

— Dentro del propio entorno familiar que caracteriza a las unidades de convivencia en las que se articulan internamente los centros, introduce la ley intencionadamente el concepto de habitación como espacio privado de la persona usuaria, que solo será compartido si así lo desea para así fortalecer el enfoque hacia la vida independiente.

— Se promueve en la ley que los centros tengan la condición de centros multiservicios, posibilitando de este modo con mayor facilidad la conexión con el barrio o el pueblo donde estén situados.

  El carácter de centro multiservicio permite que se constituya en una plataforma de servicios para las personas en sus propios domicilios próximos a estos centros, tanto dentro como fuera del edificio donde se enclave el centro residencial o el centro de día.

Para fortalecer esta atención inclusiva en la comunidad se han configurado en la ley dos tipologías de centro de día: los centros de día con unidades de convivencia y el centro de día multiactividad. Se favorece que los centros aprovechen las infraestructuras de los barrios o pueblos para integrar en ellos las actividades que desarrollen para que formen parte de la oferta comunitaria y que sirva, además, para enriquecer la vida de la comunidad en general y de los pequeños núcleos de población en particular.

La gran transformación técnica que implica el modelo de atención integral y centrada en la persona es la sustitución del Plan de Intervención Individual, como resultado de la deliberación facultativa de los profesionales para determinar qué es lo mejor para cada persona usuaria, por el proyecto de vida de la propia persona usuaria.

En este modelo de atención, los profesionales informan y proponen a la persona usuaria las intervenciones que la evidencia científica y su conocimiento profesional estiman como más convenientes para su atención, pero es, en todo caso, a la persona usuaria, y en los supuestos de autonomía limitada, con los apoyos que precise, a quien corresponde tomar las decisiones sobre su proyecto de vida.

En relación con el acceso de los usuarios a la atención sanitaria, se garantiza, por parte del sistema público de salud, la efectividad del acceso a la cartera de servicios de atención primaria y especializada de salud y, especialmente, al plan de atención al paciente crónico y al plan de cuidados paliativos. Se considera crítico garantizar la coordinación y colaboración entre el sistema público de salud y el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, en línea con una concepción integral de la atención debida a los usuarios de ambos sistemas.

Para adecuar el personal de los centros a los nuevos contenidos de éste, esta ley, respecto de los profesionales que prestan servicio en estos centros, plantea claramente dos tipologías: profesionales de atención directa y profesionales técnicos.

Dentro de los profesionales de atención directa, destaca la figura del profesional de referencia, que garantiza la ejecución del proyecto de vida de la persona usuaria y es el interlocutor cualificado y cercano a la persona que recibe los apoyos.

Con relación a los profesionales técnicos, se introducen nuevas funciones bajo la denominación de gestión de caso, que es fundamentalmente una tarea de coordinación entre los residentes, la familia, el profesional de referencia y el resto de profesionales y estructuras del centro. La gestión de caso se llevará a cabo por aquellos profesionales con titulación universitaria, que se circunscribirá a una serie de ámbitos profesionales y deberán contar, además, con formación complementaria en dependencia, discapacidad, geriatría, gerontología, u otras áreas relacionadas con el ámbito de atención a la dependencia.

La ley introduce como novedad la creación de un sistema de verificación de calidad de los servicios residenciales, mediante organismos que asumen también funciones relativas a la investigación, la innovación, la difusión de información, la formación y otras tareas relacionadas con la gestión del conocimiento en ese campo.

La ley promueve y regula una atención libre de restricciones basada en el reconocimiento del derecho de las personas usuarias a ser atendidas sin ningún tipo de restricción, basado en el respeto a los derechos fundamentales de las personas usuarias de los centros de carácter residencial y de los centros de día de servicios sociales para cuidados de larga duración.

La norma regula el uso, siempre excepcional y temporal, de restricciones cuando hayan fracasado el resto de medidas alternativas y hubiera un riesgo para la persona usuaria o terceros, así como las pautas, requisitos y garantías en su aplicación.

El contenido de la Ley se estructura del siguiente modo:

— El título l recoge las disposiciones generales, se destina a establecer la regulación del objeto y ámbito de aplicación de la ley, así como los principios informadores de la norma y las definiciones de conceptos propios de esta materia, los profesionales que intervienen, la atención libre de restricciones, los derechos de los usuarios y los deberes, entre otras.

— El título II se destina a la organización de los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración coordinada, estructurado en siete capítulos referidos al emplazamiento y entorno de los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración; a las características de los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración; a las características de las residencias, de las unidades de convivencia, de los espacios comunes, de los servicios generales, de las viviendas, así como de los centros de día para cuidados de larga duración; al funcionamiento de los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración; a los órganos de dirección y asesoramiento en los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración; a los profesionales en los centros y atención sanitaria; a la autorización e inscripción de los centros de servicios sociales para cuidados de larga duración; y al régimen sancionador.

— La disposición adicional primera establece un régimen especial en lo relativo a la adaptación a las características arquitectónicas básicas de los centros, previsto con carácter general en el capítulo II del título II, para los centros residenciales y centros de día de servicios sociales para personas en situación de dependencia o de discapacidad autorizados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Este régimen especial se aplicará con carácter excepcional a los centros autorizados antes de la entrada en vigor de la ley.

1.11. PROTECCIÓN SOCIAL

-Cataluña. Decreto-ley 1/2024, de 13 de febrero, de incremento del indicador de renta de suficiencia de Cataluña (IRSC) para mitigar situaciones de necesidad y privación económica de la ciudadanía de Cataluña (DOGC 14 de febrero de 2024 y BOE 28 de marzo de 2024)

La Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (DOGC 4 de agosto de 2006 y BOE 23 de agosto de 2006), de Cataluña, señala que «La valoración de la situación de necesidad debe hacerse teniendo en cuenta el patrimonio, los ingresos económicos y las condiciones sociales del beneficiario o beneficiaria. La situación familiar o convivencial del beneficiario o beneficiaria solo se tiene en cuenta en el supuesto de que le comporte una carga económica» (artículo 15.1). Con tal fin, «Se establece el indicador de renta de suficiencia [IRSC], que debe ser fijado periódicamente por la Ley de presupuestos de la Generalidad» (artículo 15.2).

Dado que no se ha aprobado aún la ley de presupuestos para el año 2024, mediante este Decreto-ley 1/2024 se ha fijado el IRSC «en 12 mensualidades de 755,82 euros, lo que equivale a 9.069,83 euros anuales» (artículo único), lo que supone un 5,4 % respecto del año anterior.

El nuevo IRSC «se mantendrá vigente hasta que se establezca el incremento definitivo de este indicador en los presupuestos de la Generalitat de Catalunya, de acuerdo con el artículo 15.2 de la Ley 13/2006» (disposición transitoria).

Como señala la exposición de motivos, el IRSC y su evolución «impactan principalmente en varias prestaciones: renta garantizada de ciudadanía; prestaciones económicas creadas por la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (complementos de pensión no contributiva; complementos de pensiones estatales; mantenimiento de los gastos del hogar; mantenimiento de las necesidades básicas; prestaciones para jóvenes tutelados y extutelados y para el acogimiento de niños), y prestaciones de servicio de la Cartera de Servicios Sociales de Cataluña sujetos a copago, que dan cobertura a más de 250.000 personas beneficiarias». Este decreto-ley fue convalidado por la Resolución 947/XIV del Parlamento de Cataluña, publicada en el DOGC de 12 de marzo de 2024.

-Protección de colectivos vulnerables. Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables. BOE 15-5-2024

El artículo único modifica el primer párrafo del artículo 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al objeto de prolongar la vigencia de la suspensión de los lanzamientos hipotecarios sobre la vivienda habitual de determinados colectivos vulnerables por cuatro años más, hasta el 15 de mayo de 2028.

1.12. IGUALDAD

-Orden ISM/494/2024, de 13 de mayo, por la que se crea y regula el Consejo Asesor de Brecha de Género (BOE 25-05-2024).

Pese al progresivo avance que se ha producido en los últimos años en reducir las brechas de desigualdad, aún perviven brechas que deben ser atendidas en el impulso e implementación de las políticas públicas que son competencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Destaca la brecha de género en pensiones, que en la actualidad se sitúa aún en un inaceptable 31,8 %, y también se observan brechas en el disfrute de determinadas prestaciones que muestran que la desigualdad en España afecta mayoritariamente a las mujeres (el 84 % de las excedencias para el cuidado de hijos o familiares son solicitadas por mujeres, el 66 % de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital también lo son y en el 95 % de los hogares monoparentales que solicitan el acceso al Ingreso Mínimo Vital, el adulto es una mujer).

En este contexto, desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se crea el Consejo Asesor de Brecha de Género con el objetivo de poder ser asesorado en la toma de decisiones de las políticas públicas que le conciernen competencialmente y sobre las que se trabaja de forma coordinada con el Ministerio de Igualdad y con el resto de departamentos ministeriales.

Esta orden ministerial tiene por objeto la creación y regulación del Consejo Asesor de Brecha de Género como órgano colegiado que asesorará al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el diseño, seguimiento y evaluación de las políticas orientadas a reducir la brecha de género en sus diferentes ámbitos competenciales.

El Consejo Asesor de Brecha de Género se adscribe a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y tiene carácter de comisión de trabajo de las contempladas en el artículo 22.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El Consejo Asesor de Brecha de Género tendrá como funciones principales: el estudio, valoración y propuesta al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de cuantas medidas considere oportunas en el ámbito de las políticas de reducción de brecha de género que incidan en el ámbito de la inclusión, protección social y las migraciones; el asesoramiento sobre los temas que afectan a la brecha de género relacionados con la inclusión, protección social y las migraciones, especialmente en materia de pensiones, prestaciones, afiliaciones, vulnerabilidad social y flujos migratorios.

-País Vasco. Ley 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans (BOPV 29 de febrero de 2024 y BOE 13 de marzo de 2024)

El objeto de esta Ley 4/2024 es garantizar el derecho de las personas trans e intersexuales a recibir de las administraciones públicas vascas una atención integral y adecuada a sus necesidades educativas, sanitarias, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, así como proteger, en general, el ejercicio de su libertad en los diferentes ámbitos de la vida social y, en particular, en los distintos servicios públicos (artículo 1).

También será objeto de la presente ley contribuir a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social e institucional de estas personas y establecer medidas concretas

para conseguir una sociedad más justa, libre y basada en la igualdad de trato y de oportunidades de las personas trans e intersexuales, así como en la aceptación de la diversidad como un valor añadido (artículo 1).

Se regulan los derechos laborales de las personas trans e intersexuales. Se establecen las bases para una política pública en materia trans; se desarrolla la atención por parte de Osakidetza-Servicio vasco de salud como de las prestaciones sanitarias a las que tienen derecho las personas trans; se hace referencia a las medidas en el ámbito familiar; y se regulan las medidas referentes al tratamiento de la realidad trans en el sistema educativo; en el ámbito de la cultura, el ocio y el deporte; y en el ámbito de la seguridad, la justicia y las emergencias.

En el capítulo V se profundiza en las medidas contra la discriminación en el ámbito laboral, incluyendo la adopción de medidas de acción positiva y el fomento de la equidad y la no discriminación en el empleo, así como la inclusión de las realidades trans en el ámbito de la responsabilidad social empresarial. Se prevé, así mismo, el desarrollo reglamentario de un plan contra la discriminación en el ámbito laboral y el establecimiento de mecanismos contra el acoso laboral.

La Ley 4/2024 deroga la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, y la Ley 9/2019, de 27 de junio, de modificación de la Ley 14/2012 (disposición derogatoria).

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

2.1. Libertad sindical

-STS 679/2024, de 22-04-2024. Ponente: Luis María Diez-Picazo Giménez

Sindicato más representativo a nivel autonómico: no es ilegal su exclusión de la representación sindical en órganos del Estado. Real Decreto 608/2023, sobre el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Art. 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

El presente recurso contencioso-administrativo es interpuesto por la representación procesal de la Confederación Intersindical Galega contra el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se regula el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE de 12 de julio de 2023).

La disposición general impugnada es desarrollo del Real Decreto-Ley 32/2021, que modificó el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores a fin de flexibilizar los expedientes de regulación de empleo permitiéndoles operar como alternativa a la extinción de los contratos de trabajo. Con este propósito, el Real Decreto-Ley 32/2021 introdujo además un nuevo art. 47 bis en el Estatuto de los Trabajadores, que prevé la existencia del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo como instrumento para solicitar la adopción de medidas de reducción de jornada y de suspensión de los contratos de trabajo.

La regulación de detalle del Mecanismo RED se encuentra en el Real Decreto 32/2021. Por lo que ahora importa, recoge dos normas, que son las impugnadas en este recurso contencioso-administrativo. Se trata de los arts. 4 y 30, que regulan respectivamente la Comisión Tripartita del Mecanismo RED Sectorial y la Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo. Ambas comisiones son calificadas por el Real Decreto 32/2021 como

"órgano colegiado interministerial", indicando que su funcionamiento se ajustará a lo dispuesto por los arts. 15 a 22 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. En cuanto a la composición de ambas comisiones, los arts. 4 y 30 contemplan -entre otras cosas- "cuatro vocalías designadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal".

A ese respecto hay que recordar que el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical ciertamente capacita a los sindicatos más representativos a nivel autonómico para desempeñar las mismas funciones que tienen atribuidas los sindicatos más representativos a nivel estatal. Incluso declara que pueden "ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal". Ello significa que la recurrente, en cuanto sindicato más representativo a nivel autonómico, podría tener representación en órganos de la Administración del Estado, como son sin duda las dos comisiones aquí examinadas. Pero no significa que sea legalmente obligatorio que en todo órgano estatal en que haya representación institucional de los sindicatos más representativos deban estar presentes los sindicatos más representativos a nivel autonómico. Los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical hablan de tener "capacidad", no de tener "derecho". Y la capacidad no es la atribución de facultades, sino la idoneidad para ostentarlas. Esto último -es decir, ostentar facultades determinadas- depende de la norma reguladora de cada organismo o de cada actividad, debiendo tenerse presente que el ámbito normal -aunque, como se acaba de ver, no forzosamente exclusivo- de los sindicatos más representativos a nivel autonómico es el de su correspondiente Comunidad Autónoma. Esto es, por cierto, lo que vino a decir la sentencia de esta Sala citada por la recurrente, que se refería a la participación sindical en órganos de las universidades gallegas; no en órganos estatales.

Así, que el Real Decreto 608/2023, en sintonía con el art. 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, haya reservado solo a los sindicatos más representativos a nivel estatal participar en dos comisiones insertas en la Administración del Estado no puede tacharse de extravagante, ni por supuesto de atentatorio contra el referido art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

-STS 441/2024 07-03-2024 Ponente: Sebastián Moralo Gallego

La sentencia confirma la de la Audiencia Nacional que estimó en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales declarando que es contrario a la libertad sindical la negativa de los demandados a la participación del sindicato actor en el reparto de la cantidad obtenida como consecuencia de la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de futbol. Consta que se firmó en 2015 un acuerdo ante la AN conforme al cual un 0,5% de los ingresos obtenidos por la comercialización de derechos audiovisuales revierte a favor de los futbolistas que sigan en activo, pasando los fondos de la LNFP a la AFE y siendo beneficiarios los futbolistas en activo o suspenso que estén afiliados y se encuentren al corriente de pago de cuotas.

Argumenta la sentencia que, a efecto del reparto de los fondos, es irrelevante que el sindicato actor no estuviera constituido en la fecha del acuerdo, pues no se insta la declaración de nulidad del acuerdo. Y, manteniéndose la vigencia y efectos del pacto, la exclusión del sindicato afecta gravemente al ejercicio de la libertad sindical. No se trata de extender ilícitamente los efectos de un acuerdo, sino de si la actuación posterior es contraria a la libertad sindical. Se confirma la condena al abono de indemnización. El reparto de los fondos debe ser proporcional a la representatividad del sindicato. Se desestima el recurso.

2.2. Negociación colectiva

-STS, 4ª (Pleno) núm. 5444/2023, de 30-11-2023, rcud 98/2021. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro. Voto particular.

Comisión negociadora de un convenio colectivo y legitimación en el banco social: si la negociación colectiva se dilatara excesivamente en el tiempo y mientras tanto se altera a través de las elecciones sindicales la legitimación negociadora en el banco social, hay que dar entrada al sindicato que de manera sobrevenida ostente legitimación, so pena de vulnerar en caso contrario el derecho a la libertad sindical.

Resuelve los recursos de casación interpuestos contra la SAN de 30 de octubre de 2020 (autos núm. 33/2020), confirmándola y declarando firme su pronunciamiento, que ordenó "el cese inmediato del comportamiento antisindical al que la sección sindical de USO se ha visto sometida tanto por parte de ISDEFE así como de los sindicatos codemandados", ordenando la recomposición de la mesa de negociación para adaptarse a la representatividad derivada de los procesos electorales de 2017 y 2018, declarando el derecho de USO a formar parte de la mesa negociadora del Convenio colectivo y condenando a la empresa al pago de una indemnización al sindicato demandante por daño moral en cuantía de 1250 euros.

En diciembre de 2014 quedó constituida la Comisión Negociadora para negociar el I Convenio Colectivo de ISDEFE (empresa pública de consultoría e ingeniería) con la representación de la empresa y la de los trabajadores, repartidos entre todos los sindicatos con representación en la empresa en ese momento de forma proporcional a su representatividad sindical en la empresa (CSIF, CC.OO, UGT y CGT). Aunque se han mantenido algunas reuniones, en 2020 (fecha presentación de la demanda por USO) no se había llegado a alcanzar ningún acuerdo. Entre julio de 2017 y mayo de 2018 se celebraron elecciones a los comités de empresa (salvo en uno de los centros de trabajo), de las que surgen 2 nuevos sindicatos: Somos y USO. La sección sindical de USO en ISDEFE ha venido reclamando su capacidad negociadora y su correspondiente derecho de presencia con voz y voto en la Mesa de Negociación. Dentro de un plan de trabajo para impulsar la negociación del I Convenio Colectivo de ISDEFE, durante los meses de noviembre y diciembre de 2019, se constituyeron grupos de trabajo entre los sindicatos presentes en la Mesa de Negociación para avanzar en la negociación del Convenio Colectivo de ISDEFE, en los que no estaban incluidos los sindicatos USO y Somos. Durante el periodo 2015-2019 en la Mesa de Negociación se han firmado algunos acuerdos relativos a incrementos salariales y aplicación de la jornada laboral. En todo el período transcurrido desde 2014 hasta 2020, durante dos años no ha sido convocada la mesa negociadora por diversos motivos y desde diciembre de 2019 no se ha vuelto a reunir la mesa. La cuestión a decidir "se ciñe a determinar si, como concluye la SAN recurrida, USO ha visto vulnerado su derecho a intervenir en la negociación de un convenio colectivo de empresa. La duda deriva de otra previa: precisar quién está legitimado (por el lado asalariado) para integrar la comisión negociadora del convenio colectivo".

La doctrina jurisprudencial sobre el momento para medir la representatividad ha establecido un anclaje cronológico claro que ofrezca seguridad jurídica, estableciendo que el momento de la constitución de la comisión negociadora es el único que resulta relevante en orden a la fijación de los niveles de representatividad, con la lógica consecuencia de que la representatividad así determinada no se puede reexaminar en tanto dura el proceso de negociación y, por tanto, no se altera cuando se celebren nuevas elecciones (STS 21 de junio 2017, rec. 136/2016; STS 2 de febrero 2023, rec. 69/2021). Conforme a ello, se mantiene en la Sentencia que un criterio distinto "resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un

cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación".

El TS establece que "el deseo de otorgar seguridad jurídica a la medición de la representatividad (constante en nuestra doctrina) presupone la existencia de un procedimiento de negociación desarrollado conforme a la buena fe y durante un tiempo prudencial", lo que no parece que se corresponda con un proceso que se inició en diciembre de 2014 y que no ha concluido en 2020 (cuando se presenta la demanda por USO) y durante el cual la Mesa de Negociación mantuvo reuniones sin llegar a alcanzar ningún acuerdo, durante dos años no fue ni siquiera convocada por diversos motivos y desde diciembre de 2019 no se ha vuelto a reunir, lo que supone un largo período de vacío negociador que pone de manifiesto el abandono de la negociación emprendida.

El hecho de haberse acreditado un largo vacío de negociación, que se ha sustituido por acuerdos puntuales en materia de incrementos salariales y de tiempo de trabajo en el marco de lo establecido en los Presupuestos Generales del Estado al tratarse de una empresa que forma parte del Sector Público Estatal, e incluso la propia constitución de grupos de trabajo para tratar de impulsar la negociación del convenio colectivo, denota que, como establece la Sentencia, no se está ante el mismo procedimiento negociador que se inició en 2014. La Comisión Negociadora ha permanecido durante un lapso de tiempo considerable sin actividad alguna y se ha consolidado "como un órgano estable para la negociación de condiciones colectivas de trabajo en ISDEFE", llevándose a cabo una "desnaturalización" de su función dirigida a la negociación de un convenio colectivo estatutario. De esta forma, volver a plantear la negociación del I Convenio Colectivo de ISDEFE supone iniciar un nuevo proceso de negociación que implica la constitución de una nueva Comisión Negociadora que respete la representatividad existente tras los cambios producidos en ese largo período de tiempo, con una profunda alteración en el banco social debido a la celebración de elecciones sindicales.

La existencia de un prolongado paréntesis de inactividad en el proceso de negociación del convenio colectivo de empresa (proceso excesivo a todas luces), de cambios importantes en la representatividad sindical durante dicho período y de un posicionamiento proactivo de un sindicato legitimado para negociar (que no se ha apartado voluntariamente de la negociación), denotan la necesidad de constituir una nueva Comisión Negociadora para llevar a cabo el proceso de negociación colectiva, sin que eso pueda suponer una ruptura del principio de seguridad jurídica pues ya no se está ante el proceso negociador anterior.

El principio de seguridad jurídica durante el proceso de negociación del convenio, desde que se constituye válidamente la comisión negociadora (cuyo respeto en cualquier situación es lo que plantea el Voto Particular y que aquí no se cuestiona en un proceso normal de negociación de buena fe), no puede en ningún caso afectar, limitándolo, al contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, impidiendo el derecho a la negociación colectiva a quiénes corresponda negociar legalmente en función de su representatividad que no pueden por ello ser excluidos de la comisión negociadora.

2.3. Trabajo a tiempo parcial

-STS, 4ª, núm. 271/2024, de 13-2-2024, rcud 1480/2021. Ponente: Juan Molins García-Atance.

Contrato a tiempo parcial: una trabajadora con un contrato a tiempo parcial a la que se le aplica el Convenio Colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental concertados con el Servei Català de la Salut; que ha sido objeto de reiteradas ampliaciones de jornada en virtud de las cuales ha prestado servicios el mismo

número de horas que los trabajadores a tiempo completo, tiene la condición de trabajadora a tiempo completo.

Considera el Tribunal Supremo que las sucesivas ampliaciones pactadas de la jornada de la trabajadora a tiempo parcial, pasando a desempeñar temporalmente, aunque de forma recurrente, su actividad a tiempo completo, no respeta la causalidad de la ampliación de la jornada establecida por el convenio colectivo sectorial de referencia, siendo la sanción de la conducta ilícita la conversión del inicial contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, habiéndose incurrido en una conducta fraudulenta, de evitación de la contratación ordinaria a tiempo completo a partir de una contratación a tiempo completo de carácter temporal, pero sin respeto de la causalidad de la temporalidad fijada por convenio colectivo.

2.4. Poder de dirección

-STS, 4ª, núm. 225/2024, de 6-2-2024. Recurso de casación 263/2022. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Uso de medios digitales en el trabajo. Nulidad de la instrucción empresarial que establece los criterios y normas sobre uso de equipos informáticos y correos corporativos. Necesidad de participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de elaboración de aquellos criterios. El artículo 87.3 LOPD resulta ser una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando la nulidad de la comunicación dada a los empleados sobre el uso de los dispositivos informáticos. Las normas de uso de dispositivos digitales deben elaborarse conjuntamente por la empresa y representantes de los trabajadores

El art. 20.3 ET reconoce el poder de dirección del empresario en el ámbito de la relación laboral y, para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, faculta al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control. Se trata de un precepto de carácter general aplicable a todo tipo de actividad, con independencia de los medios materiales que se utilicen para la realización del trabajo En cambio, el artículo 87.3 LOPD se refiere, específicamente, a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo y, al respecto, faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores. Sobre estas cuestiones específicas, la norma ordena que la elaboración de los criterios de utilización de dichos medios se realice con la participación de los representantes de los trabajadores. Desde esa perspectiva, el artículo 87.3 LOPD resulta una especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible. De ahí que el nuevo artículo 20 bis ET disponga que "Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos". No ha incurrido la sentencia recurrida, por tanto, en vulneración del artículo 20.3 ET.

Por otra parte, es necesario poner de relieve que el mandato del artículo 87.3 LOPD tiene carácter imperativo en los supuestos en los que el trabajo se realice mediante dispositivos digitales.

Consecuentemente es claro que, aunque el mandato no tiene efectos retroactivos, cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente. Y en este sentido, atendidos los términos literales de la instrucción que aquí se cuestiona, la Sala entiende que resulta palmario que no estamos en presencia de un mero recordatorio, sino que la controvertida instrucción implica una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser elaborados cumpliendo la normativa vigente. En efecto, la circular o instrucción que consta en el hecho probado sexto, tras recordar la prohibición del uso de los equipos informáticos para fines particulares no relacionados con el desempeño de las funciones laborales encomendadas, añade una serie de medidas dirigidas a "impedir el uso indebido de los equipos informáticos" así como "el acceso indebido a internet" estableciendo, al efecto la plena accesibilidad de la empresa a todos los ordenadores y a todos los correos electrónicos corporativos facilitados por la empresa al trabajador pudiendo ser en cualquier momento "analizados, examinados, formateados y/o reseteados mediante los oportunos medios informáticos al alcance de la empresa", sin ninguna otra precisión relativa a la información del interesado o a la participación o presencia del mismo o de sus representantes. Y, con independencia de que tan amplias posibilidades de acceso pudieran, en su caso, colisionar gravemente con los derechos a la intimidad y dignidad de los trabajadores; lo cierto es que tales criterios debieron ser fijados con la participación de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones.

2.5. Modificaciones sustanciales

-STS núm. 465/2024, de 13-03-2024. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la medida consistente en extender el disfrute de las vacaciones del año natural a la semana de Reyes del año posterior es una mejora que se incorpora al acervo de derechos de los trabajadores, constituyendo su supresión una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La Sala IV da una respuesta positiva confirmando la estimación de la demanda que declaró nula la modificación operada en la normativa de vacaciones. Así, se declara la existencia de una condición más beneficiosa en tanto que se evidencia cómo a lo largo de los años de forma constante, repetida y reiterada en el tiempo, el régimen de disfrute de vacaciones permitía que el año en curso incluyera la semana de Reyes del año posterior, de suerte que puede afirmarse la voluntad inequívoca de mantener estable y permanente esa mejor condición y su incorporación al nexo contractual, sin que pueda, en consecuencia, eliminarse unilateralmente por la empresa, sin seguir el procedimiento del art 41 ET.

Sostiene la empresa recurrente que nos encontramos ante una concesión unilateral perteneciente a su poder de dirección, y no ante un derecho adquirido, citando sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia sobre la no existencia de concesión más beneficiosa. Esta sala 4ª del Tribunal Supremo en relación con el concepto y delimitación de las condiciones más beneficiosa ha partido de la consideración de que detectar su existencia no es siempre tarea sencilla dado que, para alcanzar la conclusión de que nos hallamos ante ella, exige analizar si se da, de un lado, una sucesión de los actos sobre los que se apoya y, de otro -y de modo concurrente-, una voluntad inequívoca de la empresa como origen de la citada condición, que mejora el marco legal o convencional aplicable. La consecuencia de su apreciación es la incorporación de la mejora al contrato de trabajo (STS/4ª de 22 septiembre 2011 -rec. 204/2010-, 5 y 26 junio 2012 - rec. 214/2011 y 238/2011-, 4 marzo 2013 -rec.

4/2012-, 15 junio 2015 -rec. 164/2014- , 21 abril 2016 -rcud. 2626/2014, 7 de enero de 2020 rcud 2162/2017-).

Como subraya nuestra jurisprudencia, aunque no es posible trazar una noción dogmática de modificación sustancial, sino que hay que ir caso a caso, imponiéndose criterios empíricos de casuismo, se han de considerar modificaciones sustanciales, con carácter general, aquellas que alteran los aspectos fundamentales de la relación laboral, debiéndose valorar, entre otros factores, la importancia cualitativa y el alcance temporal de la modificación y, especialmente, en lo que aquí importa, la intensidad del perjuicio y sacrificio que suponen para el trabajador afectado y los elementos contextuales concurrentes.

La aplicación de los anteriores criterios al presente caso conduce a descartar que la modificación operada por la empresa en la normativa de vacaciones relativa a la supresión de la semana de Reyes del año posterior, como periodo general de disfrute de las vacaciones, pueda ser incardinada dentro del ius variandi empresarial, debiendo calificarse de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El recurso desarrolla una notable argumentación para sostener que no puede calificarse la medida de modificación sustancial porque no recae sobre ningún elemento esencial de la relación laboral y que no constituye perjuicio para las personas trabajadoras.

La sala razona cómo el cambio operado afecta a casi la mitad de los días de vacaciones que se pueden disfrutar fuera de la época estival que comprende del 1 de julio al 3 de septiembre, esto es, un porcentaje del 20 o 24% de los días de vacaciones según los casos. Teniendo en cuenta además que dicho cambio en el disfrute de los días de vacaciones tiene, como informe el Ministerio Fiscal, un impacto directo sobre los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, viéndose afectada la totalidad de la plantilla.

En efecto, no pueden acogerse las alegaciones esgrimidas por el recurrente en tanto que, como se ha indicado, la modificación al afectar al disfrute del 20 % de los días de vacaciones por la totalidad de las personas trabajadores y alterar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, sí es sustancial y causa un perjuicio para los trabajadores.

Finalmente, no se acredita en qué medida la supresión de la posibilidad de disfrute de la semana de Reyes del año posterior alcanza a la protección del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

En definitiva, la posibilidad de extender el disfrute de vacaciones hasta la semana de Reyes del año posterior es una mejora que se ha prolongado a lo largo de los años desde 2015 y, que, como tal, ha pasado a configurarse como un derecho adquirido para el colectivo (artículos 8 y 21.1 del convenio colectivo de aplicación). Por lo que, sin que se haya acreditado que su supresión mejore la seguridad y salud de los trabajadores, lo cierto es que sí altera el elenco de posibilidades de disfrute del régimen vacacional que como mejora había sido incorporada al acervo de derechos de los trabajadores.

2.6. Despido

-STC 22/2024, de 12 de febrero. Ponente: Ricardo Enríquez Sancho.

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: denegación del derecho a percibir los salarios de tramitación fundada en la calificación del despido como nulo al tener efecto cuando se hallaba embarazada.

Vulnera el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo la interpretación rigorista y literal del artículo 116 LRJS, negando los salarios de tramitación a cargo del Estado en caso de calificación de nulidad del despido y no así en el supuesto de calificación de improcedencia.

La sentencia declara que la negativa del Estado a abonar a una trabajadora embarazada despedida los salarios de tramitación vulnera su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La trabajadora, junto al resto de compañeras, fue objeto de despido objetivo por causas económicas por cese de la actividad empresarial, ante el cual todas ellas interpusieron demanda declarando el juzgado competente la improcedencia de todas las extinciones, salvo la de la actora, que fue declarada nula por encontrarse en ese momento embarazada. El juzgado también estimó la pretensión de que se declarase la extinción de los contratos ya que no era viable ninguna readmisión por haberse producido el cierre de la comercial, y reconoció a todas ellas los salarios de tramitación apostando por descartar una interpretación literal del art. 110.1 b) LRJS, de conformidad con el criterio sentado por la STS 4-4-18 (Rec. 2935/16).

La trabajadora reclamó al Estado (por estar el empleador en situación de insolvencia) el abono de los salarios de tramitación, que le fue denegado tanto en vía administrativa como luego en vía judicial, ateniéndose a una interpretación literal del art. 116 LRJS. Tal precepto dispone en su apartado segundo que en caso de «insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios a los que se refiere el *apartado anterior* …», sucediendo que el punto primero del artículo alude únicamente a la declaración de improcedencia del despido, no así, expresamente, a la nulidad.

La interpretación que de la normativa en juego hicieron tanto los órganos administrativos como los judiciales, a la vista de las circunstancias concurrentes, generó una discriminación por razón de sexo derivada del embarazo, al ser únicamente esta realidad (netamente femenina) la que justificó la denegación de los derechos económicos derivados de la extinción del contrato de trabajo (percepción de salarios de tramitación a cargo del Estado), prescindiendo incluso de su reconocimiento expreso en sentencia firme.

No en vano cuando en vía judicial se resolvieron las demandas de despido se llegó en todos los casos a la misma convicción de ausencia de justificación, siendo por tanto la única razón por la que unos fueron declarados improcedentes y otro nulo (el de la actora), la condición de embarazada de esta última (absolutamente ajena, por lo demás, a la motivación del despido).

Razona la sentencia que resulta inasumible que una garantía legal (la calificación de nulo del despido), que tiene por propósito dispensar un plus de protección a la trabajadora gestante, termine generando un efecto pernicioso para ella, el de impedirle percibir los salarios de tramitación a cargo del Estado frente a la insolvencia empresarial, cuando sus compañeras despedidas por la misma causa sí pudieron percibirlos. No tiene cabida, por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico una interpretación «rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria» que lleve a tal absurdo. Las normas deben interpretarse del modo más acorde con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de

sexo (art. 14 CE), «dando por cumplimentada, en consecuencia, la exigencia legal de que el despido hubiera sido declarado improcedente». Por tanto, concluye la sentencia, entendemos, que en esta coyuntura debe entenderse cubierta la exigencia de declaración de improcedencia que da acceso al abono estatal de los salarios de tramitación con la declaración de nulidad del despido por embarazo cuando la readmisión es inviable por insolvencia empresarial.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

RELACIÓN LABORAL

Llompart Bennàssar, M.: *Falta de adaptación a cambios tecnológicos como causa de despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 105 páginas.

Lousada Arochena: *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2024

Moreno Gené, J.: *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*. Atelier, 2024, 234 páginas.

Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente*. Laborum, 2024, 650 páginas.

Ortega Lozano, P.G.: *El despido colectivo*, 1º ed., 2024, 500 págs.

DERECHO COLECTIVO

Cairós Barreto, Mª. D., Estevez González, C.: *Estudios sobre negociación colectiva y diálogo social*, Bomarzo, 2024.

Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*. Atelier, 2024, 380 páginas

PROTECCIÓN SOCIAL

Ortiz González Conde, F.M.: *La jubilación por razón de actividad y discapacidad*. Laborum, 2024, 292 páginas.

Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A. R.: *La cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Régimen jurídico tras las reformas de 2022-2024)* Laborum, 2024, 199 páginas

Arufe Varela, A.: *La asistencia social en Alemania. Un comentario del Libro XII del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*. Atelier, 2024, 308 páginas.

Vicente Palacio, A.: *La asistencia sanitaria transfronteriza*. Atelier, 2023, 192 páginas.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Macías García, M. C.: *El impacto de la robótica y la Inteligencia Artificial en la Seguridad y Salud de las personas trabajadoras*. Laborum, 2024, 146 páginas.

Monereo Pérez, J.L.: *Planificación y gestión integral de los riesgos profesionales en la sociedad de la incertidumbre y de la transición digital*. Laborum, 2024, 175 páginas.

Sabadell-Bosch, M.: *Teletrabajo y seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Dykinson, 2024

EMPLEO

Fernández Ramírez, M.: *Igualdad de trato integral para el empleo. Coordenadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*. Laborum, 2024, 192 páginas.

EXTRANJERÍA

Martínez Mateo, C.J.: *Perspectiva jurídico laboral crítica ante el desarrollo actual y previsto de la Ley de extranjería*. Atelier, 2024, 280 páginas.

PROCESAL LABORAL

Bellido Aspas, M., Lousada Arochena, J. F., Rodríguez Martín-Retortillo, R. M., Ron Latas, R. P.: *Sistema de Derecho Procesal Laboral* – 3ª edición, Laborum, 2024, 516 páginas

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Aragüez Valenzuela, L.: *Hacia la eticidad algorítmica en las relaciones laborales*. Laborum, 2024, 192 páginas.

Blasco Jover, C.: *Trabajo y digitalización: avances y retos para el diálogo social y la negociación colectiva*, Tecnos, 2024.

Collado García, L., Romero Ródenas, M.J. y Trillo Párraga, F.J. *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, Bomarzo, 2024.

Fabregat Monfort, G. (Dir.): *GPS Laboral. Guía Profesional* 10ª Edición, Tirant lo blanch, 2024.

Gómez Sánchez, V., Ruesga Benito, S. M.: *La pandemia y el trabajo. Reflexiones sobre el mercado laboral español antes, durante y después de la pandemia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2024.

González del Rey Rodríguez, I., Menéndez Sebastián, P.: *El trabajo en el mercado no productivo y en otros ámbitos de interés social*, KRK Ed. 2024.

López Insua, B.M., Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S. (Dirs.): *Seguridad social y tecnologías con perspectiva de género. Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*. Comares, 2023, 260 páginas

López Insua, B.M.: *La garantía de los derechos sociales fundamentales en la era digital.* Comares, 2023, 188 páginas.

Martínez San Millán, C.: *La integración normativa de los Derechos Laborales Fundamentales en los sistemas comerciales internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2024.

Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Las nuevas formas de trabajo. Retos y oportunidades para la laboralización de las prestaciones profesionales*. Ruiz Santamaría, J.L. y Muros Polo, A. (Coors.), Comares, Abril 2024, 544 páginas

Montes Adalid, G.M.: *La respuesta del Derecho Social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo, envejecimiento y despoblación en la era digital*. Atelier, 2024, 468 páginas.

Ordóñez Casado, M. I.: *La discapacidad desde la perspectiva jurídica, su nueva forma de baremación y su implicación en el ámbito laboral*, Laborum 2024, 144 páginas.

Ortega Lozano, P.G., Guindo Morales, S.: *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital. Inteligencia Artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, Big Data, compliance y tecnologías avanzadas*, Comares, 2024.

Del Rey Guanter, S.: *Whistleblowing en el entorno laboral, de la función pública y del trabajo autónomo*, La Ley, 2024.

Roqueta Buj, M.: *Igualdad entre mujeres y hombres en las empresas y administraciones públicas*, Tiran lo blanch, 2024

San Cristóbal Villanueva, JM.: *Comentario del Estatuto de los Trabajadores. Comentado*, Lefebvre, 2024

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

LA RESPUESTA DEL DERECHO SOCIAL A LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (ESPAÑA E ITALIA) EMPLEO ENVEJECIMIENTO Y DESPOBLACIÓN EN LA ERA DIGITAL, por Gloria Montes Adalid, Editorial Atelier, 2024, páginas: 468.

Comentado por:

Carlos José Martínez Mateo

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como PCD). Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la AESSS. Universidad de Málaga.

https://orcid.org/0000-0002-0263-650X

La obra recensionada: "La respuesta del derecho social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo envejecimiento y despoblación en la era digital", es un trabajo llevado a cabo por la profesora Gloria Montes Adalid quien aun siendo ya una investigadora de prestigio en estos temas -pues no en vano es profesora doctora consolidada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga- es inédito en la materia al ser uno de los primeros trabajos monográficos que estudian las numerosas variables que conllevan la nueva era de la digitalización, en conjunción con el envejecimiento de la población trabajadora. Este trabajo realizado de forma crítica es llevado a cabo partiendo no de razonamientos políticos sino desde los obtenidos tras el estudio del tratamiento en derecho positivo que, por su singularidad, trata de proteger las situaciones derivadas del envejecimiento frente al empleo y el fenómeno de la despoblación en la era digital.

Para llevar a cabo esta empresa, la autora de manera impecable, divide su obra en tres títulos para ofrecer un estudio analítico sobre el grado de eficacia normativa en la protección de los trabajadores ante esta nueva era tecnológica, partiendo para ello de los numerosos factores que han incidido en la evolución del estilo de vida de la sociedad moderna post pandémica, así como las consecuentes y continuas dinámicas del cambio o transformaciones en el plano tecnológico que ha sufrido el mercado de trabajo fruto de esta cuarta revolución industrial. En este sentido el acertado análisis del tratamiento jurídico normativo en esta materia no solamente se ha realizado sobre nuestro Ordenamiento interno sino en también el plano internacional con especial incidencia en Italia donde la autora ha desarrollado parte de su tarea investigadora.

En este sentido, la profesora Montes Adalid, ha seguido una estrategia metodológica que reside en una impecable labor investigadora del estado de la cuestión en la que se ve inmerso nuestro mercado laboral (siendo este el objetivo perseguido en los tres primeros capítulos del primer título) efectuando un análisis del contexto actual y detallando el inadvertido pero presente ángulo de declinación o convergencia entre la implantación de la industria 4.0 (por la revolución tecnológica) con el envejecimiento de la población en siglo XXI.

Para adentrarnos en las consecuencias de este fenómeno, la autora con precisión quirúrgica ha llevado a cabo este razonamiento tomado como punto de partida la historia más reciente con la aparición del COVID-19 y el posterior confinamiento global y aluviones normativos, verdaderos impulsores de esta reciente transformación y revolución digital.

Esta pandemia aun habiendo dejado secuelas negativas que han incidido en el actual panorama sociopolítico, si ha traído nuevas modalidades laborales que, si bien en un pasado ya existían, ahora se han convertido en tendencia como son el teletrabajo y el "lavoro agile" como ejemplos clásicos y singulares de un nuevo sistema de relaciones laborales "tecnificado" y vertebrado en el uso de las actuales plataformas digitales.

Estos hechos, conllevan que el perfil del trabajador o mano de obra madura se vea con dificultades de adaptación y necesidad de un proceso de reciclaje ante la aparición de la tecnología en el mundo empresarial. Esta afirmación, lejos de constituir un dogma y que puede ser opinable, es uno de los fenómenos que han empezado a ser tendencia tanto en España como Italia dos ordenamientos jurídicos que a pesar de tener puntos en común realizan un tratamiento diferenciado en sus regímenes de protección social.

Una vez realizadas estas precisiones la autora realiza en su título II un análisis de los retos ante los que se encuentra la era digital y la problemática que presentan las instituciones de no progresar a la misma velocidad de la norma, dando lugar a situaciones deficientes en la protección de los derechos

de los trabajadores en contraste con el avanzado marco de la revolución tecnológica tratando aspectos de gran actualidad como la brecha digital y la obsolescencia territorial en un mundo en constante transformación.

La conclusión obtenida por la profesora Montes Adalid se basa en que tanto los enfoques de la ONU como el de la OIT en aras de la protección social de los trabajadores y haciendo frente a los desafíos de conseguir un trabajo decente, tienen puntos en común que residen en la importancia de crear empleos dignos y sostenibles garantizando condiciones laborales justas donde la protección social, la igualdad de género y el respeto los derechos laborales pueden ser una realidad no lejana.

La organización Internacional del Trabajo continúa actualmente fomentando el intercambio de ideas y conocimientos sobre esta cuarta revolución industrial, así como el futuro del empleo a través de la difusión de trabajos, realizando informes dirigidos a la ecologización de las empresas, el trabajo a domicilio, el papel de las plataformas digitales etc.

En materia de protección laboral, los esfuerzos por parte del amenazada Unión Europea ante una situación (según los analistas, de "preguerra" con la Federación Rusa) son notables al seguir mejorando un marco normativo eficiente frente a los desafíos que supone el trabajo decente y la propia digitalización

Finalmente, se describe una tercera fase o capítulo III, destinado realizar un examen sobre la innovación digital y las medidas sociales como herramientas aptas para abordar los obstáculos de la sociedad actual.

En este sentido la autora es realista y realiza una primera reflexión sobre los retos y necesidades de manera contextualizada, prosiguiendo con un examen de las nuevas formas de empleo y la protección de las personas trabajadoras con una incidencia en aquellos colectivos que trabajan en las plataformas digitales de nuestro país y de Italia.

Estas nuevas formas de empleo caracterizadas por el trabajo a distancia puesto en práctica de manera masiva durante la pandemia del COVID-19 hoy ha traído un tratamiento normativo que se ha centrado en la regulación jurídica del trabajo a distancia justificado por la necesidad de que exista un acuerdo escrito entre el empleador y la empleada que recojan las condiciones laborales específicas de esta modalidad de trabajo, la obligación de la empresa de proporcionar los medios y herramientas necesarios para el desempleo del trabajo a distancia, hoy la necesidad de garantizar la privacidad laboral y la seguridad y salud laboral así como la protección de estos colectivos de trabajadores y trabajadores mientras dure este periodo contractual

Si bien una de las formas más relevante de protección jurídica es el teletrabajo por las ventajas que conlleva al entorno empresarial que van desde la disminución de costes a la disminución del número de interrupciones dentro del tiempo de trabajo, eliminación de las Santísimo, mejoras de la imagen corporativa de la empresa entre otras también conlleva otros efectos que inciden sobre la seguridad y la salud de los trabajadores como pueden ser los derivados del sedentarismo en este caso el estrés o el también denominado tecnoestrés.

Estas 3 fases que distingue la profesora Montes Adalid en su obra, de manera brillante suponen un análisis metodológico histórico que converge en dos pilares o enclaves de referencia que ofrecen ciertos sectores doctrinales en esta materia. En este sentido la autora realiza unos cuadros conceptuales que coinciden con los actuales modelos prevalentes de protección laboral frente a la industria 4.0 siendo uno de ellos el denominado modelo productivista de vocación reparadora dirigido

a cómo mitigar la incidencia de los efectos de la productividad y la revolución tecnológica sobre la salud de los trabajadores) y un surgido posteriormente modelo tecnocrático que surge de influencia anglosajona que considera al riesgo como un elemento controlable y que promocionará las técnicas de prevención.

La propuesta de lege ferenda a favor del humano y no de los beneficios económicos realizada por la autora reside en la proposición de una serie de medidas legales y políticas para enfrentar los obstáculos planteados por la transformación digital, el envejecimiento de la población y la despoblación en áreas rurales con el objetivo de garantizar el trabajo decente y la inclusión en la sociedad digital y globalizada

Es por esta razón que este trabajo debería abrir una nueva perspectiva de actuación por parte de los estados español e italiano que ninguna otra obra había planteado con tan notable concisión. En este sentido este trabajo realizado, se presenta como una base de partida para futuras líneas de investigación en la búsqueda de un modelo de protección sociolaboral tan necesario para pervivencia humana y que se presenta actualmente como un imperativo categórico en el sentido que debería ponerse en marcha.

Es de señalar que la labor realizada por la profesora Gloria Montes Adalid, ayuda a comprender nuestro actual sistema de protección laboral y a donde debería evolucionar, invitando de manera libre a reflexionar sobre su eficacia. Es de señalar que la obra, en justicia ha conseguido este cometido, pues de manera inédita no se limita únicamente a realizar un análisis histórico de la evolución de la sociedad moderna, sino que en verdad usa las referencias históricas para explicar cómo se ha llegado a la situación actual de nuestro sistema laboral ante la disrupción digital. Es por tanto que, en este sentido, la presente obra se convierte en la única, hasta el momento, valiosa herramienta diagnóstica de nuestra actual situación sociolaboral.

CAPACITACIÓN Y RECICLAJE PROFESIONAL: HACIA UN MODELO DIGITAL, INTEGRADO Y COMPETITIVO, por Marina Fernández Ramírez, Editorial Dykinson, 2023, páginas: 206.

Comentado por:
Estefanía González Cobaleda
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga.
https://orcid.org/0000-0002-5826-4012

Recientemente, ha visto la luz la nueva monografía de la Dra. Marina Fernández Ramírez, Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga (España), bajo el título: "Capacitación y reciclaje profesional: hacia un modelo digital, integrado y competitivo". Tenemos el placer de recensionar esta interesante monografía publicada en la prestigiosa Editorial Dykinson, lo que sin duda alguna contribuirá a su amplia difusión.

Precisamente, la autora a través del rigor científico que le caracteriza y que viene avalada por su dilatada carrera académica, realiza un estudio exhaustivo y actual acerca de la transformación que vive el mercado de trabajo y de las relaciones laborales a partir de la transformación digital, el cambio hacia una economía verde, el cuidado de personas, entre otras cuestiones, ocasionando la aparición progresiva de nuevos yacimientos de empleo, siendo relevantes la adquisición de nuevas competencias y capacidades. De hecho, la finalidad perseguida por la autora ha sido el análisis integral, jurídico y vigente, de la garantía y desarrollo del derecho a la formación profesional en un

contexto de incertidumbre y de modernidad, arrojando luz sobre una temática compleja tratada de forma completa y exhaustiva.

En efecto, se ha planteado un conjunto de problemáticas y proporcionando soluciones de gran solvencia y rigor científico sobre una menor vida útil de las competencias profesionales, de los conocimientos adquiridos en la juventud que se verán obsoletos rápido y que unido al alargamiento de las vidas laborales, obligará a las personas a reciclarse y a actualizarse cada pocos años. Por lo tanto, la Dra. Marina Fernández Ramírez siendo una gran conocedora de la materia, pretende ofrecer una visión amplia y profunda sobre el empleo, la formación y la educación como vasos comunicantes que ayuden a superar los principales escollos actuales.

No podemos obviar que esta obra se enmarca dentro de las actividades de un conjunto de proyectos de ámbito estatal y autonómicos, así como por grupos de investigación, como son:

— Proyecto de Investigación "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socioeconómico de la economía digital" del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación de fondos FEDER (Ref. UMA18 FEDERJA 028)

— Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347) "Políticas de empleo, Igualdad e Inserción Social"

— Equipo de Investigación "Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital" (Ref. PID2021-124031NB-C44)

— Proyecto de Investigación "Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores" (Ref. D5-2022_06)

La monografía se estructura en siete sugerentes capítulos, en los cuales se recogen las idas y venidas acerca del proceso de modernización del Sistema de Formación Profesional español, donde la investigación puede ser dividida en tres grandes bloques, si bien, interconectados entre sí. En efecto, en estricta coherencia con esta visión analítica, en los Capítulos I, II y III se abordan los cambios tecnológicos, económicos y cultuales que han llevado a la mejora o a la adquisición de destrezas o conocimientos que las personas trabajadoras precisan para ser más eficientes en su puesto de trabajo o para optar a otros de mayor categoría, lo que aporta valor, conformándose como un trabajo sin duda muy actual. Es indudable que, como pone de relieve la autora, la formación se contempla como un derecho subjetivo de la persona y una responsabilidad vinculada a su evolución personal y profesional.

Todo ello, conduce al Capítulo IV en el que se realiza un recorrido minucioso de las principales y graves déficit estructurales de nuestro sistema clásico de Formación Profesional para el empleo y que era anterior a la reforma. Si bien es cierto que, esta obra adquiere una mayor relevancia dado el actual escenario al que nos enfrentamos acerca de la digitalización de la ciudadanía, siendo como uno de los mayores desafíos de las sociedades y del desarrollo socioeconómico del futuro.

Avanzando sobre el análisis del reciente marco regulador de la política de formación profesional nos encontramos con los Capítulos V, VI y VII que se centran en el abordaje de los principales retos ante un marco programático del empleo, la educación y la alfabetización digital. Todo ello, no solo a nivel nacional, sino mediante un estudio comparado conflictual de las instituciones internacionales y comunitarias que exigen una evaluación continuada y crítica de los propios sistemas nacionales acerca

de la modernización del ámbito laboral como ecosistema disruptivo de aprendizaje y recualificación profesional. Por último, la autora apuesta por el redimensionamiento de la formación profesional reglada como ámbito estratégico de las políticas públicas educativa y de empleo.

En base a lo anterior, esta magnífica investigación se culmina con un conjunto de conclusiones finales y propuestas de lege ferenda acerca de la capacitación y recualificación profesional que han de ser inherentes a la efectividad del derecho al trabajo digno y en una sociedad en continuo cambio que puedan contribuir a clarificar dichos desafíos, siendo de gran utilidad sobre la materia analizada.

En definitiva, podemos comprobar el indiscutible rigor científico de la autora de una cuestión actual y que presenta grandes desafíos. Se trata de un elaboradísimo trabajo de investigación, de carácter jurídico y crítico que añade un gran valor, ofreciendo una visión completa sobre la materia, por consiguiente, se puede considerar prácticamente de obligada lectura y merecedora de ser catalogada como de referencia.

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 273-324.

Asunto: Prevención de Riesgos Laborales. Acceso a las historias clínicas de los empleados públicos por parte del Servicio de Prevención.

Entidad: Agencia Española de Protección de Datos. Gabinete Jurídico.

Referencia: Informe 0055/2023

La consulta plantea si es conforme a la normativa de protección de datos personales, Reglamento (UE) 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 (RGPD), y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de los empleados públicos de la Administración Pública de la Región de Murcia pueda acceder a las historias clínicas de éstos con el fin de desarrollar diferentes actividades.

En concreto identifica expresamente como tales las siguientes:

— Estudiar las enfermedades susceptibles de estar relacionadas con el trabajo, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de enfermedad y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.

— Comunicar las enfermedades que podrían ser calificadas como profesionales, tal y como establece el artículo 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente y están accesibles en el Portal de Transparencia del Gobierno.
Selección y notas a cargo de José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

— Proporcionar la asistencia de primeros auxilios y la atención de urgencia a los trabajadores que lo necesiten.

— Impulsar programas de promoción de la salud en el lugar de trabajo, en coordinación con el Sistema Nacional de Salud.

— Colaborar con el Sistema Nacional de Salud, tal y como establece el artículo 38 del Reglamento de los Servicios de Prevención, con los servicios de atención primaria de salud y de asistencia sanitaria especializada para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo, así como en las campañas sanitarias y epidemiológicas organizadas por las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria.

— Colaborar con las autoridades sanitarias en las labores de vigilancia epidemiológica, provisión y mantenimiento del Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral, según se establece en el artículo 39 del Reglamento de los Servicios de Prevención[2].

I

Antes de abordar la adecuación a la normativa de protección de datos que supone el tratamiento que va a analizarse, es preciso realizar una diferenciación de dos conceptos esenciales para resolver la consulta planteada y es la diferencia entre la "historia clínica laboral" y la historia clínica ordinaria o convencional.

Mientras la primera está vinculada a las competencias y funciones de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, por estar referida a la Salud Laboral, sin que exista una definición oficial, la otra se puede considerar como aquella que está vinculada a cualquier actuación médico-asistencial, ya sea realizada por los servicios de atención primaria o de atención especializada, a través del Sistema Nacional de Salud o a través de la sanidad privada. Las distintas normas de carácter básico y autonómico definen su finalidad y contenido. Así el artículo 14 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, LAP en lo sucesivo, establece:

> *La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.*

[2] El art. 39 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, dispone
Artículo 39. Información sanitaria.
1. El servicio de prevención colaborará con las autoridades sanitarias para proveer el Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral. El conjunto mínimo de datos de dicho sistema de información será establecido por el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán desarrollar el citado sistema de información sanitaria.
2. El personal sanitario del servicio de prevención realizará la vigilancia epidemiológica, efectuando las acciones necesarias para el mantenimiento del Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral en su ámbito de actuación.
3. De efectuarse tratamiento automatizado de datos de salud o de otro tipo de datos personales, deberá hacerse conforme a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

Por su parte, la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, de aplicación al ámbito territorial de la consulta, dispone en su artículo 50:

> *1. La historia clínica es el conjunto de documentos sanitarios en los que se recoge toda la información clínica de un paciente, que se va generando en los diferentes procesos asistenciales del usuario.*

En cuanto al concepto de historia clínica laboral, como se indicado antes, no hay una definición oficial, por lo que su contenido lo podemos extraer de diferentes fuentes como estudios y publicaciones tanto de ámbito nacional y autonómico como internacional, así como de diferentes cuerpos jurídicos de distintos ámbitos.

Así, por ejemplo, la Guía Básica y General de Orientación "Vigilancia de las Salud para la Prevención de Riesgos Laborales[3]" aprobada por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en la reunión de 14 de marzo de 2019, de acuerdo con el Artículo 11 del Real Decreto 843/2011 de 17 de junio, (la Guía en lo sucesivo) nos indica al respecto que:

> *(...) La documentación básica de la vigilancia de salud de cada trabajador está constituida por: la historia clínico-laboral individual del trabajador y los resultados de la vigilancia que se comunican a cada persona mediante informes médicos laborales. Los contenidos de la historia clínico-laboral están definidos en el Reglamento de los servicios de prevención. Los informes médicos laborales han de identificar claramente al trabajador, su puesto de trabajo, exposiciones laborales conocidas y han de incluir las conclusiones que se derivan de los reconocimientos efectuados. Este informe ha de ser entregado a los trabajadores como modo de comunicación de los resultados de la vigilancia de la salud (...).*
>
> *(...) El contenido de dichos reconocimientos incluirá como mínimo una historia clínico-laboral, donde además de los datos de anamnesis, exploración física y mental, control biológico y exámenes complementarios, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, del tiempo de permanencia en el mismo, de los riesgos detectados y de las medidas de prevención adoptadas, así como la información sobre los antecedentes de exposición en anteriores puestos de trabajo. (...)*

Por su parte, en el documento "Historia Clínico Laboral" elaborado por el Instituto Vasco de Seguridad y Salud laboral[4], se define a la historia clínico laboral como:

> *El conjunto único de documentos y registros informáticos o en otro formato que abarca toda la información clínica y laboral del trabajador y que contiene de forma clara y concisa los datos, valoraciones e informaciones generados en los procesos de vigilancia de la salud, asistenciales y de condiciones de trabajo (tareas y exposiciones) a los que se somete a un trabajador y en los que se recoge su estado de salud, la evolución de ese estado, las actuaciones realizadas sobre él, los daños y/o las patologías laborales sufridas y la descripción de las tareas que realiza y las exposiciones a las que se somete a lo largo de su vida laboral.*

[3] Accesible en: https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/docs/guiavigisalud.pdf

[4] Accesible en: https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/informacion/nueva_historia_clinica_laboral/es_jt120903/adjuntos/presentacion_historia_clinica_jt140219.pdf

A nivel internacional podemos citar el documento "Historia Clínica Laboral" elaborado por el Departamento de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México[5] que define la historia clínica laboral como:

> *(...) un instrumento de recolección de información sistematizada de datos individuales en torno a los antecedentes laborales y exposición actual a factores de riesgo presentes en el ambiente de trabajo, y sus repercusiones en la salud de los trabajadores ocupacionalmente expuestos (...)*

En cuanto a los cuerpos jurídicos de los que se puede deducir el concepto y contenido de la historia clínica laboral, podemos citar el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, al que hace referencia la citada Guía, que dispone en su artículo 37.3 c) lo siguiente:

> *Los exámenes de salud incluirán, en todo caso, una historia clínico- laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas.*
> *Deberá constar igualmente, en caso de disponerse de ello, una descripción de los anteriores puestos de trabajo, riesgos presentes en los mismos, y tiempo de permanencia para cada uno de ellos.*

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora se puede concluir que la historia clínico-laboral recoge las actuaciones que realizan los servicios médicos de Prevención de Riesgos Laborales en su cometido de Vigilancia de la Salud laboral, centrándose en la promoción, prevención y vigilancia en relación con el paciente y su entorno laboral, pasado, presente y futuro.

Es decir, ese componente "laboral" (elemento esencial del contexto y de la finalidad que persigue dicha historia clínica) y la naturaleza jurídica de quien realiza la Vigilancia de la Salud Laboral, los Servicios de prevención de Riesgos Laborales, será la nota diferenciadora de la historia clínica, a la que podemos añadir el adjetivo de ordinaria o convencional, a los efectos del presente informe.

La diferenciación que se acaba de realizar cobra importancia pues la consultante propone que los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, cuyas funciones se analizaran en el presente informe y que están estrechamente ligadas a la historia clínica laboral, puedan acceder a la historia clínica ordinaria o convencional para cumplir diferentes cometidos.

II

Planteados los términos de la consulta, debe indicarse que para que un tratamiento de datos personales sea conforme al RGPD deben cumplirse, entre otros elementos del sistema de protección de datos, los principios de protección de datos contenidos en el artículo 5.1 del RGPD, a cuyo tenor los datos personales serán:

a) *Tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);*

[5] Accesible en https://dsp.facmed.unam.mx/wp-content/uploads/2022/02/HISTORIA_CLINICA.pdf

b) *Recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);*

c) *Adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);*

d) *Mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);*

e) *Tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).*

En el presente caso y atendiendo a los términos de la consulta se va a centrar el análisis del presente informe en los principios de licitud (apartado a) y limitación de la finalidad (apartado c).

Todo ello sin perjuicio de abordar otros aspectos relacionados con el derecho a la protección de datos que de modo directo o indirecto se vean afectados.

III

El principio de licitud es aquel que determina en qué supuestos o bajo qué condiciones un tratamiento de datos personales debe considerarse lícito.

Con carácter general los supuestos o bases jurídicas que legitiman el tratamiento de datos personales se encuentra en el artículo 6 del RGPD, y respecto de las categorías especiales de datos, además, en el artículo 9.2 del RGPD que recoge los supuestos en los que se considera que la prohibición general de tratamiento de este tipo de datos establecida en el apartado 1 no resulta aplicable, es decir, está excepcionada.

Esto quiere decir que para poder someter lícitamente a tratamiento datos pertenecientes a categorías especiales debe existir simultáneamente una base jurídica de las previstas en el art. 6.1 RGPD y una cobertura en el artículo 9.2 RGPD que levante la prohibición general prevista en el artículo 9.1. Así lo indicó el Grupo de Trabajo del Articulo 29 (cuyas funciones han sido asumidas por el Comité europeo de Protección de Datos) en su dictamen "Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679" al indicar que (…) *Los responsables del tratamiento solo pueden tratar datos personales de categoría especial si se cumplen una de las condiciones previstas en el artículo 9, apartado 2, así como una condición del artículo 6. (...).*

En el presente caso se pretende someter a tratamiento los datos de las historias clínicas, que contienen, ambas (la laboral y la ordinaria) datos de salud y por tanto supone un tratamiento de categorías especiales de datos a las que se refiere el citado artículo 9 del RGPD.

IV

Como se acaba de indicar, el acceso a la historia clínica -ya sea laboral y ordinaria- supone un tratamiento de datos personales referidos a la salud, cuyo análisis ha sido abordado en reiteradas ocasiones por este Gabinete Jurídico desde múltiples perspectivas.

En efecto, procede citar el Informe 41/2023 que analiza la legitimación para el tratamiento de datos personales mediante el intercambio de información de la historia clínica de los trabajadores entre los médicos del servicio público de salud y los médicos de las Mutuas, y que, si bien difiere de lo propuesto por la consultante, comparte que estamos ante el acceso a la historia clínica como datos de salud, y por tanto como categorías especiales de datos con un especial régimen de protección:

(…) I

Para dar respuesta a la presente consulta, debe partirse de la regulación contenida en el Reglamento (UE) 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que desplaza la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, por lo que debe examinarse la cuestión planteada a la luz de lo previsto en el mismo.

Dicho Reglamento define en su artículo 4.15 los datos relativos a la salud como los "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud."

El considerando 35 del Reglamento aclara dicha definición señalando que "Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro."

El Tribunal de Justicia (TJUE) interpretó dicho concepto en un sentido amplio, considerando como datos relativos a la salud, la información relativa a todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona, tanto relativo a su estado de salud (que se ha lesionado un pie) como que la misma se encuentra en una situación de baja parcial (STJUE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01).

Por su parte, el número 2 del artículo 4 define el tratamiento de datos como "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea

por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción."

Condición esencial para que un tratamiento de datos sea lícito es que quien lo lleve a cabo se encuentre legitimado para ello en la forma prevista en el aludido Reglamento (UE) 2016/679. A este respecto debe tomarse en consideración que el artículo 9 de dicho Reglamento, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales, establece que "1.Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física."

En su apartado 2 se recogen las excepciones que levantan la prohibición al indicar que no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) *El interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;*

b) E*l tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;*

c) E*l tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento*

d) *El tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;*

e) *El tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;*

f) *El tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;*

g) *El tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;*

h) *El tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;*

i) *El tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,*

j) *El tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.*

El apartado 3 recoge una garantía específica para los supuestos de la letra h) que, como posteriormente veremos, es el que resulta de aplicación en el presente caso:

> *Los datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse a los fines citados en el apartado 2, letra h), cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes.*

Y, por último, el apartado 4 atribuye a los Estados Miembros la facultad de introducir otras garantías específicas para la licitud del tratamiento:

> *Los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.*

Por su parte en los Considerandos 10, 52 a 54 del RGPD respecto del tratamiento de categorías especiales de datos y la posibilidad de que los Estados miembros establezcan una regulación adicional o complementaria sobre dichos datos, se indica lo siguiente:

> (10) (…). El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»). En este sentido, el presente Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito. *Asimismo deben autorizarse excepciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales cuando lo establezca el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger*

datos personales y otros derechos fundamentales, cuando sea en interés público, en particular el tratamiento de datos personales en el ámbito de la legislación laboral, la legislación sobre protección social, incluidas las pensiones y con fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud. Tal excepción es posible para fines en el ámbito de la salud, incluidas la sanidad pública y la gestión de los servicios de asistencia sanitaria, especialmente con el fin de garantizar la calidad y la rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos. Debe autorizarse asimismo a título excepcional el tratamiento de dichos datos personales cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, ya sea por un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo o extrajudicial.

Las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto, en particular en el contexto de la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social, incluido el tratamiento de esos datos por las autoridades gestoras de la sanidad y las autoridades sanitarias nacionales centrales con fines de control de calidad, gestión de la información y supervisión general nacional y local del sistema sanitario o de protección social, y garantía de la continuidad de la asistencia sanitaria o la protección social y la asistencia sanitaria transfronteriza o fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, basados en el Derecho de la Unión o del Estado miembro que ha de cumplir un objetivo de interés público, así como para estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública. Por tanto, el presente Reglamento debe establecer condiciones armonizadas para el tratamiento de categorías especiales de datos personales relativos a la salud, en relación con necesidades específicas, en particular si el tratamiento de esos datos lo realizan, con fines relacionados con la salud, personas sujetas a la obligación legal de secreto profesional. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros debe establecer medidas específicas y adecuadas para proteger los derechos fundamentales y los datos personales de las personas físicas. Los Estados miembros deben estar facultados para mantener o introducir otras condiciones, incluidas limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud. (…)

54) El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. En ese contexto, «salud pública» debe interpretarse en la definición del Reglamento (CE) n.o 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (11), es decir, todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad. (…)

De lo indicado hasta ahora se extrae la conclusión de *que si bien el RGPD establece unos supuestos que excepcionan la prohibición de tratamiento de categorías especiales de datos, a través del derecho de los Estados miembros se pueden introducirse regulaciones ad hoc a fin de adaptar la realidad de los sectores implicados para garantizar una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos de la unión.*

Por su parte, el artículo 9.2 de la LOPDGDD completa dichas previsiones en los siguientes términos:

> "2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.
> En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte."

II

Por consiguiente, los tratamientos de datos de salud deberán realizarse, en todo caso, con sujeción a las previsiones establecidas por el Derecho europeo y por la normativa nacional con rango de ley que los regule.

En cuanto a las limitaciones legales, debe recordarse que el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, cuyo contenido consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC 76/2019, de 22 de mayo, y STC 292/2000, de 30 de noviembre). Pero, además, estas sentencias señalaron igualmente la necesidad de que la injerencia esté prevista en una ley o norma de la Unión Europea, con respeto, en todo caso, al principio de proporcionalidad.

En concreto, el Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999,

FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias […], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

"En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6)."

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice:

Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE- Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a que requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE- Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada).

Como ya mencionamos más arriba en este informe, la STC 76/2019, tan reiterada, dispone:

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias […], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).

Sobre las características de las leyes que pretendan regular el tratamiento de categorías especiales de datos, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado extensamente en la citada Sentencia núm. 76/2019 de 22 mayo.

La sentencia analiza, en primer término, el régimen jurídico al que se encuentra sometido el tratamiento de las categorías especiales de datos en el RGPD:

"De acuerdo con el apartado 1 del art. 9 RGPD, está prohibido el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas, del mismo modo que lo está el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto autoriza el tratamiento de todos esos datos cuando concurra alguna de las diez circunstancias allí previstas [letras a) a j)].

Algunas de esas circunstancias tienen un ámbito de aplicación acotado (laboral, social, asociativo, sanitario, judicial, etc.) o responden a una finalidad determinada, por lo que, en sí mismas, delimitan los tratamientos específicos que autorizan como excepción a la regla general. Además, la eficacia habilitante de varios de los supuestos allí previstos está condicionada a que el Derecho de la Unión o el de los Estados miembros los prevean y regulen expresamente en su ámbito de competencias: es el caso de las circunstancias recogidas en las letras a), b), g), h), i) y j).

El tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento General de Protección de Datos ha reconocido a los Estados miembros "margen de maniobra" a la hora de "especificar sus normas", tal como lo califica su considerando 10. Este margen de configuración legislativa se extiende tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos -es decir, a la identificación de los fines de interés público esencial y la apreciación de la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos- como al establecimiento de "medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado" [art. 9.2 g) RGPD]. El Reglamento contiene, por tanto, una obligación concreta de los Estados miembros de establecer tales garantías, en el caso de que habiliten para tratar los datos personales especialmente protegidos."

Por otro lado, en cuanto a las garantías que debe adoptar el legislador, la citada sentencia núm. 76/2019 de 22 mayo, recuerda que

"A la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, la jurisprudencia de este Tribunal le exige al legislador que, además de cumplir los requisitos anteriormente mencionados, también establezca garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental".

Dicha sentencia reitera, por tanto, la necesidad de contar con garantías adecuadas a los tratamientos que se pretendan llevar a cabo, con especial cuidado cuando aquellos tratamientos envuelven datos de categorías especiales, como es aquí el caso, porque, como añade el Tribunal Constitucional:

Por último, debemos recordar que el Reglamento general de protección de datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales, ni en el ámbito de los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [artículo 9.2.g) RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente

a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.

Asimismo, en un pronunciamiento de especial relevancia, analiza cuál es la norma que debe contener las citadas garantías:

"Por tanto, la resolución de la presente impugnación exige que aclaremos una duda suscitada con respecto al alcance de nuestra doctrina sobre las garantías adecuadas, que consiste en determinar si las garantías adecuadas frente al uso de la informática deben contenerse en la propia ley que autoriza y regula ese uso o pueden encontrarse también en otras fuentes normativas.

La cuestión solo puede tener una respuesta constitucional. La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del art. 53.1 CE (RCL 1978, 2836) para el legislador de los derechos fundamentales: la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución y el respeto del contenido esencial de dichos derechos fundamentales.

Según reiterada doctrina constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas -unas veces- de predeterminación normativa y -otras- de calidad de la ley como al respeto al contenido esencial del derecho, que en esa regulación el legislador, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Ese mandato de predeterminación respecto de elementos esenciales, vinculados también en último término al juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental, no puede quedar deferido a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni tampoco se puede dejar en manos de los propios particulares" (FJ 8).

(…)"

V

Procede analizar las concretas normas legales que regulan los tratamientos de datos de salud a los que se refiere la consulta partiendo de las exigencias del tratamiento de categorías especiales de datos que se han citado anteriormente.

Debe analizarse la finalidad de la historia clínica, y, por tanto, aquellos usos permitidos y las excepciones a los mismos en caso de que existan, así como las garantías o salvaguardas previstas en su normativa específica.

Comenzando por la legislación estatal básica la LAP, respecto de la finalidad de la historia clínica, dispone en su artículo 15.2 lo siguiente:

> *"La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud".*

Y en cuanto a los usos de la misma, el articulo 16 bajo la rúbrica "usos de la historia clínica" nos indica en el apartado 1 que:

> *"La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia."*

Por su parte, en el apartado 3 se establece que:

> *"El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.*
> *Se exceptúan los supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.*
> *Asimismo, se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.*
> *Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos."*

Y el apartado 5 indica que:

> *"El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria."*

Finalmente, en cuanto a las garantías para el paciente, el articulo 7 hace referencia al "derecho a la intimidad" señalando lo siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.*

2. *Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.*

En segundo término, procede acudir a la normativa autonómica que resulta de aplicación, la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

El articulo 52.2 determina respecto de la su finalidad, lo siguiente:

> *La finalidad esencial de la historia clínica es facilitar en cada momento la asistencia sanitaria del paciente, por incluir de forma acumulativa toda información sanitaria de interés, tales como, datos clínicos, valoraciones, resultados de exploraciones o procedimientos, evolución clínica de los pacientes, así como la identificación de médicos y profesionales sanitarios que intervinieron durante el proceso. Todo ello permitirá un conocimiento integral y actualizado del estado de salud del paciente a lo largo de sus episodios asistenciales.*

Y respecto de los usos de la misma, el articulo 55 bajo la denominación "Acceso y uso de la historia clínica por los profesionales e instituciones sanitarias", lo siguiente:

> *1.Los profesionales sanitarios que por razones diagnósticas o asistenciales atiendan a un paciente tienen derecho a acceder libremente a su historia clínica. A estos efectos, los centros sanitarios establecerán los medios y mecanismos necesarios que hagan posible un acceso ágil a la historia clínica en el momento del proceso asistencial en que sea necesario.*
> *2. El personal encargado de tareas administrativas y de gestión de los centros sanitarios podrá acceder exclusivamente a los datos de la historia clínica, de conformidad con las funciones que tengan encomendadas.*
> *3. En cualquier caso, todas las personas que por motivos asistenciales o de gestión tengan acceso a las historias clínicas deberán guardar la confidencialidad y sigilo, exigidos por la legislación aplicable.*
> *4. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos, de conformidad con las previsiones contenidas en la legislación básica.*
> *5. Quedan exceptuados del apartado anterior, los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico- asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.*
> *6.El personal acreditado de la Administración Sanitaria que ejerza funciones de inspección y control de los servicios sanitarios, podrá acceder a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, de garantía de los derechos del paciente o de cualquier otra obligación que advierta la Administración Sanitaria en defensa de la asistencia sanitaria, como puede ser en materia de expedientes.*

Y en cuanto a las garantías previstas en la regulación autonómica, para tratar datos de salud y por tanto aplicables a las historias clínicas, procede citar los artículos 24, 25 y 28 a cuyo tenor:

Artículo 24. Derecho a la confidencialidad.

Los datos relativos a la salud de las personas tienen carácter confidencial, por lo que nadie puede acceder a ellos sino en los supuestos en que el acceso está autorizado y amparado por la normativa aplicable.

Artículo 25. Datos personales.

Los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud, creencias, orientación sexual y, en general, cuantos otros datos pertenezcan a la esfera de su privacidad, deberán ser objeto de una especial protección y salvaguarda.

Artículo 28. Régimen de garantía y protección.

1. El conjunto de datos personales o del ámbito de la salud, a que se refiere este Título, se someterá al régimen de garantía y protección establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la legislación básica estatal en materia de sanidad y demás normativa aplicable.
(...)

De lo indicado hasta ahora se deduce que, con carácter general, la finalidad del uso de la historia clínica responde a la función asistencial que los médicos de atención primaria y especializada llevan a cabo. Fuera de esta finalidad, los distintos usos o excepciones que prevén las normas citadas están tasados (apartados 3 y 5 del artículo 16 LAP y apartados 4 y 5 del artículo 55 de la ley autonómica) y en ninguno de ellos se identifican a los Servicios de Prevención de Riesgos laborales como potenciales destinatarios de la misma.

A lo que hay que añadir que el tratamiento de los datos de salud de la historia clínica debe respetar la intimidad, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal y cualquier acceso a dicha información debe estar previsto en la ley.

Lo que no obsta a que la legitimación para el tratamiento objeto de consulta pueda encontrarse en otro cuerpo normativo distinto de los analizados hasta ahora, tal como se expone a continuación y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 LOPDGDD que establece la reserva de ley a estos efectos: "*2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo* 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte."

En este sentido el Informe de esta AEPD 362/2010 indica que (…) Por otra parte, las limitaciones establecidas por el citado artículo 16 no implican necesariamente que los datos de la historia clínica puedan ser únicamente objeto de acceso en los supuestos allí enumerados, sino que podría ser admisible una cesión en caso de contarse con otra norma con rango de Ley que la habilitase. (…)

Por tanto, teniendo en cuenta que el acceso por los Servicios de Prevención no está previsto en las normas analizadas, procede abordar el estudio de la normativa que resulta de aplicación a los Servicios de Prevención de riesgos laborales, para ver si en la misma se encuentran los tratamientos

que propone la consultante y que impliquen necesariamente el acceso a la historia clínica ordinaria o convencional.

VI

Los Servicios de Prevención están regulados principalmente en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL en lo sucesivo) y en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (RSP en lo sucesivo).

A tal efecto del articulo 31.3 LPRL se pueden deducir las funciones y cometidos de dichos servicios, al disponer lo siguiente:

1. *Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a:*

   a) *El diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa.*

   b) *La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores en los términos previstos en el artículo 16 de esta Ley.*

   c) *La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia.*

   d) *La información y formación de los trabajadores, en los términos previstos en los artículos 18 y 19 de esta Ley.*

   e) *La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.*

   f) *La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.*

Teniendo en cuenta las funciones que describe el precepto hay que indicar que no resulta necesario para su cumplimiento, el acceso por parte de los Servicios de Prevención a la historia clínica de los servicios de atención primaria y/o especializada del sistema nacional de salud o de la sanidad privada.

Cuestión distinta es el acceso a la historia clínica laboral, que como se ha indicado antes, precisamente la nota diferenciadora es el elemento laboral, del que se desprende la protección y de la salud laboral, el análisis de los riesgos en el puesto de trabajo para la salud, las medidas concretas de planificación sobre prevención, etc., cuestiones que obviamente están ligadas a las funciones de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

En algunas de las funciones que se citan en el precepto, dada su obviedad no merecen análisis ninguno -como pueden ser las previstas en las letras a) a d) - y en otras debe indicarse lo siguiente:

En relación con la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia prevista en el apartado e), puede resultar *conveniente* conocer episodios anteriores del trabajador en cuestión a la hora de prestarle primeros auxilios, pero dicha información la proporcionaría, en la medida de

lo posible, el trabajador en ese momento, integrándose así en la historia clínica laboral, pues dicha información es obtenida en ese momento, precisamente al amparo de las funciones que la ley le atribuye al citado Servicio de Prevención. Precisamente, la propia mención de la ley a los "primeros auxilios" implica que no necesariamente se ha de contar, en ese momento, con el acceso a una historia clínica del paciente.

En cuanto al apartado f) referido al a vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo, ya la propia literalidad del texto nos reconduce por sí sólo al entorno o contexto laboral, excluyéndose lógicamente, el contexto ordinario que se deriva de la atención primaria y/o especializada cuyos resultados de su actividad se plasman en la historia clínica.

Y finalmente, en relación con la vigilancia de la salud a la que hace referencia dicho apartado, es preciso acudir al artículo 22 de la LPRL que dispone lo siguiente:

> *1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.*
> *Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.*
> *(…)*
> *3. Los resultados de la vigilancia a que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados*
> *2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.*
> *(…)*
> *Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.*
> *El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.*
> *(...)*

Del articulo 22 LPRL se extraen importantes conclusiones en relación con la consulta planteada, ya que, (i) el examen que supone la vigilancia de la salud por parte de los servicios de prevención es, con carácter general, voluntario, salvo los supuestos tasados; (ii) los resultados se comunican al trabajador afectado; (iii) y el acceso a información médica de carácter personal está limitado a personal médico y autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud; fuera de este supuesto, también es necesario el consentimiento.

Por lo tanto, el tratamiento que propone la consultante quiebra estas salvaguardas que se acaban de citar.

En efecto, los reconocimientos médicos laborales son, con carácter general, voluntarios, por lo que una utilización de la historia clínica ordinaria para fines distintos de los estrictamente médicos no estaría justificada y no sería proporcionada a la intrusión en el derecho fundamental que se pretende.

Por ejemplo, en los tratamientos que la consulta predica que se quieren realizar (entre ellos: *Estudiar las enfermedades susceptibles de estar relacionadas con el trabajo, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de enfermedad y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo*.) se prescinde en absoluto del consentimiento del trabajador, por lo que los servicios de prevención podrían conocer enfermedades que en modo alguno están relacionadas con el trabajo, sin una base legal que lo justifique, y sin consentimiento del trabajador, quien puede no querer someterse a los reconocimientos médicos de la empresa. Lo que la ley, salvo excepciones, avala.

Es decir, si cualquier proceso asistencial de atención primaria y/o especializada que se refleje en la historia clínica va a utilizarse, o poder utilizarse, por los servicios de prevención laboral, ello ni se haría con la debida información sobre el tratamiento de sus datos de salud (ya que la LAP no prevé dicha finalidad), con lo cual el paciente difícilmente puede prever lo que va a ocurrir con sus datos médicos, y de otro tampoco se le podría ofrecer información objetiva y fiable pues podría producirse la comunicación de datos o no, y tampoco se sabría con certeza el destinatario, ya que los Servicios de Prevención podrían ser cambiantes.

A lo que hay que añadir que, sin información o con las carencias apuntadas, tampoco se produciría dicha comunicación con consentimiento (como exige la LPRL), como tampoco los cesionarios de la misma serían los habilitados por la norma al efecto, y en su defecto autorizados por el titular de los datos, tal como expresamente se hace constar en el apartado 4.

Es decir, estaríamos ante el hipotético supuesto en que una persona acude al médico para una finalidad determinada y con posterioridad, esa información seria utilizada por los Servicios de Prevención del empleador de dichopaciente, incluso en el caso de que éste en su entorno laboral hubiera declinado la opción de realizarse el reconocimiento médico. Ninguna expectativa de privacidad ni previsibilidad del tratamiento haría formarse al titular de los datos cuando acude a la consulta o a una prueba determinada en relación con el tratamiento posterior que pretende la consultante.

VII

Analizadas las normas que resultan de aplicación con carácter general, como son la LAP y la LPRL, procede abordar las actividades concretas a las que se refiere la consultante y que a su entender justificarían o harían necesario que los Servicios de Prevención accedieran a las historias clínicas de la atención primaria y/o especializada.

En primer lugar, "*Estudiar, las enfermedades susceptibles de estar relacionadas con el trabajo, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de enfermedad y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.",* puede llevarse a cabo a través de la recogida de información en los reconocimientos médicos previstos en el artículo 22 LPRL y en su caso, a través de entrevistas voluntarias. Es decir, todo ello sin que sea necesario acceder a la historia clínica ordinaria del trabajador.

En segundo lugar, en cuanto a "*Comunicar las enfermedades que podrían ser calificadas como profesionales, tal y como establece el artículo 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre,*

por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social", debe indicarse que el propio precepto citado establece el cauce y procedimiento adecuado:

> *Cuando los facultativos del Sistema Nacional de Salud, con ocasión de sus actuaciones profesionales, tuvieran conocimiento de la existencia de una enfermedad de las incluidas en el anexo 1 que podría ser calificada como profesional, o bien de las recogidas en el anexo 2, y cuyo origen profesional se sospecha, lo comunicarán a los oportunos efectos, a través del organismo competente de cada comunidad autónoma y de las ciudades con Estatuto de Autonomía, a la entidad gestora, a los efectos de calificación previstos en el artículo 3 y, en su caso, a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales. Igual comunicación deberán realizar los facultativos del servicio de prevención, en su caso.*

En este caso, resulta clarificadora la Guía Básica y General de Orientación "Vigilancia de las Salud para la Prevención de Riesgos Laborales" aprobada por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en la reunión de 14 de marzo de 2019, que nos indica que:

> *"Para comunicar la sospecha de enfermedad profesional por parte de los facultativos, a través del órgano competente que designe cada Comunidad Autónoma, es necesario definir el procedimiento y criterios a cumplir en cada caso."*

Los potenciales declarantes de la sospecha son:

— *Los médicos de Atención Primaria y Atención Especializada.*

— *Los médicos de la Inspección de Servicios Sanitarios.*

— Los médicos de los Servicios de Prevención, que desarrollan sus funciones de medicina del trabajo.

> *La comunicación de cualquiera de estos facultativos irá dirigida al órgano competente, a determinar por cada Comunidad Autónoma (en las iniciativas existentes ubicado en la Dirección General de Salud Pública) mediante una opción disponible en la historia clínica informatizada, de acuerdo a lo establecido en cada Comunidad Autónoma.*
> *El órgano competente actuará en su territorio como Unidad Central de Salud Laboral, con la función básica de estudiar y catalogar los casos sospechosos en tres categorías posibles:*
>
> 1. *Sospecha de enfermedad profesional*
> 2. *Sospecha de enfermedad relacionada con el trabajo*
> 3. *No existe evidencia de relación laboral*
>
> *En el caso de que se mantenga la sospecha de enfermedad profesional, la Unidad Central de Salud Laboral, u órgano competente, lo trasladará a la entidad gestora y entidades colaboradoras de la Seguridad Social. El reconocimiento final de la enfermedad profesional corresponde a la Seguridad Social, que lo difunde a través de su Observatorio de Enfermedades Profesionales, y que a su vez debe informar periódicamente a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.*

Es decir, resulta obvio que ya existe un procedimiento ad hoc para comunicar enfermedades que podrían ser calificadas como profesionales, que no hace necesario que los Servicios de prevención puedan acceder a las historias clínicas de la atención primaria y/o especializada, sino que el flujo de información es otro, distinto al tratamiento de datos personales que propone la consultante.

Y en cuanto al acceso a las historias clínicas para cumplir lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del RSP, estos disponen lo siguiente:

Artículo 38. Colaboración con el Sistema Nacional de Salud.

1. *De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y artículo 21 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, el servicio de prevención colaborará con los servicios de atención primaria de salud y de asistencia sanitaria especializada para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo, y con las Administraciones sanitarias competentes en la actividad de salud laboral que se planifique, siendo las unidades responsables de salud pública del Área de Salud, que define la Ley General de Sanidad, las competentes para la coordinación entre los servicios de prevención que actúen en esa Área y el sistema sanitario. Esta coordinación será desarrollada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.*

2. *El servicio de prevención colaborará en las campañas sanitarias y epidemiológicas organizadas por las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria.*

Artículo 39. Información sanitaria.

1. *El servicio de prevención colaborará con las autoridades sanitarias para proveer el Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral. El conjunto mínimo de datos de dicho sistema de información será establecido por el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán desarrollar el citado sistema de información sanitaria.*

2. *El personal sanitario del servicio de prevención realizará la vigilancia epidemiológica, efectuando las acciones necesarias para el mantenimiento del Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral en su ámbito de actuación.*

3. *De efectuarse tratamiento automatizado de datos de salud o de otro tipo de datos personales, deberá hacerse conforme a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.*

Basta con la lectura de sus preceptos para deducir que nada se indica ni directa ni indirectamente sobre la necesidad de acceder a la historia clínica de los trabajadores para cumplir dichos cometidos. Pero incluso si se admitiera a meros efectos dialecticos dicha interpretación, no puede olvidarse que estamos ante disposiciones reglamentarias que no cumplen los requisitos (ni formales ni materiales) que se han ido exponiendo a lo largo del presente informe y que parten de la doctrina constitucional en la ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo.

VIII

No obstante lo anterior, debe indicase que el tratamiento de datos de salud que realizan los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales está amparado en el artículo 9.2 del RGPD en el

apartado h) *el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3.*

A lo que hay que añadir la legitimación del articulo 6.1 c) y e) del RGPD, en relación con el artículo 8 de la LOPDGDD siendo la norma con rango legal que exige el precepto la LPRL. Y también en la LOPDGDD en el artículo 9.2:

> *"2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.*
> *En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte."*

Y en la Disposición Adicional 17ª LOPDGDD que en su apartado 1 indica lo siguiente:

> *"1. Se encuentran amparados en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que estén regulados en las siguientes leyes y sus disposiciones de desarrollo:*
> *b) La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.*

Ahora bien, esta legitimación es para las funciones que se derivan de dicha ley, y en su caso, su normativa de desarrollo y no pueden suponer una habilitación *erga omnes* para que los Servicios de Prevención puedan tratar datos de salud para cualquier finalidad como parece entender la consultante.

Por lo tanto, una vez analizadas las normas que resultan de aplicación, por un lado, la LAP y la Ley 3/2009 de 11 de mayo, dónde se regula el uso de la historia clínica de forma tasada -sin perjuicio de que exista otra norma que permita otros usos- y por otro, la LPRL y su Reglamento de desarrollo, que regula las funciones de los Servicios de Prevención, debe concluirse que no existe legitimación conforme al principio de licitud para llevar a cabo los tratamientos de datos personales que se derivan de las actividades que propone la consultante.

IX

En cuanto a la adecuación al principio de limitación de finalidad, nos indica el articulo 5.1 b) del RGPD que los datos personales serán *recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*; y el Considerando 39 de la misma norma que, *En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida.*

Pues bien, debe indicarse que tampoco sería conforme el tratamiento propuesto por no resultar compatible con el tratamiento inicialmente previsto.

En efecto, la finalidad del tratamiento de los datos personales que resulta de la atención primaria y especializada es distinta a la Vigilancia de la Salud Laboral que hacen los Servicios de Prevención.

Además, las finalidades que pretende la consultante (sin perjuicio de que no encuentran su legitimación en los artículos 9.2 y 6 del RGPD) no están determinadas en el momento de su recogida, pues si así fuera deberían informárselas al titular de los datos en los términos de los artículos 12 y 13 del RGPD, y nada consta al respecto que se haya estado haciendo, sino que más bien dichas finalidades se determinan a posteriori, una vez que se ha producido la recogida de los datos personales.

Resulta interesante en este sentido el "test de compatibilidad de finalidades" que recoge el artículo 6.4 RGPD, que si bien resultaría especialmente clarificador para aplicarlo a tratamientos que realice un mismo responsable, más lo será cuando estemos ante dos tratamientos que los llevan a cabo distintos responsables:

1. *Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:*

    a) *Cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto.*

    b) *El contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;*

    c) *La naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10; las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto; la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.*

En relación con el primer apartado, debe indicarse que las finalidades son distintas, y si bien ambas parten de la asistencia sanitaria, debe hacerse la oportuna remisión que se ha hecho al inicio del presente informe sobre la diferencia entre el concepto de historia clínica laboral de la historia clínica ordinaria o convencional que es a la que pretende la consultante que los Servicios de Prevención accedan. En consecuencia, a mayor distancia entre los fines mayor incompatibilidad.

En relación con el segundo apartado**,** teniendo en cuenta que la recogida de los datos se produce en un contexto determinado, (atención primaria y/o especializada) y se pretenden usar para las "actividades" descritas por la consultante, las notas de previsibilidad y control por parte del titular de los datos, resultan determinantes. Así en el Dictamen 3/2013 sobre la limitación de la finalidad del Grupo de Trabajo del Art. 29, actualmente sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos, se indica lo siguiente:

> *(...) Previsibilidad*
> *Si una finalidad es suficientemente específica y clara, los ciudadanos sabrán qué es lo que cabe esperar: el modo en que se procesan los datos será predecible. Esto aporta seguridad jurídica a los interesados, así como a los que tratan datos personales en nombre del responsable del tratamiento.*
> *La previsibilidad también es pertinente a la hora de evaluar la compatibilidad de las actividades de tratamiento posteriores. En general, el tratamiento ulterior no puede*

> *considerarse previsible si no está suficientemente relacionado con el propósito inicial y no cumple las expectativas razonables de los interesados en el momento de la recogida, sobre la base del contexto de la recogida.*
> *Control del usuario*
> *El control por parte de los usuarios solo es posible cuando el tratamiento de los datos sea suficientemente claro y previsible. Si los interesados son conscientes de los fines del tratamiento, pueden ejercer sus derechos de la manera más eficaz. Por ejemplo, pueden oponerse al tratamiento o solicitar la rectificación o la supresión de sus datos. (...)*

También en relación con los fines, nos dice el Dictamen que *(...), cuanto mayor sea la distancia entre los fines de la recogida y los fines de tratamiento ulterior, más problemática será la evaluación de la compatibilidad. (...)*

En relación con el tercer apartado, estamos ante el tratamiento de categorías especiales de datos, y cuando son este tipo de datos los que van a "cambiar" de finalidad, el criterio debe ser prudente y restrictivo. En este sentido el citado Dictamen adopta la misma postura al señalar que (…) *En general, cuanto más delicada sea la información, más restringido sería el ámbito de aplicación para un uso compatible (...)*

En relación con el cuarto apartado, referido a las consecuencias para los interesados, debe indicarse que dada la información que se aporta en la consulta se desconocen las mismas a priori, pero es fácilmente deducible que determinada información que conste en la historia clínica ordinaria o convencional, pueda tener efectos negativos o discriminatorios en el entorno laboral, a pesar de no tener por qué afectar a dicho entorno. El acceso por parte de los servicios de prevención y un posible acceso por terceros en dicho entorno -ya sea por un tratamiento ilícito o por unas medidas de seguridad insuficientes- podría tener efectos discriminatorios y/o de estigmatización, aun cuando esa específica enfermedad que conste en la historia clínica hoy día no suponga un riesgo para el entorno laboral. Es decir, se presenta un riesgo que resulta innecesario y con un alto coste para los derechos y libertades de los afectados. En cualquier caso, como se indica en el Dictamen "*cuanto más negativo o incierto sea el impacto de un tratamiento posterior, más improbable es que se considere un uso compatible. La disponibilidad de métodos alternativos para lograr los objetivos perseguidos por el responsable del tratamiento, con un impacto menos negativo para el interesado, en este contexto, debe tenerse en cuenta, sin duda, una consideración pertinente*."

Y finalmente, en cuanto a las garantías adecuadas que recoge el apartado quinto, debe indicarse que éstas se desconocen ya que la consultante tan solo hace una declaración de intenciones de medidas genéricas sin especificación alguna que se adapte las "diferentes actividades" que propone. En este sentido debe recordarse que el análisis de riesgos y la adopción de medidas no puede suponer una mera transcripción de los preceptos del RGPD, sino que deben adaptarse al tratamiento concreto, y dados los genéricos términos de la consulta sobre las actividades a realizar, difícilmente pueden ser objeto de análisis a estos efectos.

X

De acuerdo con lo expuesto debe concluirse que el tratamiento de datos personales que propone la consultante no cumple el principio de licitud por resultar un tratamiento de categorías especiales de datos sin observar lo dispuesto en los artículos 9 y 6 del RGPD.

Asimismo, el tratamiento de datos que resultaría de las actividades propuestas resultaría contrario e incompatible con la finalidad del tratamiento inicial. Por tanto, tampoco se cumple el principio de limitación de finalidad.

Asunto: Tratamiento de datos personales mediante intercambio de información de la historia clínica de los trabajadores entre los médicos del Servicio Público de Salud y los médicos de las Mutuas.

Entidad: Agencia Española de Protección de Datos. Gabinete Jurídico

Referencia: Informe 0041/2023.

La consulta plantea una serie de cuestiones relacionadas con la legitimación para el tratamiento de datos personales mediante el intercambio de información de la historia clínica de los trabajadores entre los médicos del servicio público de salud y los médicos de las Mutuas.

Tal y como se señala en la consulta, las Mutuas y los SPS de las Comunidades Autónomas, están analizando la forma de compartir la información clínica de la que son responsables del tratamiento de manera independiente, concretamente:

Por un lado, se pretende que los médicos de las Mutuas tengan acceso telemático a la información clínica que tengan los SPS sobre los trabajadores protegidos por estas Entidades que se encuentren en situación de baja médica por Contingencia Común o Profesional afectados por un proceso de Incapacidad Temporal por Contingencia Común o Contingencia Profesional que hayan recibido asistencia sanitaria en las Organizaciones dependientes del SPS, con la finalidad de comprobar sus circunstancias de salud, para que el médico de las Mutuas pueda realizar adecuadamente cualquiera de las actividades que tiene legalmente encomendadas.

Por otro lado, resulta conveniente que los médicos de los SPS tengan acceso telemático a las historias clínicas de los trabajadores protegidos por las Mutuas.

I

Para dar respuesta a la presente consulta, debe partirse de la regulación contenida en el Reglamento (UE) 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que desplaza la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, por lo que debe examinarse la cuestión planteada a la luz de lo previsto en el mismo.

Dicho Reglamento define en su artículo 4.15 los *datos relativos a la salud como los "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud."*

El considerando 35 del Reglamento aclara dicha definición señalando que "*Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento*

clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro."

El Tribunal de Justicia (TJUE) interpretó dicho concepto en un sentido amplio, considerando como datos relativos a la salud, la información relativa a todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona, tanto relativo a su estado de salud (que se ha lesionado un pie) como que la misma se encuentra en una situación de baja parcial (STJUE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01).

Por su parte, el número 2 del artículo 4 define el tratamiento de datos como "*cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción."*

Condición esencial para que un tratamiento de datos sea lícito es que quien lo lleve a cabo se encuentre legitimado para ello en la forma prevista en el aludido Reglamento (UE) 2016/679. A este respecto debe tomarse en consideración que el artículo 9 de dicho Reglamento, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales, establece que *"1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física."*

En su apartado 2 se recogen las excepciones que levantan la prohibición al indicar que no será de aplicación en los siguientes supuestos:

El interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;

el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;

el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;

el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan

contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;

el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;

el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;

el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;

el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;

el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,

el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.

El apartado 3 recoge una garantía específica para los supuestos de la letra h) que, como posteriormente veremos, es el que resulta de aplicación en el presente caso:

Los datos personales a que se refiere el apartado 1 podrán tratarse a los fines citados en el apartado 2, letra h), cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o de las normas establecidas por los organismos nacionales competentes.

Y, por último, el apartado 4 atribuye a los Estados Miembros la facultad de introducir otras garantías específicas para la licitud del tratamiento:

Los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.

Por su parte en los Considerandos 10, 52 a 54 del RGPD respecto del tratamiento de categorías especiales de datos y la posibilidad de que los Estados miembros establezcan una regulación adicional o complementaria sobre dichos datos, se indica lo siguiente:

(10) (...).El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»). En este sentido, el presente Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito.

Asimismo deben autorizarse excepciones a la prohibición de tratar categorías especiales de datos personales cuando lo establezca el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y siempre que se den las garantías apropiadas, a fin de proteger datos personales y otros derechos fundamentales, cuando sea en interés público, en particular el tratamiento de datos personales en el ámbito de la legislación laboral, la legislación sobre protección social, incluidas las pensiones y con fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud. Tal excepción es posible para fines en el ámbito de la salud, incluidas la sanidad pública y la gestión de los servicios de asistencia sanitaria, especialmente con el fin de garantizar la calidad y la rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos. Debe autorizarse asimismo a título excepcional el tratamiento de dichos datos personales cuando sea necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, ya sea por un procedimiento judicial o un procedimiento administrativo o extrajudicial.

Las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto, en particular en el contexto de la gestión de los servicios y sistemas sanitarios o de protección social, incluido el tratamiento de esos datos por las autoridades gestoras de la sanidad y las autoridades sanitarias nacionales centrales con fines de control de calidad, gestión de la información y supervisión general nacional y local del sistema sanitario o de protección social, y garantía de la continuidad de la asistencia sanitaria o la protección social y la asistencia sanitaria transfronteriza o fines de seguridad, supervisión y alerta sanitaria, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, basados en el Derecho de la Unión o del Estado miembro que ha de cumplir un objetivo de interés público, así como para estudios realizados en interés público en el ámbito de la salud pública. Por tanto, el presente Reglamento debe establecer condiciones armonizadas para el tratamiento de categorías especiales de datos personales relativos a la salud, en relación con necesidades específicas, en particular si el tratamiento de esos datos lo realizan, con fines relacionados con la salud, personas sujetas a la obligación legal de secreto profesional. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros debe establecer medidas específicas y adecuadas para proteger los derechos fundamentales y los datos personales de las personas físicas. Los Estados miembros deben estar facultados para mantener o introducir otras condiciones, incluidas limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud. (...)

54) El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. En ese contexto, «salud pública» debe interpretarse en la

definición del Reglamento (CE) n.o 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (11), es decir, todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad. (...)

De lo indicado hasta ahora se extrae la conclusión de que si bien el RGPD establece unos supuestos que excepcionan la prohibición de tratamiento de categorías especiales de datos, a través del derecho de los Estados miembros se pueden introducirse regulaciones ad hoc a fin de adaptar la realidad de los sectores implicados para garantizar una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos de la unión.

Por su parte, el artículo 9.2 de la LOPDGDD completa dichas previsiones en los siguientes términos:

"2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e

i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte."

II

Por consiguiente, los tratamientos de datos de salud deberán realizarse, en todo caso, con sujeción a las previsiones establecidas por el Derecho europeo y por la normativa nacional con rango de ley que los regule.

En cuanto a las limitaciones legales, debe recordarse que el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, cuyo contenido consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso» (STC76/2019, de 22 de mayo, y STC 292/2000, de 30 de noviembre). Pero, además, estas sentencias señalaron igualmente la necesidad de que la injerencia esté prevista en una ley o norma de la Unión Europea, con respeto, en todo caso, al principio de proporcionalidad.

En concreto, el Tribunal Constitucional, en la ya citada STC 76/2019, de 22 de mayo, tras citar, entre otras, a su anterior STC 292/2000, de 30 de noviembre, señala:

- En segundo lugar, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). En la STC 49/1999, FJ 4, definimos la función constitucional de esa reserva de ley en los siguientes términos:

Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10)."

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal "ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica", esto es, "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, "no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias […], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites" (STC 292/2000, FJ 15).

Además, dicha ley deberá respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:

"En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6)."

La misma doctrina sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, si el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, el art. 52.1 reconoce que ese derecho no es ilimitado y permite la limitación del ejercicio de esos derechos y libertades reconocidos por la Carta, limitación que deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos.

La STJUE de 6 de octubre de 2020, en los casos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18, La Quadrature du Net y otros, en su apartado 175, recuerda que:

En cuanto a la justificación de dicha injerencia, cabe precisar que el requisito, previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que la permita debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (véase, en este sentido, la

sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

Igualmente, el apartado 65 de la Sentencia (STJUE) de la misma fecha 6 de octubre de 2020 (C-623/17), Privacy International contra Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs y otros, con cita, como la anterior, de la sentencia Schrems 2, dice:

65 Cabe añadir que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate (sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, apartado 175 y jurisprudencia citada).

En definitiva, el apartado 175 de la STJUE de 16 de julio de 2020, C-311/2020, Schrems 2, dice:

Cabe añadir, sobre este último aspecto, que el requisito de que cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales deba ser establecida por ley implica que la base legal que permita la injerencia en dichos derechos debe definir ella misma el alcance de la limitación del ejercicio del derecho de que se trate [dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE- Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 139 y jurisprudencia citada].

Es pues, la misma ley que establece la injerencia en el derecho fundamental la que ha de determinar las condiciones y garantías, esto es, el alcance y la limitación, que han de observarse en dichos tratamientos,

Y en dicha STJUE de 16 de julio de 2020, Schrems 2, se añade (y se reitera posteriormente en las citadas sentencias de 6 de octubre de 2020):

176 Finalmente, para cumplir el requisito de proporcionalidad según el cual las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario, la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario. La necesidad de disponer de tales garantías reviste especial importancia cuando los datos personales se someten a un tratamiento automatizado [véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE- Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada).

Como ya mencionamos más arriba en este informe, la STC 76/2019, tan reiterada, dispone:

Esta doble función de la reserva de ley se traduce en una doble exigencia: por un lado, la necesaria intervención de la ley para habilitar la injerencia; y, por otro lado, esa norma legal «ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica», esto es, «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (STC 49/1999, FJ 4). En otras palabras, «no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas

reglamentarias […], sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites» (STC 292/2000, FJ 15).

Sobre las características de las leyes que pretendan regular el tratamiento de categorías especiales de datos, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado extensamente en la citada Sentencia núm. 76/2019 de 22 mayo.

La sentencia analiza, en primer término, el régimen jurídico al que se encuentra sometido el tratamiento de las categorías especiales de datos en el RGPD:

"*De acuerdo con el apartado 1 del art. 9 RGPD, está prohibido el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas, del mismo modo que lo está el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto autoriza el tratamiento de todos esos datos cuando concurra alguna de las diez circunstancias allí previstas [letras a) a j)]. Algunas de esas circunstancias tienen un ámbito de aplicación acotado (laboral, social, asociativo, sanitario, judicial, etc.) o responden a una finalidad determinada, por lo que, en sí mismas, delimitan los tratamientos específicos que autorizan como excepción a la regla general. Además, la eficacia habilitante de varios de los supuestos allí previstos está condicionada a que el Derecho de la Unión o el de los Estados miembros los prevean y regulen expresamente en su ámbito de competencias: es el caso de las circunstancias recogidas en las letras a), b), g), h), i) y j).*

El tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento General de Protección de Datos ha reconocido a los Estados miembros "margen de maniobra" a la hora de "especificar sus normas", tal como lo califica su considerando 10. Este margen de configuración legislativa se extiende tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos -es decir, a la identificación de los fines de interés público esencial y la apreciación de la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos- como al establecimiento de "medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado" [art. 9.2 g) RGPD]. El Reglamento contiene, por tanto, una obligación concreta de los Estados miembros de establecer tales garantías, en el caso de que habiliten para tratar los datos personales especialmente protegidos."

Por otro lado, en cuanto a las garantías que debe adoptar el legislador, la citada sentencia núm. 76/2019 de 22 mayo, recuerda que:

"*A la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, la jurisprudencia de este Tribunal le exige al legislador que, además de cumplir los requisitos anteriormente mencionados, también establezca garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio derecho fundamental*".

Dicha sentencia reitera, por tanto, la necesidad de contar con garantías adecuadas a los tratamientos que se pretendan llevar a cabo, con especial cuidado cuando aquellos tratamientos envuelven datos de categorías especiales, como es aquí el caso, porque, como añade el Tribunal Constitucional:

Por último, debemos recordar que el Reglamento general de protección de datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales, ni en el ámbito de los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [artículo 9.2.g) RGPD] y que «se ofrezcan garantías adecuadas» (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento general de protección de datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.

Asimismo, en un pronunciamiento de especial relevancia, analiza cuál es la norma que debe contener las citadas garantías:

"*Por tanto, la resolución de la presente impugnación exige que aclaremos una duda suscitada con respecto al alcance de nuestra doctrina sobre las garantías adecuadas, que consiste en determinar si las garantías adecuadas frente al uso de la informática deben contenerse en la propia ley que autoriza y regula ese uso o pueden encontrarse también en otras fuentes normativas.*

La cuestión solo puede tener una respuesta constitucional. La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del art. 53.1 CE (RCL 1978, 2836) para el legislador de los derechos fundamentales: la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución y el respeto del contenido esencial de dichos derechos fundamentales.

Según reiterada doctrina constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas -unas veces- de predeterminación normativa y -otras- de calidad de la ley como al respeto al contenido esencial del derecho, que en esa regulación el legislador, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Ese mandato de predeterminación respecto de elementos esenciales, vinculados también en último término al juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho *fundamental, no puede quedar deferido a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni tampoco se puede dejar en manos de los propios particulares" (FJ 8).(...)"*

III

Conforme a lo expuesto anteriormente, procede analizar las concretas normas legales que regulan los tratamientos de datos de salud a los que se refiere la consulta.

Para ello, hay que partir de lo dispuesto en la actualidad en el art. 71.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, (TRLGSS), según la redacción dada a este precepto por la disposición final 5.2 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero:

3. En los procedimientos de declaración y revisión de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento y control de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, las instituciones sanitarias, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las empresas colaboradoras remitirán a las entidades gestoras de la Seguridad Social los informes, la historia clínica y demás datos médicos, relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento.

Los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, cuando sea necesario para el reconocimiento y control del percibo de las prestaciones de los trabajadores pertenecientes al sistema de la Seguridad Social, y para la determinación de contingencia, así como los médicos de sanidad marítima adscritos al Instituto Social de la Marina, para llevar a cabo los reconocimientos médicos de embarque marítimo, informando de estas actuaciones, y en los términos y condiciones que se acuerden entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, tendrán acceso electrónico y en papel a la historia clínica de dichos trabajadores, existente en los servicios públicos de salud, en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en las empresas colaboradoras y en los centros sanitarios privados.

Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de reconocimiento y control de las prestaciones, recibirán los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras con la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La inspección médica de los servicios públicos de salud tendrá acceso electrónico a los datos médicos necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

En los supuestos previstos en este apartado no será necesario recabar el consentimiento del interesado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.1. e) y 9.2 h), del Reglamento (UE 2016/679) del Parlamento y el Consejo, de 27 de abril, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Como puede observarse, el legislador ha determinado de un modo amplio la posibilidad de que para los fines previstos en este precepto se pueda acceder y tratar datos de salud, singularmente respecto de las entidades gestoras y los inspectores médicos.

La base jurídica elegida por el legislador es la del art. 6.1. e) RGPD (el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento), y como causa que levanta la prohibición del art. 9.1 RGPD, la del art. 9.2. h) RGPD (el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social (…)).

Se cumple por tanto lo dispuesto en el art. 9.2 de la LOPDGDD:

2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte.

En el presente caso, se han identificado suficientemente en la ley (art. 71.3 TRLGSS) las finalidades de las injerencias en el derecho fundamental (esto es, las finalidades de los tratamientos de datos), como son la gestión de los procedimientos de declaración y revisión de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento y control de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad etc.

Al mismo tiempo, esta Agencia, en sus informes 39/2022 y 42/2022, relativos a los proyectos de disposiciones reglamentarias que desarrollan dicho precepto, considera que la Administración de la Seguridad Social (entendiendo por esta a todas las autoridades previstas en el art. 71.3 TRLGSS citado), al poder recabar para esos fines la historia clínica de los trabajadores, y regularse esta en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, está sujeta a las salvaguardas y garantías establecidas en esta ley 41/2002 para su uso. Esta consideración permitiría salvar la circunstancia de que el art. 71.3 TRLGSS no establece, en sí mismo, estas garantías para los tratamientos de datos personales que se lleven a cabo para el cumplimiento de estos fines.

IV

Procede, por tanto, analizar las garantías establecidas en la Ley 41/2002 para el acceso y uso de la historia clínica.

Este Gabinete Jurídico, en el Informe 101/2019, analiza la posibilidad de que por parte de los servicios de Inspección Médica de la Comunidad Autónoma de Canarias, pueda accederse a las historias clínicas tanto de atención primaria como de atención especializada a los efectos realizar sus funciones de verificación control, confirmación y extinción de la incapacidad temporal y en el mismo se hace un especial análisis de las garantías contenidas en la Ley 41/2002, que por su importancia se transcribe a continuación:

V

En cuanto al acceso a las historias clínicas (de atención primaria y de atención especializada) por parte de los médicos adscritos a la Inspección Médica de la Dirección General de Modernización

y Calidad de los Servicios (Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias) para el ejercicio de sus funciones de verificación control, confirmación y extinción de la incapacidad temporal, deben realizarse las siguientes consideraciones.

El acceso a los datos de las historias clínicas supone una comunicación de datos que ha de considerarse tratamiento de datos de carácter personal, a tenor de lo indicado en el artículo 4.2 RGPD que considera como tal: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Asimismo, estamos ante el tratamiento de datos de salud, que el artículo 4.15 del RGPD los define como define como aquellos datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud;

Por su parte el Considerando (35) nos indica que "Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (9); todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro."

Por lo tanto, estamos ante el tratamiento de categorías especiales de datos (artículo 9.1 RGPD) y de acuerdo con lo indicado en el citado dictamen sobre "Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679" del CEPD, para tratar categorías especiales de datos debe encontrarse cobertura en el artículo 9.2 RGPD y una vez excepcionada la prohibición general, hay que acudir a los supuestos del artículo 6 RGPD para dar licitud al tratamiento en cuestión. (…)Los responsables del tratamiento solo pueden tratar datos personales de categoría especial si se cumplen una de las condiciones previstas en el artículo 9, apartado 2, así como una condición del artículo 6.(…).

Dicho lo anterior, procede acudir en primer lugar a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (o LAP en lo sucesivo), que define la Historia clínica como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.

En su artículo 15. 2 establece que "La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud".

Y en el artículo 16 bajo la rúbrica "usos de la historia clínica" nos indica en el apartado 1 que "La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia."

Por su parte, en el apartado 3 se establece que "El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

Se exceptúan los supuestos de investigación previstos en el apartado 2 de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Asimismo se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

Cuando ello sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. El acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos."

Y en el apartado 5 indica que: "El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria."

De lo indicado hasta ahora se deduce, que con carácter general la finalidad del uso de la historia clínica responde a la función asistencial que los médicos de atención primaria y especializada llevan a cabo, sin perjuicio de las excepciones previstas en los apartados 3 y 5.

Lo que no obsta a que la legitimación para el tratamiento objeto de consulta pueda encontrarse en otro cuerpo normativo tal como se expone a continuación y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 LOPDGDD que establece la reserva de ley a estos efectos: "2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad.

En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte."

En este sentido el Informe 362/2010 que más adelante se reproduce indica que (...)Por otra parte, las limitaciones establecidas por el citado artículo 16 no implican necesariamente que los datos de la historia clínica puedan ser únicamente objeto de acceso en los supuestos allí enumerados, sino que podría ser admisible una cesión en caso de contarse con otra norma con rango de Ley que la habilitase.(...)

En efecto, la ***Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias****, en su* ***Disposición Adicional Tercera*** *indica lo siguiente:*

...)El personal médico que tenga la condición de empleado público tendrá acceso a los datos de las historias clínicas del Servicio Canario de la Salud, tanto de atención primaria como especializada, en las circunstancias y con los requisitos siguientes:

Que el acceso se realice en el ejercicio de sus funciones como médico para el órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público al que se encuentre adscrito, el cual que ha de tener la consideración de Administración pública en los términos contemplados en la legislación básica sobre régimen jurídico del sector público.

Que el acceso sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social.

Que los fines que justifican el acceso, de entre los señalados en el apartado anterior, se encuentren entre las competencias propias del órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público al que esté adscrito el médico.

Que el ejercicio profesional como médico para el órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público al que se encuentre adscrito, así como los fines que justifican el acceso, de entre los señalados en el apartado b) anterior, sean inherentes al puesto de trabajo, nombramiento o contrato que le vincule al mismo.

Este personal quedará sujeto a la obligación de secreto profesional respecto de la información de la que tenga conocimiento como consecuencia del acceso señalado.

El acceso se facilitará por la Dirección del Servicio Canario de la Salud, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos señalados y aplicando el principio de proporcionalidad."

Por su parte, el Decreto 113/2013, de 15 de noviembre, de evaluación médica del personal del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, en el Capítulo III referido a la "Verificación, Control, Confirmación y Extinción de la incapacidad temporal" regula en su artículo 15 referido a la "Comprobación de la regularidad de las bajas médicas" indica lo siguiente: El personal inspector médico de la Inspección Médica adscrita a la Inspección General de Servicios comprobará la regularidad de los partes, y podrán requerir, en su caso, al personal afectado, para que se presente ante la Inspección Médica a fin de ser sometido a reconocimiento médico pertinente, pudiendo asimismo, llevar a cabo las visitas domiciliarias y demás actuaciones inspectoras que sean precisas para el seguimiento de la incapacidad temporal, tanto por lo que se refiere a su efectiva

existencia, como por lo que afecta al grado de cumplimiento por parte del personal de las directrices de tratamiento y curación que se le haya prescrito, en función de los correspondientes protocolos de actuación.

El Artículo 16 referido al Reconocimiento médico indica lo siguiente:

La unidad de inspección médica de Inspección General de Servicios, cuando de los partes de baja médica o confirmación, de la información complementaria de la que disponga, aportada por el personal afectado o recabada de los facultativos o servicio médico correspondiente, así como de las demás actuaciones inspectoras que haya realizado, no pueda determinar la efectiva existencia de la incapacidad temporal, podrá asimismo disponer que las personas que se encuentren en dicha situación sean reconocidos por la Comisión de Evaluación Médica correspondiente.

El personal en situación de incapacidad temporal que sea requerido por la Inspección Médica para ser sometido a reconocimiento médico viene obligado a presentarse en el lugar señalado para efectuar el mismo, salvo que acredite que su estado físico o psíquico impide o hace difícil la comparecencia, aportando la correspondiente justificación, preferentemente el informe médico en el que se refleje su estado o situación en el momento del requerimiento. .(...)

El Artículo 23 referido a las Competencias de la Inspección Médica indica lo siguiente:

La Inspección Médica, respecto de todo el personal incluido en el ámbito de aplicación de este Decreto, y sin perjuicio de las que corresponden a los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, tiene las funciones siguientes:

La determinación de los criterios generales y la coordinación con la inspección médica del Servicio Canario de la Salud, a fin de garantizar una actuación homogénea respecto del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y de sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales, entidades de Derecho Público, sociedades mercantiles y fundaciones públicas integrantes del sector público autonómico.

El reconocimiento, evaluación e informe de la capacidad para el servicio en el sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La verificación, control, confirmación y extinción de la incapacidad temporal.

El asesoramiento médico al órgano competente para la concesión de licencias por enfermedad del personal adscrito a los regímenes especiales de la Seguridad Social del mutualismo administrativo, de acuerdo con lo establecido en su normativa específica.

La verificación de las solicitudes de reconocimiento del abono de la totalidad de las retribuciones durante los veinte primeros días de duración de la incapacidad temporal por derivar la misma de los supuestos excepcionales que dan lugar a su reconocimiento.

La solicitud al órgano competente para que proponga al Instituto Nacional de la Seguridad Social el inicio del expediente de Incapacidad Permanente del personal adscrito al Régimen General de la Seguridad Social.

La propuesta de inicio de expediente de Incapacidad Permanente del personal adscrito a los regímenes especiales de la Seguridad Social del mutualismo administrativo al órgano de gestión de personal correspondiente.

Las demás que le atribuya el ordenamiento jurídico.

La Inspección Médica, a los solos efectos del ejercicio de sus competencias, de acuerdo con lo establecido legalmente y con las garantías previstas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal:

Dispondrá de toda la información médica necesaria para valorar el proceso de enfermedad, teniendo acceso a los ficheros automatizados de datos con denominación fichero: UVMI y tarjeta sanitaria, de la consejería competente en materia de sanidad respecto a todo el personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, y de sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales, entidades de Derecho Público, sociedades mercantiles y fundaciones públicas integrantes del sector público autonómico.

Tendrá acceso a los ficheros automatizados de datos referidos al mencionado personal de la Administración Pública y de las entidades del sector público autonómico."

De acuerdo con lo expuesto, ***el acceso a las historias clínicas, tanto de atención primaria, como especializada por parte de los servicios de inspección médica a los efectos de evaluar la capacidad laboral en relación con los procesos de incapacidad temporal, encuentra su amparo en la normativa indicada.***

Por lo tanto, la licitud en el tratamiento se encuentra en primer lugar en el artículo 9.2 del RGPD en el apartado h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3; asimismo, se cumple el principio de reserva de ley que contempla el articulo 9.2 LOPDGDD.

En segundo lugar, en relación con los supuestos previstos en el artículo 6 del RGPD, en el apartado e) referido el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

Sobre este último la LOPDGDD en su artículo 8.2 bajo la rúbrica "Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos" establece en su apartado 2 lo siguiente: El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley." En este caso la norma con rango de ley que atribuye las competencias es la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y su normativa de desarrollo.

VI

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el acceso a la historia clínica en los términos que plantea la consulta, supone que médicos que no participan en el proceso asistencial

del paciente conozcan determinada información confidencial, por lo que dicho tratamiento debe realizarse cumpliendo determinadas garantías que responden a preservar el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los afectados.

La propia LAP en su artículo 7 reconoce el derecho a la intimidad indicando lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes."

Y en el mismo sentido, el citado artículo 16 LAP apartado 6, dispone que "El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto."

Por su parte, el RGPD recoge los principios de minimización, limitación de finalidad y confidencialidad, previstos en el artículo 5 apartados b), c) y f) del RGPD nos indican que los datos personales serán:

recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

Por su parte, la LOPDGDD establece en el ***artículo 5*** *bajo la denominación "Deber de confidencialidad" lo siguiente:*

Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.

La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable.

Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento.

El cumplimiento de estos principios implica que el acceso que se realice servirá única y exclusivamente a la finalidad de evaluación, control y seguimiento de los procesos de incapacidad

temporal con las limitaciones cualitativas y cuantitativas propias de la finalidad a la que sirve el acceso.

El acceso debe ser el estrictamente necesario, en este sentido la evaluación de lo que es «necesario» implica una evaluación conjunta y factual del tratamiento y del objetivo «en relación con el objetivo perseguido y de si es menos intrusiva que otras opciones para alcanzar el mismo objetivo».

Si existen alternativas realistas, menos intrusivas, el tratamiento no es «necesario»(TJUE, asunto C-13/16, Valsts policijas regionalia Rigas regiona parvaldes KartIbas policijas, Rigas pasvaldIbas SIA «Rigas satiksme», apartado 30). «por lo que se refiere al requisito relativo a la necesidad de tratar datos personales, debe tenerse en cuenta que las excepciones y limitaciones en relación con la protección de datos personales deben aplicarse únicamente en la medida en que sea estrictamente necesario».

Es decir, el acceso debe considerarse subsidiario a otras medidas con menor injerencia en el derecho a la protección de datos de los pacientes, teniendo en cuenta que el propio Decreto 113/2013, de 15 de noviembre, de evaluación médica del personal del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, pone a disposición de la inspección médica otros mecanismos que sirven a tal fin (verificación y control de la incapacidad temporal) a través de la emisión y presentación de partes médicos (artículos 13 a 15), y el propio reconocimiento médico previsto en el artículo 16.

En definitiva, no estaría amparado un acceso (indiscriminado) a toda la historia clínica referido a acontecimientos que por su cualidad y temporalidad no estén relacionados con el proceso de incapacidad temporal que se pretenda evaluar. Como tampoco podrá darse una finalidad distinta y en todo caso ha de respetarse la confidencialidad de la información a la que se accede.

Ahora bien, deben articularse mecanismos para dotar de eficacia a los citados principios, como son los registros de accesos a la historia clínica que contengan, al menos, la identificación del profesional que accede, la finalidad, la fecha y hora del acceso y a la información consultada.

En este sentido el artículo 32 del RGPD establece que:

Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros: la seudonimización y el cifrado de datos personales; la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

Previsión que ya recoge la propia LAP en su apartado 7 al indicar que las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso.

Por su parte, el Grupo de Trabajo del Articulo 29 en su Dictamen WP 131 "Sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud en los historiales médicos electrónicos (HME)"

ya ponía de manifiesto la importancia de la adopción de determinadas medidas como las citadas, cuyo fin responde a garantizar los principios que conforman el derecho a la protección de datos, al indicar: b) Por otra parte, habida cuenta de la especial sensibilidad de los datos sobre la salud, es imperativo que no sea posible el acceso de personas no autorizadas. Un control fiable del acceso depende de una identificación y una autenticación fiables. Esto hace necesario identificar de forma única y autenticar correctamente a los usuarios.

Puesto que una de las principales ventajas de los sistemas de HME es su disponibilidad para el acceso por vía electrónica con independencia de la hora y la localización, será necesario establecer unas rutinas para la identificación y autenticación electrónicas fiables. La autenticación mediante la firma electrónica, que se concede a usuarios autorizados junto con una identificación oficial adecuada, por ejemplo en tarjetas inteligentes especiales, debe preverse al menos en una perspectiva a más largo plazo, a fin de evitar los riesgos conocidos de la autenticación mediante contraseña.

Para los profesionales de la salud será necesario desarrollar un sistema de identificación y autenticación, que pruebe no sólo la identidad, sino también la calidad en que actúa electrónicamente, por ejemplo, como psiquiatra o como enfermera."

En conclusión, en la medida en que el acceso por parte de los servicios de inspección médica del Servicio de Salud de Canarias a la historia clínica de los usuarios del sistema nacional de salud, supone una excepción a la finalidad descrita en la LAP, (ya que permite que profesionales que no forman parte del proceso asistencial tenga acceso a determinada información) , la adopción de mecanismos y garantías como los descritos que sirvan al cumplimiento de los principios de minimización, limitación de finalidad y confidencialidad resultan imprescindibles para garantizar el derecho a la protección de datos de los usuarios del sistema nacional de salud.

VII

Finalmente indicar que, en relación con la posibilidad de acceder a historias clínicas por parte de los servicios de inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se emitió el Informe 362/2010 a solicitud del Servicio Canario de Salud, y que por la similitud a las cuestiones ahora planteadas procede reproducir su contenido:

(...)I

La consulta plantea, en primer lugar, la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, del acceso por parte del personal de la inspección del Instituto Nacional de la Seguridad Social a los datos incluidos en las historias clínicas de los pacientes que se encuentren o se hayan encontrado en situación de incapacidad temporal en virtud de un Convenio para el control de la incapacidad temporal, celebrado entre la consultante y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Del tenor de la consulta se desprende que dicho convenio viene a asimilarse a los que han sido objeto de análisis por parte de esta Agencia en informe de 18 de mayo de 2011, referentes a convenios ya celebrados entre el citado Instituto y los Departamentos de salud de las Comunidades de Madrid, Cataluña y Valencia, cuyo contenido y conclusiones son, a juicio de esta Agencia suficientes para dar respuesta a las cuestiones planteadas en esta primera consulta, por lo que a continuación se reproduce su contenido:

"En virtud del citado convenio se establece un marco de cooperación entre ambas administraciones para "el desarrollo del Programa Específico, que se acompaña como parte integrante del Convenio. Con él, se pone en marcha un programa de estudio y seguimiento en procesos de IT de corta duración. Asimismo se inicia un proceso para que los Inspectores Médicos del INSS accedan a la base de datos informatizada de las historias clínicas".

De este modo, la Administración sanitaria se compromete a "realizar las actividades encaminadas a capacitar a los Inspectores Médicos del INSS para el acceso informatizado a las historias clínicas desde su puesto de trabajo".

El programa de desarrollo de estas actividades aparece recogido en el Anexo del Convenio, estableciéndose como segunda de las mismas la relativa al acceso por los inspectores del INSS a la documentación contenida en las historias clínicas, a cuyo efecto se indica lo siguiente:

"Con este objetivo, ambas administraciones firmantes se comprometen a desarrollar las actividades necesarias a fin de alcanzar, para los Inspectores Médicos del INSS en la Comunidad, la capacidad de acceder informáticamente, a las historias clínicas correspondientes a los procesos de incapacidades laborales que se gestionen en su territorio.

La consecución de este objetivo, exige la elaboración de un plan de actividades secuenciales que habrá de especificar la Comunidad, estableciendo un calendario de ejecución de las mismas para el año 2010. Dicho plan de actividades y la ponderación que éstas tengan entre sí será objeto de consenso en la Comisión Mixta Central de seguimiento."

Se plantea, en consecuencia, si será posible el citado acceso, que deberá ser considerado como una cesión de datos de carácter personal, definida en el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como "Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado".

Además, tratándose del acceso a datos de la historia clínica deberá tenerse en cuenta que los mismos deben ser considerados como datos relacionados con la salud de las personas, dado el concepto establecido por el artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, que en su apartado g) define como tales a "las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética".

De este modo, el tratamiento y cesión de los datos de carácter personal relacionados con la salud queda sometido al régimen específico establecido por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor "Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente".

Sentada esta premisa, y en relación con la cesión de datos relacionados con la historia clínica la norma de referencia a tener en consideración, junto con la Ley Orgánica 15/1999 a la que se viene haciendo referencia es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 16 regula los posibles accesos a la historia clínica, disponiendo en sus apartados 2 a 5 lo siguiente:

"2. Cada centro establecerá los métodos que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten.

El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria."

El último de los apartados citados podría otorgar cobertura a la cesión planteada en el presente caso, dado que el personal del Instituto Nacional de la Seguridad Social sería el de carácter inspector. No obstante, del tenor de la norma parece desprenderse que la función inspectora a la que se refiere el precepto aparecería vinculada a la evaluación y control de la calidad de la prestación sanitaria, lo que plantearía el problema de su efectivamente la cesión encuentra cobertura en tal precepto.

Por otra parte, las limitaciones establecidas por el citado artículo 16 no implican necesariamente que los datos de la historia clínica puedan ser únicamente objeto de acceso en los supuestos allí enumerados, sino que podría ser admisible una cesión en caso de contarse con otra norma con rango de Ley que la habilitase.

En este sentido se ha pronunciado esta Agencia Española de Protección de datos en resolución de 31 de julio de 2008, recaída en el procedimiento E/00205/2008, en que se señalaba lo siguiente:

"En el presente caso el hecho denunciado consiste en que se facilitaron los datos personales del denunciante y de las historias clínicas de sus pacientes, por parte de SALUD ARAGÓN, a los inspectores médicos del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social, designados para la instrucción del expediente disciplinario que se acordó incoar al denunciante y dentro de la tramitación de dicho expediente, como datos necesarios para dicha instrucción.

En primer lugar, el citado artículo 11 de la LOPD, permite la comunicación de los datos personales del afectado, a un tercero, sin necesidad de obtener previamente su consentimiento, cuando así lo disponga una Ley. Así, para el presente caso, el citado artículo 16.5 de la Ley 41/2002, prevé que "el personal debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección" acceda a las historias clínicas de los pacientes. Por lo tanto, el personal médico de Cuerpo de Inspección Sanitaria, que desempeña la función de Inspección estaba habilitado legalmente para acceder a las historias clínicas de los pacientes, y poder ejercitar, de acuerdo con la normativa establecida, las funciones propias de su cargo.

En segundo lugar, encontramos en la redacción dada por la citada Ley 55/1999 que los inspectores del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social, son considerados de autoridad pública en el ejercicio de esa función, en calidad de lo cual, reciben de las autoridades y de sus agentes la colaboración que necesitan. Por tanto, dentro de la tramitación del expediente disciplinario incoado al denunciante, se facilitó a los inspectores la documentación, que consideraron necesaria para efectuar dicha tramitación, tanto del denunciante, como de sus pacientes.

En tercer lugar, el citado artículo 16.6 de la Ley 41/2002, garantiza que el citado personal que accede a dichos datos en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto. Por tanto, establece las medidas necesarias para que esos datos permanezcan dentro del ámbito laboral-sanitario, sin que puedan trascender fuera de él, respetando los principios de garantía establecidos por la LOPD, como es el deber de secreto.

Así pues, de acuerdo a lo anterior expuesto, la actuación del SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD fue conforme a la normativa legal establecida y no se observa vulneración alguna a la LOPD."

Pues bien, en el supuesto objeto del presente informe, el Convenio se celebra al amparo de lo previsto en la disposición adicional undécima del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuyo apartado 3 dispone en su párrafo primero que "Las disposiciones reglamentarias a que se refieren los números anteriores establecerán, con respeto pleno a las competencias del sistema público en el control sanitario de las altas y las bajas, los instrumentos de gestión y control necesarios para una actuación eficaz en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal llevada a cabo tanto por las entidades gestoras como por las Mutuas", añadiendo el párrafo segundo que "De igual modo, las entidades gestoras o las Mutuas podrán establecer acuerdos de colaboración con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas".

La disposición adicional quincuagésima segunda del citado Texto Refundido establece que "Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos. Cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, éstos serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología".

Por último, conforme al párrafo segundo de la disposición adicional cuadragésima "Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural".

Estas previsiones aparecen desarrolladas en el ámbito regulado por el Convenio objeto del presente informe por el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, cuya artículo

3.1 dispone que "los actos de comprobación de la incapacidad que lleven a cabo los médicos del respectivo Servicio Público de Salud, de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social deberán basarse tanto en los datos que fundamenten el parte médico de baja, y de los partes de confirmación de la baja, como en los derivados específicamente de los ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por unos y otros médicos".

El propio artículo 3 establece en sus apartados 3 y 4 determinadas especificaciones a fin de garantizar la confidencialidad de las informaciones y la protección de los datos de carácter personal. Así en cuanto a la primera, establece el artículo 3.3 que "los datos derivados de las actuaciones médicas a que se refiere este artículo tendrán carácter confidencial, estando sujetos quienes los consulten al deber de secreto profesional. Dichos datos no podrán ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, ni para otras finalidades distintas del control de los procesos de incapacidad temporal".

Asimismo, según el artículo 3.4, "para garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores afectados, los datos reservados podrán cifrarse mediante claves codificadas. En todo caso, dichos datos quedarán protegidos según lo dispuesto en la Ley 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", hoy reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999..

El seguimiento de la prestación se regula igualmente en el artículo 4 del Real decreto, que estipula lo siguiente:

"1. Las Entidades Gestoras o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de incapacidad temporal objeto de cobertura, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que corresponda a aquéllas asumir la gestión del gasto de la prestación económica por incapacidad temporal, sin perjuicio de sus facultades en materia de declaración, suspensión, anulación o extinción del derecho, y de las competencias que corresponden a los Servicios Públicos de Salud en orden al control sanitario de las altas y las bajas médicas.

2. Los servicios médicos del Sistema Nacional de Salud, los médicos adscritos a las Entidades Gestoras, así como los de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, están facultados para acceder a los informes y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar las respectivas funciones encomendadas. Los datos referentes al estado sanitario del trabajador tendrán la consideración de confidenciales, siéndoles de aplicación lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 3."

Por último, el artículo 8 se refiere a la cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas, estableciendo en primer lugar, como criterio general la posibilidad de desarrollar acuerdos como el objeto del presente informe, al indicar que "la cooperación y coordinación en la gestión de la incapacidad temporal entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, el Instituto

Nacional de la Salud, y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se instrumentarán institucionalmente a través de acuerdos, teniendo en cuenta los criterios que establezca, en su caso, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud. Los referidos acuerdos podrán ser desarrollados a través de convenios específicos".

Finalmente, conforme al artículo 8.2, "en virtud de la referida cooperación y coordinación, las entidades que suscriban los acuerdos y convenios promoverán el perfeccionamiento y la utilización en común de la información, con el fin primordial de hacer más eficaz el seguimiento y control de la gestión relativa a las situaciones de incapacidad temporal".

Quiere todo ello decir que el acceso por los inspectores del Instituto Nacional de Seguridad Social a los datos contenidos en las historias clínicas relacionadas con los episodios que impliquen una situación de incapacidad temporal se encuentra amparada por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, en conexión con lo previsto en las disposiciones adicionales cuadragésima y quincuagésima segunda de la Ley General de Seguridad Social, conforme las mismas aparecen desarrolladas por los artículos 3, 4 y 8 del Real decreto 575/1997, de 18 de abril. Por ello, el acceso planteado en el Convenio es conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999.

Lógicamente, el acceso a los datos deberá limitarse a los necesarios para el adecuado desarrollo del Convenio sometido a informe, de forma que dicho acceso se limite a los datos "adecuados, pertinentes y no excesivos" en relación con el objeto del convenio, sin comprender necesariamente toda la historia clínica del paciente. A tal efecto deberían implantarse medidas que limitasen la autorización del usuario para el acceso a toda la historia clínica, reduciéndose a las informaciones citadas. No obstante, esta Agencia no puede valorar qué informaciones de las contenidas en la historia resultará adecuada a la finalidad perseguida, debiendo ser esa cuestión resuelta por la administración autonómica competente en el marco de la ejecución del convenio de colaboración.

Aplicando tales conclusiones al supuesto ahora planteado debe señalarse que, como se indica en la consulta reproducida, el acceso no debería ser indiscriminado, sino limitarse a los datos de la historia clínica que se encontrasen vinculados con el proceso asistencial causante de la situación de incapacidad temporal, si bien es posible que puedan existir determinadas informaciones de la historia que se encuentren directamente vinculadas con dicha situación respecto de las que debería igualmente verificarse el acceso, cuestión esta que por razones lógicas no puede resolver esta Agencia Española de Protección de Datos.

En cuanto al acceso a la historia por el persona que realice las actuaciones de inspección sanitaria, cabría considerar que el mismo se encuentra amparado por el artículo 16.5 de la Ley 41/2002, teniendo en cuenta lo que se ha venido señalando en el informe reproducido, siempre que dicho servicio sea el titular de las funciones relacionadas con la comprobación de la calidad de la asistencia sanitaria.(...).

VI

Una vez analizado el marco legal aplicable a los accesos a la historia clínica en los procedimientos de incapacidad temporal, procede hacer referencia a la naturaleza jurídica de las mutuas y su condición en relación con los tratamientos de datos personales.

En este sentido, debe partirse de que el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, regula en la sección segunda

de su capítulo VI las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. El artículo 80 de dicha norma, relativo a su definición y objeto establece lo siguiente:

"Son mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tienen por objeto el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las siguientes actividades de la Seguridad Social:

La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.

La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia, en los términos establecidos en el título V.

La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente."

El artículo 82 de la citada Ley establece las particularidades de prestaciones y servicios gestionados por las mutuas, disponiendo su número primero que "*Las prestaciones y los servicios atribuidos a la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte de la acción protectora del sistema y se dispensarán a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos conforme a las normas del régimen de la Seguridad Social en el que estén encuadrados y con el mismo alcance que dispensan las entidades gestoras en los supuestos atribuidos a las mismas, con las particularidades establecidas en los siguientes apartados."*

En cuanto a su posición jurídica en relación con el tratamiento de datos personales, las mismas ostentan la de responsable del tratamiento, tal y como señalábamos en el Informe 100/2018:

Así pues, las Mutuas actuarán en calidad de responsables del tratamiento respecto de aquellos tratamientos de datos personales que efectúen en el ejercicio de las funciones que el texto refundido

de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, les atribuye cuando las empresas y los trabajadores por cuenta propia contratan con ellas las contingencias profesionales, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la protección por cese de actividad, ya que, en tales supuestos, el acceso a los datos por parte de las Mutuas no constituye un tratamiento realizado por cuenta de las empresas que con ellas contratan y sujeto a las instrucciones de éstas, sino que tales tratamientos vienen determinados en la propia Ley de la Seguridad Social.

Por consiguiente, planteándose en la consulta la posible legitimación para el tratamiento de los datos de saludo por los Servicios Públicos de Salud y las mutuas en los procedimientos de incapacidad temporal, la misma se encontraría, tal y como ha reconocido expresamente el legislador en los artículos 6.1. e) y 9.2 h), del Reglamento (UE) 2016/679.

No obstante, dicha legitimación no permite un intercambio de la información que forma parte de la historia clínica como el que se pretende en la consulta, ya que, tal y como se ha analizado en el presente informe, los tratamientos de datos de salud deben realizarse en los términos y con observancia de las limitaciones y garantías específicas recogidas en las normas legales que los legitiman, que no han previsto dicho intercambio generalizado, facultando el acceso a las historias clínicas, con carácter general, a las entidades gestoras y a la inspección médica.

Por otro lado, un tratamiento como el pretendido también podría ser contrario a los principios recogidos en el artículo 5 de dicho Reglamento. En este sentido, ya existen precedentes de sanciones impuestas por esta Agencia como consecuencia de la infracción de dichos principios en casos análogos al planteado, como el PS/00262/2021, en el cual se sancionó a un centro médico que facilitó a una mutua datos de salud previos a la realización de la prueba que había realizado a instancia de la mutua, por infracción del principio de confidencialidad del artículo 5.1.f) del RGPD.

Cuestión distinta es cuando, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, existe una vinculación y ese acceso se produce a través del Servicio de Inspección Médica, tal y como se razona en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2020 (Recurso 186/2019):

A todo lo cual debe añadirse que esta Sala no aprecia la infracción del deber de seguridad por la que se sanciona en la Resolución de la AEPD impugnada, pues además de que dicha resolución no especifica ni razona qué concreta infracción las medidas de seguridad contempladas en la Ley y/o en el Reglamento de Protección de Datos vulnera la conducta del Hospital actor, sí se cumple con el principio de vinculación, contrariamente a lo argumentado por tal Agencia, tomando en consideración que los médicos de la Mutua MUGENAT, que a través del Servicio de Inspección Médica accedieron a la cita médica privada de la denunciante, sí tenían relación asistencial con la misma. Y dado que la historia clínica única en cada centro hospitalario, cuyo objetivo, como se ha indicado, es obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, se adecua a la normativa de aplicación, tanto la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento de Desarrollo (aprobado por RD 1720/2007 (RCL 2008, 150)) como la Ley de Autonomía del Paciente, y también a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por último, en relación con la posible legitimación por el consentimiento de los afectados, debe recordarse que en estos supuestos se presume que el mismo no es libre, tal y como se recoge en el Considerando 43 del RGPD:

Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibro claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Abreviatura: RECRT
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se

puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/xtgco

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Las secciones Editorial y las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho

Extranjero; Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; y Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo) se encuentran excluidos del proceso de revisión por pares de doble ciego.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.

    b) Actualidad y novedad.

    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

    d) Significación para el avance del conocimiento científico.

    e) Calidad metodológica contrastada.

    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

- Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica

de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

- Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

- Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

- Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

- La Revista Crítica de Relaciones de Trabajo provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público.

- Por ello, los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, con el debido reconocimiento y sin que pueda hacer un uso comercial del trabajo ni mezclar, transformar o crear a partir del material publicado. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

- Los derechos morales sobre la obra pertenecerán a sus autores y los derechos patrimoniales serán cedidos a la Editorial Laborum que, como se ha comentado, publicará los trabajos bajo una licencia creative commons BY-NC-ND 4.0. No obstante, los autores pueden publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

- Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

— **Originalidad en los trabajos:** Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— **Publicaciones múltiples o repetitivas:** El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— **Listado de fuentes:** Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— **Autoría:** En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— **Errores o erratas en los artículos publicados:** Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— **Responsabilidad:** todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

— **Contribución a la decisión editorial:** La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— **Tiempos de revisión:** La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

— **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum EDICIONES

ISSN 2792-7970